REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 127 • janeiro / 2017

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 127 • janeiro / 2017

Presidência
Andre Pires de Andrade Kehdi

Coordenação
Marina Pinhão Coelho Araújo e Fernanda Regina Vilares

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORAS-CHEFES – Marina Pinhão Coelho Araújo e Fernanda Regina Vilares

EDITORES-ASSISTENTES – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Chiavelli Facenda Falavigno, Heloisa Estellita, Pedro Augusto Simões da Conceição e Vinicius Gomes de Vasconcellos.

EDITORES-EXECUTIVOS – Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL

Ada Pellegrini Grinover (USP – São Paulo/SP); 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 (Universidade de Salamanca – Espanha); Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha); Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP); Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP); Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha); Bernardo del Rosal Blasco (Universidade 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 (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – 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 Gimenez-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 (Universidade 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 (Universidade 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 (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – 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)

Adriana Borghi (UMC – Mogi das Cruzes/SP); Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/SC); Américo Bedê Freire Júnior (Faculdades de Vitória – Vitória/ES); Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS); Davi Tangerino (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Diogo Malan (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Felipe da Silva Freitas (UNB – Brasília/DF); Fernanda Regina Vilares (USP – São Paulo/SP); Francis R. Beck (Unisinos – São Leopoldo/RS); Frederico Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG); Guilherme Francisco Ceolin (PUCRS – Porto Alegre/RS); Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB); Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS); Helena Regina Lobo da Costa (USP – São Paulo/SP); Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Volta Redonda/RJ); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – ARG); Keity Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN); Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Luciano Anderson de Souza (USP – São Paulo/SP); Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG); Marco Aurélio Florêncio Filho (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP); Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT); Matheus Felipe de Castro (Universidade do Oeste de Santa Catarina – Chapecó/SC); Miguel Tedesco Wedy (Unisinos – São Leopoldo/RS); Oliveiros Guanais de Aguiar Filho (Universitat Pompeu Fabra - ESP); Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS); Raquel Lima Scalcon (Uniritter – Porto Alegre/RS); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Sérgio Salomão Shecaira (USP – São Paulo/SP); Tarsis Barreto (UFTO – Palmas/TO); Thiago Minagé (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT); Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF); Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt – Frankfurt/ALEM); Cristina Sílvia Alves Lourenço (ESA/OAB – Belém/PA) ; Eduardo Pitrez Corrêa (UFRG – Rio Grande/RS); Ellen Cristina Carmo Rodrigues (UFJF - Juiz de Fora/MG; Gustavo de Carvalho Guadanhin (USP – São Paulo/SP);; Leandro de Castro Gomes (USP – São Paulo/SP); Luciano Anderson de Souza (USP – São Paulo/SP); Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide - ESP); Marcelo Almeida Ruivo (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT); Maurício Sullivan Balhe Guedes (Universidade da Amazônia–Belém/PA)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 127 • janeiro / 2017

Coordenação (editoras-chefes)
Marina Pinhão Coelho Araújo e Fernanda Vilares

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 25 • vol. 127 • janeiro / 2017

Presidência
Andre Pires de Andrade Kehdi

Coordenação (editoras-chefes)
Marina Pinhão Coelho Araújo e Fernanda Regina Vilares

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

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

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 8h às 17h)
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: [01-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [07.12.2016]

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente
Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário
Fábio Tofic Simantob
2.º Secretária
Eleonora Rangel Nacif
1.º Tesoureira
Fernanda Regina Vilares
2.º Tesoureira
Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas
Ivan Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Sérgio Mazina Martins

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
Andrea Cristina D'Angelo
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho
Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Diogo Rudge Malan
Biblioteca
Bruno Salles Pereira Ribeiro
Boletim
José Carlos Abissamra Filho
Comunicação e Marketing
Rogério Fernando Taffarello
Convênios
Matheus Pupo
Cursos
Paulo Sérgio de Oliveira
Estudos e Projetos Legislativos
Renato Stanziola Vieira
Iniciação Científica
Alexis Couto de Brito
Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo
Monografias
Fábio Roberto D'Avila
Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti
Relações Internacionais
Helena Regina Lobo da Costa
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo e Fernanda Regina Vilares
Revista Liberdades
Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal
Juliana Garcia Belloque
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito
Infância e Juventude
Giancarlo Silkunas Vay
Justiça e Segurança
Humberto Barrionuevo Fabretti
Política Nacional de Drogas
Cristiano Avila Maronna
Sistema Prisional
Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

23.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira
21.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Fábio Roberto D'Avila
Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC
Renato Watanabe de Morais
Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico
Eleonora Rangel Nacif

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente
Beatriz Dias Rizzo
Secretário-Geral
Rafael de Souza Lira

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 127 • janeiro / 2017

Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativo Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
Daniel Cesar Leal Dias de Carvalho

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
Luciana Vaz Cameira

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

DIREITO PENAL

Direito penal económico – É legítimo? É necessário?
Economic Criminal Law – Is it legitimate? Is it necessary?
ANABELA MIRANDA RODRIGUES 15

Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – Reflexões iniciais
Freedom and recognition: contribution to the study of the fundaments of criminal culpability – Initial reflections
BRUNO TADEU BUONICORE 39

El delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo en España (579,1, CP)
The crime of dissemination of content inciters of terrorism in Spain (579,1, CP)
LUIZA BORGES TERRA 79

Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (Um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira)
Penal protection of assets managed by a third person in the financial system (A brief comparative of the German, Portuguese and Italian infidelity with the Brazilian fraudulent management)
MARCELO ALMEIDA RUIVO 111

PROCESSO PENAL

A proporcionalidade como método de controle da decisão penal – Parte 1: o problema da estrutura normativa entre regras e princípios
The proportionality as control method of the criminal decision – Part 1: the problem of the normative structure between rules and principles
CRISTINA SÍLVIA ALVES LOURENÇO e MAURÍCIO SULLIVAN BALHE GUEDES 135

Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental
Cosmopolitan constitutionalism, equality of arms and defense investigations: notes on a fundamental and human right
EDUARDO PITREZ DE AGUIAR CORRÊA 167

CRIME E SOCIEDADE

Processo penal, estado de exceção e o Volksgerichthof: o Tribunal do Povo na Alemanha nazista

Penal Procedure, State of Emergency and the Volksgerichhtof: Remarks on the Nazi Germany Popular Court of Justice

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY 201

Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática de infração penal no Brasil

The 26th anniversary of the Child and Adolescent Statute and the responsibility of the adolescent for penal infractions in Brazil

ELLEN CRISTINA CARMO RODRIGUES 225

Política criminal de drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao Proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro

Criminal drugs policy: the viability of harm reduction as an alternative to Prohibitionism in Brazilian legal system

GUSTAVO DE CARVALHO GUADANHIN e LEANDRO DE CASTRO GOMES 263

A reforma da legislação penal eleitoral: um necessário caminho para o aperfeiçoamento da democracia brasileira

The reform of the electoral criminal law: a necessary way to the improvement of brazilian democracy

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA 295

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 323

TEMAS 324

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 329

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 339

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECKLIST*) 345

EDITAL – CHAMADA DE ARTIGOS – DOSSIÊS 2017 347

Direito penal económico – É legítimo? É necessário?

Economic Criminal Law – Is it legitimate? Is it necessary?

Anabela Miranda Rodrigues

Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico (IJ) da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Conselho Nacional de Medicina Legal. Membro-votante da *Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire* (FIPP). Membro *da Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP) e da *Société Internationale de Criminologie* (SIC). Foi Professora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Foi Professora visitante da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro em 2014. Participou na fase final da Reforma do Código Penal de 1982 e na Revisão do Código Penal de 1995. Participou na Reforma do código de Processo Penal português de 1987. Foi Presidente da Comissão que elaborou a Lei Tutelar Educativa (LTE). Foi Presidente da Comissão da Reforma Penitenciária e elaborou o Projeto de Reforma de Lei de Execução de Penas e Medidas, 2001. Foi Diretora do Centro de Estudos Judiciários (Escola Nacional de Formação de Juízes e do Ministério Público) de novembro de 2004 a setembro de 2009. Foi vogal do Conselho Superior da Magistratura entre 2009 e 2011 (eleita pela Assembleia da República). Foi Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2011-2013). Foi Ministra da Administração Interna do XIX Governo de Portugal. Vice-Presidente para os Assuntos Europeus da *Société Internationale de Défence Sociale* (SIDS).

anarod@fd.uc.pt

Autora convidada

Área do Direito: Penal; Financeiro e Econômico

Resumo: Neste artigo, recoloca-se a pergunta sobre a legitimidade e a necessidade do direito penal económico. A questão é equacionada no cenário da crise financeira que eclodiu em 2008 e da crise económica generalizada que se lhe seguiu, no quadro da economia globalizada que carateriza a atualidade. Dão-se conta de variadas dificuldades com que se depara a intervenção penal no domínio económico, designadamente, ao nível da investigação no processo penal, e salienta-se a oposição entre a consideração da crise económico-financeira como fracasso sistémico

Abstract: In this article, we relocate the question of the legitimacy and the need for economic crimes. The question is equated in the scenario of the financial crisis that erupted in 2008 and the widespread economic crisis that followed, in the context of a globalized economy that characterizes the present. We realize varied difficulties faced by criminal intervention in the economic field – in particular, the research level in criminal proceedings – and highlight the contrast between the consideration of the economic and financial crisis as a systemic

dos mercados – que deslegitima aquela intervenção – e a responsabilização penal de agentes económicos concretos por fatos económicos ilícitos concretos. Mostra-se como o "capitalismo regulatório", através de um dos seus elementos essenciais – os programas de cumprimento (*compliance*) –, procurou edificar uma estratégia de controlo da atividade económica ilícita. No âmbito da génese e desenvolvimento do direito penal económico, faz-se ressaltar a sua legitimidade e necessidade perante ataques "insuportáveis" a bens jurídicos de relevante valor (dignidade constitucional) e aponta-se como uma exigência à dogmática penal a tarefa de progredir no apuramento da configuração de ilícitos típicos à luz de uma definição rigorosa dos bens jurídicos, de cariz coletivo, que se visam proteger.

PALAVRAS-CHAVE: Crime económico – Crise financeira – Fracasso do sistema – Bem jurídico coletivo.

failure of the markets – delegitimizing criminal intervention – and the criminal liability of concrete economic agents for concrete illicit economic facts. It is shown as the "regulatory capitalism" through one of its essential elements – compliance – sought to build a control strategy of illicit economic activity. In the context of the genesis and development of economic crimes, it is to highlight its legitimacy and necessity before "intolerable" attacks on legal interests of relevant value (constitutional dignity) and points up as a requirement for criminal dogmatic task to progress in ascertaining the typical illicit setting in light of a strict definition of legal interests of collective nature that are intended to protect.

KEYWORDS: Economic crime – Financial crisis – System failure – Legal interest of collective nature.

SUMÁRIO: 1. A crise económica como "problema político". 2. A crise financeira de 2008. 3. As dificuldades de incriminação de condutas económicas ilícitas. 4. Cenário da criminalidade económica. 5. Os desafios atuais do direito penal económico: é legítimo?. 6. Génese e desenvolvimentos do direito penal económico. 7. Os desafios atuais do direito penal económico (continuação): é necessário?. 8. O direito penal económico como "direito penal do bem jurídico". 9. A concluir. 10. Referências.

1. A CRISE ECONÓMICA COMO "PROBLEMA POLÍTICO"

A necessidade da punição de certas atividades económicas é hoje partilhada pelo pensamento político, quer de filiação de esquerda quer de direita. Uma justiça penal "de esquerda", que tem preferencialmente por objeto os crimes do capital e dos capitalistas, dirige-se hoje à empresa transnacional. Já a "de direita", parte dos conceitos de liderança económica (*corporate governance*) e de responsabilidade (*responsability*) para desenvolver programas de cumprimento (*compliance*) e de responsabilidade coletiva e para defender, em nome do "pragmatismo", a aplicação de sanções penais a agentes económicos, empresários e empresas.[1]

1. Cf. JOACHIM VOGEL, "Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas", *La política criminal en Europa*, Santiago Mir Puig/Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores), Víctor Gómez Martín (Coordinador), Atelier, 2004, p. 129-130.

Serve isto para relembrar que o problema da criminalidade económica – tal como o afirmou Klaus Tiedemann[2] – "é um problema político". Ou, como mais recentemente reforçou Figueiredo Dias,[3] para salientar que o direito penal económico é "direito político de modo acrescido e mesmo exasperado" em relação ao direito penal em geral, já que aquele "é fruto do sistema político-económico estadual" e "depende diretamente, na sua concreta conformação, do sentido, da forma e da medida em que o Estado se proponha intervir ou não intervir na vida económica".

É a partir daqui que nos propomos interrogar o direito penal económico e perguntar pelo seu lugar no mundo atual: é legítimo? É necessário?

A referência à crise financeira desencadeada em 2008 é inevitável. Nenhuma outra, até ao presente, suscitou perguntas tão difíceis aos penalistas ou provocou respostas tão díspares e contraditórias. E que podemos abreviadamente sintetizar, de um lado, pelas interrogações: há crimes? Há responsáveis? E, de outro lado, em respostas que vão desde o "discurso da resistência"[4] ao direito penal – como o qualificou Luis Gracia Martín – até ao desenvolvimento de um conceito inovador de crime com que o direito penal económico se confronta neste início de século XXI, que é o de "crime económico de carácter político", teorizado por Wolfgang Naucke.[5] Nesta conceptualização, não se trata já tão-só da conexão do crime com o poder económico, mas de ele ser promovido ou não controlado (tolerado) pelo Estado: é, em suma, uma "criminalidade de Estado". Que, segundo Naucke, remete para um conceito que se desenvolveu

2. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftskriminalitat und Wirtschaftesstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublick Deutschland*, Tubingen, 1978, p. 5.

3. J. FIGUEIREDO DIAS, "O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 22 (2012), p. 523.

4. LUIS GRACIA MARTÍN, "Prólogo", *La necessidad del derecho penal económico y su legitimidade en el Estado social y democrático de derecho*, BdeF-Euros Editores, Montevideu, Buenos Aires, 2016, p. XVIII. Para uma análise do "discurso de resistência", cf. GONZALO CASTRO MARQUINA, *La necessidade del derecho penal económico*, cit., p. 11-19 e 109 e ss.

5. W. NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsraftat. Eine Annaherung*, Berlin, Verlag, 2012. Cita-se, no presente texto, a tradução em língua espanhola, *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*, Marcial Pons, 2015. Sobre o conceito de "crime económico de carácter político" desenvolvido por Naucke, vide EUGENIO SARRABAYROUSE, "Estudio preliminar", *El concepto de crime económico-político*, cit., p. 26-29 e E. DEMETRIO CRESPO, "El significado político del derecho penal económico", E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord), *Crisis financeira y derecho penal económico*, BdeF-Edisofer, Montevideu, Madrid, 2014, p.13 e ss.

nos processos económicos de Nuremberga (em 1947/1948) e que, em processos mais recentes, como o processo Honecker (1989/1990) e o processo contra o primeiro-ministro islandês (2010/2011), foi invocado para traduzir a "aniquilação da liberdade das pessoas e das instituições jurídicas que a protegem"[6] como consequência da "ruina de um sistema económico levada a efeito mediante o poder de tomar decisões económicas vinculativas de grande alcance".[7]

2. A CRISE FINANCEIRA DE 2008

É fundamental referirmos, ainda que brevemente, os traços da crise financeira que eclodiu em 2008, dando origem aos abalos económicos de que padecem vários países europeus, e às exigências que se fazem ouvir para que os Estados intervenham e regulem com energia os mercados financeiros.

Podemos encontrar descrições dos fatores e dos instrumentos financeiros implicados nas origens da crise em vários autores. Cito, a título de exemplo, do lado europeu, Christian Schroder[8] e Volker Krey,[9] e, na América latina, Eugenio Sarrabayrouse[10] e Carlos Marichal.[11]

A crise económica[12] desencadeou-se a partir das operações especulativas realizadas por bancos, que compraram os denominados "títulos tóxicos", isto

6. Assim, W. NAUCKE, *El concepto de delito económico-político,* cit., p. 39. Trata-se de um crime (p.35) "cujo merecimento de pena surge da destruição dos fundamentos vitais de muitos cidadãos, consequência de decisões económicas pelas quais se deve responder".
7. W. NAUCKE, *El concepto de delito económico-político,* cit., p. 35 e ss.
8. CHRISTIAN SCHRODER, "Ursachen und Bewaltigung der Finanzmarktkrise aus starfrechtlicher Sicht", *Wirtschatskriminalitat*, Brita Bannenberg e Jorg-Martin Jehle (org.), Verlag, 2010, p. 241-252.
9. V. KREY, "Finanzmarktkrise und deutsches Strafrecht. Verantwortlichkeit von Bankvorstanden fur hochspekulativen Handel mit Assed Backed Securities (durch Vermogenswerte besicherte Wertpapiere) auf der Basis von US Subprime Mortgages (minderwertige US-hypotheken)", *Strafrect als Scientia Universalis. Festschrift f. klaus Roxin zum 80.Geburtstag am 15.Mai 2011* (Manfred Heinrich et al.), De Gruyter, 2011, p. 1073-1076.
10. EUGENIO SARRABAYROUSE, "Estudio preliminar", *El concepto de crime económico-político,* cit., p. 20-25.
11. CARLOS MARICHAL, *Nueva historia de las grandes crisis financeiras. Una perspectiva global, 1873-2008,* Buenos Aires, 2010, passim (p. 277 e ss).
12. Segue-se EUGENIO SARRABAYROUSE, "Estudio preliminar", *El concepto de crime económico-político,* cit., ibidem.

é, valores baseados em hipotecas norte-americanas subavaliadas. A origem da crise encontra-se na explosão da "bolha imobiliária" nos Estados Unidos, depois de um período importante de aumento incessante dos preços das casas. Os prestamistas iniciaram uma prática que se denominou "subprime", ou seja, emprestar *dinheiro a pessoas que normalmente não teriam podido aceder a* um crédito hipotecário para adquirir uma casa, o que aumentava o risco de falta de pagamento. Estas hipotecas subprime começavam, nos primeiros anos, com um juro baixo, que depois subia drasticamente. Na maioria dos casos, não se explicava aos tomadores de créditos os riscos da operação e dizia-se-lhes que poderiam, em prazo breve, refinanciar a hipoteca para manter os juros baixos. Foram muitos os economistas que alertaram para os perigos, mas ninguém quis travar o clima de euforia, já que todos pareciam que estavam a ganhar dinheiro: as empresas construtoras, os agentes imobiliários, as empresas de construção e de materiais e os próprios consumidores, que estavam felizes porque, pela primeira vez, podiam comprar casa própria.

Entretanto, a autorregulação dos mercados, em que os governos republicanos se comprometeram, significou que as empresas e os bancos ficaram fora de qualquer regulação. Em 2005/2006, as taxas de subprime dispararam e muitos dos novos proprietários não puderam pagá-las. A crise não se limitou aos compradores norte-americanos: quer os bancos quer os prestamistas tinham passado as suas dívidas aos investidores e a outros bancos, através de complexos pacotes financeiros quase incompreensíveis. O pânico eclodiu rapidamente, pois ninguém sabia quem era o verdadeiro dono destas "dívidas inúteis", difundidas por todo o sistema financeiro mundial. De imediato, os bancos não estavam mais dispostos a conceder empréstimos, o que gerou a crise do crédito. As perdas começaram a acumular-se e, em meados de 2008, os bancos e as principais entidades financeiras de todo o mundo anunciaram perdas próximas dos 435.000 milhões de dólares.

Em vários países europeus, muitos gerentes e diretores de bancos foram responsáveis pela compra de produtos financeiros duvidosos, baseados nas hipotecas norte-americanas subavaliadas – no jargão financeiro: *asset backed securities based on american subprime mortgages* –, operações realizadas sem a informação suficiente sobre a sua estrutura e o seu valor. Isso originou enormes perdas para os bancos e determinou diversos resgates financeiros realizados pelos Estados para evitar que a rutura dessas instituições prejudicasse a economia.

Estes acontecimentos deram ainda origem a que, no *National Infrastucture Plan*, contendo uma visão para o futuro da infraestrutura económica do Reino Unido, publicado em outubro de 2010, se defendesse a sanção, e se tal se justificasse, a

prisão, dos "produtores de *securities* (derivados) tóxicos", que deviam ser tratados como qualquer outro fabricante de produtos venenosos ou tóxicos.

3. AS DIFICULDADES DE INCRIMINAÇÃO DE CONDUTAS ECONÓMICAS ILÍCITAS

Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Saggese, na edição de 2010 do seu livro Derecho Penal Económico, publicado em Madrid,[13] referiam que ainda não se tinha plena consciência do "carácter criminoso" da crise de 2008: mas, em meu entender, era já o despertar dessa consciência que neste alerta se anunciava.

Com a sucessão de acontecimentos que continuavam a abalar os sistemas económicos e financeiros – muitos com laivos de escândalo – adensava-se a "sombra criminosa" sobre eles. E, ao mesmo tempo, percebiam-se também mais nítidos os obstáculos, da mais variada ordem, que se erguiam a uma intervenção penal nesta área.

Os chamados "Papéis do Panamá" ocuparam, há bem pouco tempo, a atualidade informativa e os *prime time* dos noticiários de todo o mundo – até que, tão depressa como apareceram, bruscamente desapareceram... Curiosamente, o que se observou foi que, em vez de negar a veracidade da informação, a principal estratégia de defesa que foi utilizada pelos implicados foi a de sustentar a legalidade das contas ou das atuações refletidas nos diversos documentos filtrados.

O que é bastante significativo. É fundamental equacionar o que está em causa.

Acontece que os crimes económicos não deixam, no plano físico, sinais externos que tão facilmente os identificam como crimes que são próprios da generalidade da delinquência convencional. Como refere Gonzalo Castro Marquina:

> Se aparece oculto um cadáver, o nosso primeiro impulso será pensar que estamos perante uma vítima de homicídio. Pelo contrário, a mera descoberta de uma série de documentos como os que figuram nos 'Papéis do Panamá' não é suficiente para determinar a existência de indícios de crime com um grau de segurança equivalente, embora se levante a suspeita. Provavelmente, na maioria dos casos, bastará para fundar um juízo negativo no plano moral, mas já não no plano legal.[14]

13. BAJO FERNÁNDEZ, S. BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, p.25.

14. GONZALO CASTRO MARQUINA, *La necessidade del derecho penal económico*, cit., p. XXVI.

Desta forma, desde logo, está a chamar-se a atenção para os problemas da investigação neste domínio. Que passa, imediatamente, pela dificuldade em dilucidar a ilicitude dos comportamentos: a fronteira entre uma fuga lícita ao pagamento de impostos e uma fraude fiscal é muito estreita, já o sabemos, e o mesmo sucede com outras práticas características da delinquência económica. Há múltiplas e sofisticadas maneiras de lhes "dar um banho de legalidade".[15]

E isto é apenas o início de um cortejo de dificuldades que se podem vislumbrar.

Volker Krey ilustrou com quatro razões a dimensão do problema, ao analisar a atuação do ministério público alemão, que não promoveu investigações penais contra os dirigentes bancários "que 'jogaram' com o dinheiro dos bancos e causaram perdas ingentes, compensadas com o dinheiro dos impostos pagos pelos cidadãos".[16] Antes de mais, os procuradores carecem de recursos materiais e de pessoal preparado, com formação, para levar a efeito uma investigação deste tipo. Depois, nos círculos políticos, aparentemente, domina a perspectiva de que uma perseguição penal rigorosa dos dirigentes suspeitos poderia causar perturbações na "indústria bancária" (*banking industry*). Para além disso, uma atuação contra os responsáveis poderia causar uma reação adversa e pôr em perigo a solução da crise financeira: os banqueiros são, eles mesmos, "relevantes para o sistema e, por essa razão, gozam de uma imunidade fáctica". Finalmente, a ação da justiça teria de se dirigir, necessariamente, contra os membros de conselhos de administração ou de supervisão – em muitos casos, compostos por políticos de alto nível, e a sua perseguição penal não é desejada ao nível político.

Antes de tudo isto, ou, direi melhor, mais fundo do que isto – e o caso dos "Papéis do Panamá" também é eloquente a este propósito –, está o facto de o legislador penal, no âmbito económico, ter dificuldade em tipificar o ilícito de um modo preciso. Como adverte Albrecht,[17] "a incriminação de comportamentos económicos no moderno direito penal do perigo levanta menos a pergunta sobre 'quem fez isto', do que sobre se 'o que aconteceu é realmente crime'".

15. A expressão é de GONZALO CASTRO MARQUINA, *La necessidade del derecho penal económico*, cit., p. XXVI.

16. Exatamente nestes termos, e no que se segue, dando conta da análise de Volker Krey, EUGENIO SARRABAYROUSE, "Estudio preliminar", *El concepto de crime económico-político*, cit., p. 22.

17. H.J. ALBRECHT, "Investigaciones sobre la criminalidade económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas", AAVV., *Modernas tendências en la ciência del derecho penal y la criminologia*, UNED, Madrid, 2001, p. 260.

Esta questão implica que façamos uma abordagem ao cenário em que se vem desenvolvendo a criminalidade económica e a revelar-se a crise que lhe anda ligada e de que padecem múltiplos países.

4. CENÁRIO DA CRIMINALIDADE ECONÓMICA

Foi já em 1997 que Ulrich Beck adiantou alguns aspetos da globalização, que hoje se tornaram evidentes perante tudo o que trouxe consigo a crise económica internacional e os traços mais marcantes que ela mostra.[18] Com a acutilância que caracteriza as suas análises, Beck chamava a atenção para que a globalização, ao contrário do que à primeira vista se poderia pensar, não apontava para o "fim da política", mas para "novos atores" da política, num "novo espaço": os grandes empresários em empresas internacionais à escala mundial. A atuação destes novos protagonistas, situada fora das fronteiras nacionais significou "mais política" – a politização da economia –, porque permite que os grandes empresários desempenhem um papel chave:

> (...) não só na configuração das relações económicas, mas na sociedade no seu conjunto, mesmo quando seja 'só' pelo poder que têm para privar a sociedade dos seus recursos materiais (capital, proventos dos impostos, postos de trabalho).

Observa-se, por um lado, que as grandes empresas, transnacionais, registam lucros recorde devido à supressão de postos de trabalho, à deslocalização e à sua capacidade de iludir os fiscos nacionais, enquanto as pequenas e médias empresas, que geram a maioria dos postos de trabalho, "se veem oprimidas e asfixiadas pelos infinitos grilhões e gravames da burocracia fiscal"; por outro lado, as economias nacionais definham na sua capacidade de produzir riqueza e os Estados veem diminuída a sua capacidade para gerir os assuntos internos, para tomarem as decisões que podem melhorar as condições de vida dos seus cidadãos. Foi ainda Beck que, de uma forma lapidar, ilustrou o seu pensamento, fazendo ressaltar que "os dirigentes de multinacionais põem os seus negócios a salvo, levando-os para o sul da Índia, mas enviam os seus filhos para universidades europeias de renome, subvencionadas pelos dinheiros públicos".

Esta globalização económica opera-se num cenário ideológico em que impera o neoliberalismo – não é por acaso que recebe o ápodo de "globalização

18. Chama a atenção, exatamente nestes termos (e no que se segue), para a análise de Urich Beck (*Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, 1998, p.15 e ss.), E. DEMETRIO CRESPO, "El significado político del derecho penal económico", cit., p. 4 e 5.

neoliberal"[19] –, que, num recorte descritivo, tem levado a que se lhe apontem várias perversidades. Aumenta, de maneira dramática, o fosso entre ricos, cada vez mais ricos, e pobres, cada vez mais pobres, e introduz uma distinção nefasta entre "Estados globalizadores" e "Estados globalizados", desiguais em poder, em que as populações dos mais fracos "se veem submetidas à vontade" dos mais fortes.[20]

Com efeito,[21] o primado da "*lex mercatoria*" sobre convenções internacionais, princípios constitucionais e direitos fundamentais, apenas retoricamente intangíveis – a entronização do "fundamentalismo do mercado", para empregar a terminologia do prémio Nobel Stiglitz –, e a homogeneização das suas regras não se traduziu em maior igualdade nas condições de vida das pessoas ou de grupos ou de povos, e, para além disso, abriu espaços de tratamento diferenciado de certas atividades, ilícitas nuns lugares e lícitas noutros. É neste contexto que se verificam os fenómenos da segmentação do processo produtivo em unidades juridicamente autónomas ou a deslocalização, que permitem às empresas escolher o local em que querem instalar-se em busca da máxima rentabilidade, em função das diferentes disciplinas legais, em domínios tão variados como o fiscal, laboral, segurança social, ambiental, financeiro ou económico. E onde se inclui, também, o domínio penal. Chama-se aqui a atenção – com Terradillos Basoco[22] – para o fato de que as opções de política criminal, condicionando o investimento ou sendo condicionadas pelas necessidades de investimento, reduzem o direito penal à função de mero auxiliar da realização das políticas estaduais económicas. Com este cariz ancilar, limitando-se, assim, a uma criticável função meramente simbólica.

A "ausência de regulação pública efetiva" – a desregulação –, característica do mercado globalizado, e o seu contrapolo, que é o "carácter transnacional" da atividade económica, em grande parte desenvolvida por empresas, são

19. Vide, por todos, E. DEMETRIO CRESPO, "El significado político del derecho penal económico", cit., p. 4.

20. E. DEMETRIO CRESPO, "El significado político del derecho penal económico", cit., p. 4.

21. Assim, J. M. TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal económico. Lineamientos de política penal", IUS, Revista del Instituto de ciências Jurídicas de Puebla, México, ano IX, n. 35, enero-junio de 2015, p. 8 e 20.

22. J. M. TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal económico. Lineamientos de política penal", IUS, Revista del Instituto de ciências Jurídicas de Puebla, México, ano IX, n. 35, enero-junio de 2015, p. 21.

características da economia global, "que busca a rentabilidade de quantidades ingentes de capital".[23]

5. OS DESAFIOS ATUAIS DO DIREITO PENAL ECONÓMICO: É LEGÍTIMO?

É este o contexto em que se colocam os desafios. Da mais variada ordem, como é evidente. Mas também ao direito e ao direito penal. A crise pôs em causa a supervisão – o "capitalismo regulatório"[24] –, as normas ditadas em grande medida durante as décadas de oitenta e noventa do século passado: numa palavra, a autorregulação dos mercados e o retraimento dos Estados em intervir na economia. Começou por se lhes pedir que socorressem os bancos. Agora, volta a pedir-se-lhes que "regulem" e "intervenham" na vida económica.[25]

E a pergunta surge: Que papel cabe ao direito penal? Que papel perante crises globais, como a económica que vivemos?

O deflagrar da crise e os escândalos financeiros que se lhe seguiram geraram uma forte polémica quanto a saber se deviam ser encarados como casos individualizáveis, resultado da atuação danosa de gerentes ou empregados concretos, ou se, afinal, se trata de um problema estrutural, inerente ao sistema financeiro na sua configuração atual.[26]

Estão em confronto duas posições diferentes, que acarretam consequências também diferentes para o problema de que tratamos, que é o de saber qual o lugar que o direito penal ocupa aqui, se é que ocupa algum.

De um lado, perante o entendimento da crise como "um fracasso sistémico do mercado financeiro", emerge a falta de adequação da intervenção penal. Avulta, neste sentido, o pensamento de Klaus Luderssen,[27] de acordo com o

23. Neste sentido e sobre isto, J.M. TERRADILLOS BASOCO, "Financiarización económica y política criminal", *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo*, J.R. Serrano-Piedecasas y E. Demetrio Crespo (dir.), Colex, 2010, p.132 e ss.

24. O "regulatory capitalismo", como o cunhou John Braithwaite, num livro com o mesmo nome: *The regulatory capitalism*, Oxford, 2008.

25. Assim, EUGENIO SARRABAYROUSE, "Estudio preliminar", *El concepto de crime económico-político*, cit., p. 25.

26. Sobre as posições em confronto, designadamente encabeçadas por Klaus Luderssen e por Bernd Schunemann, vide, E. DEMETRIO CRESPO, "El significado político del derecho penal económico", cit., p. 9 e ss.

27. K. LUDERSSEN, "Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht", *Die Finanzkrise, das Wirtshaftsstrafrechts und die Moral*, Walter De Gruyter, 2010, p. 199 e ss.

qual "os mecanismos autónomos dos sistemas económico-empresariais assumiriam o papel principal" – a participação das pessoas não assumiria a qualidade de "facto principal" –, pelo que "a busca de culpados não teria qualquer razão de ser". O argumento é o de que "o comportamento errado se teria convertido em regra e acontecia em milhares de casos, sem que se possa nem se deva considerar responsáveis principais por eles indivíduos particulares". No fundo, dito de outra maneira, a "complexidade" do que está em causa "impede a imputação individual de responsabilidades".

Frente a esta posição, de outro lado, defende-se que não podemos contentarnos em "culpar os mercados" ou o sistema financeiro em geral. O que significaria "ficar-se pela superfície das coisas",[28] enquanto, na verdade, existem pessoas e instituições responsáveis ou que deveriam responder. Inscreve-se aqui o pensamento de Naucke, a que já fizemos referência, que assume a ideia central de que "com a crise financeira de 2008 não se trata de uma falha do sistema".[29] Apela expressamente a Bernd Schunemann, na linha de quem se encontram nomes como os de Christian Schroder, Deiters, Kasiske ou Krey. Shunemann[30] veio defender que é possível analisar, à luz do direito penal económico, um ilícito individual e que estão em causa "factos que, de acordo com a lei, a doutrina e a jurisprudência são puníveis, enquanto constituem uma criminalidade organizada globalmente". Em resposta a uma corrente económica que qualifica esta posição de "populista" e "simplista" – ilustrada por Werner Pumple,[31] por exemplo – e em resposta aos seus seguidores desta corrente económica no direito penal, Shunemann entende que o argumento de que não se podem encontrar responsáveis individuais perante as características dos comportamentos em causa "é menos convincente aqui do que a sua utilização no caso de crimes organizados pelo Estado, executados, afinal, de acordo com ordens de um poder superior e mediante 'receptores de ordens' que as acatam": na verdade, e por contraposição, hoje, estamos perante "'comportamentos concordantes' de

28. Cf. E. DEMETRIO CRESPO, "El significado político del derecho penal económico", cit., p. 10, por referência a L. Benería y C. Sarasúa, "Crímenes económicos contra la humanidade", Sin Permiso, 03.04.2011 ([www.sinpermiso.info]).

29. W. NAUCKE, *El concepto de delito económico-político,* cit., p. 36 e, designadamente, nota 6.

30. B. SCHUNEMANN, "Die sogennante Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalitat?", *Die sogennante Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalitat?,* Verlag, 2010, p. 71 e ss.

31. A referência é de EUGENIO SARRABAYROUSE, "Estudio preliminar", *El concepto de crime económico-político,* cit., p. 26, nota 24.

um grupo profissional, cuja execução não foi coagida por ninguém ou pelo Estado". Neste sentido defende que se está perante "processos concretos" em que pessoas concretas participam, e não em face de "processos globais de carácter sistémico" e, assim, o que está em causa é examinar se:

> (...) títulos depreciados ou sem valor foram vendidos a pessoas de boa-fé, sob a ficção de uma solvência maior (caso em se falaria de uma burla), ou se a direção de um banco concreto lesou o seu próprio banco com investimentos de cuja falta de valor tinha conhecimento (caso em que se falaria de administração danosa).[32]

6. GÉNESE E DESENVOLVIMENTOS DO DIREITO PENAL ECONÓMICO

Os matizes de qualquer uma das posturas que referimos – de recusa ou de apelo à intervenção penal – têm vindo a multiplicar-se. Isto é altamente compreensível, se tivermos em vista que a intervenção do direito penal económico ou outros tipos de respostas aos problemas económicos – jurídicas, não jurídicas ou mistas – têm conhecido uma evolução imparável.

Impõe-se, por isso, um breve olhar sobre a génese e o desenvolvimento do direito penal económico, para melhor nos confrontarmos com as atuais interrogações sobre ele no contexto do panorama económico mais recente.

A referência aos crimes económicos remete-nos para leis dirigidas a alargar a intervenção penal ao domínio económico, antes restrita aos tradicionais crimes contra o património. Falo, do lado europeu, de duas importantes e inovadoras apostas de moderna política criminal: a Primeira Lei para a Luta contra a Criminalidade Económica, de 1976, na Alemanha;[33] e o diploma relativo às infrações económicas, de Janeiro de 1984, em Portugal.[34] E, do lado americano, nos EUA, o Foreign Corrupt Practices Act, de 1977; sendo de referir, como pioneiro, no Brasil, o Projecto de Lei sobre as contravenções penais, n. 635, de 1975, que continha, no capítulo V, as Contravenções contra a Economia Popular.

Porque, na verdade, não basta a existência de crimes como os de burla, falsificação de moeda ou documentos, usura ou mesmo de açambarcamento

32. Cf. E. DEMETRIO CRESPO, "El significado político del derecho penal económico", cit., p. 10 e 11, relevando também estes aspetos.

33. Die Erste Gesetz zur Bekampfung der Wirtschatskriminalitat (1976).

34. Dec.-Lei n. 28/84, de 20 de janeiro (Infrações contra a economia e contra a saúde pública).

ou especulação para se poder considerar que estamos perante um verdadeiro direito penal económico. As tentativas para o definir, por isso, também se sucederam, ao mesmo tempo que, "como exemplo de darwinismo jurídico",[35] o direito penal económico se adapta aos desafios que vão colocando os distintos modelos económicos.

Com efeito,[36] o florescer do comércio, na baixa Idade Média, supôs o nascimento dos crimes de insolvência. A mensagem que se dirigia aos comerciantes para acautelar os fenómenos da bancarrota era a de que "as boas práticas comerciais" eram um bem valioso, que se protegia penalmente. Depois, a alteração dolosa do preço das coisas, com origem no Código Penal napoleónico, foi o crime do liberalismo económico, quando a "mão invisível" se devia mover sem obstáculos que impedissem a livre formação de preços no mercado. Em finais do século XIX, surgem os crimes societários, designadamente na Alemanha, França e Itália, com a finalidade de proteger os sócios perante os abusos dos administradores e garantir a veracidade da informação societária.

A resposta ao século XIX e ao seu modelo económico liberal, foi, no século XX, a intervenção do Estado na economia, primeiro com os Estados autoritários – fascistas e nazistas –, depois com os Estados sociais e democráticos de direito. Com efeito, se em meados do século passado se generalizou a convicção, fruto da crise económica de 1929, de que a reconstrução exigia suprimir riscos, designadamente ao nível financeiro, para evitar uma situação que tinha conduzido ao *crack* de Wall Street, era coerente atribuir ao Estado a função de garantir regras e princípios económicos fundamentais que os acautelassem e assegurassem novas funções no tecido económico-social, a fim de garantir a todos níveis mínimos de bem-estar compatíveis com a dignidade humana.

E, para assegurar o cumprimento das novas responsabilidades que assumia, o Estado recorreu ao direito penal. Foi, como lhe chamou Figueiredo Dias, a "era de ouro"[37] do direito penal económico. Surgiram os crimes fiscais ou os crimes destinados a proteger as partes mais frágeis nos processos económicos, por exemplo, trabalhadores ou consumidores; e também os crimes de

35. Assim, ADÁN NIETO MARTÍN, "Introducción", *El derecho penal económico en la era compliance* (directores Luis Arroyo Zapatero/Adán Nieto Martín), Tirant lo Blanch, 2013, p. 11.

36. Segue-se, ADÁN NIETO MARTÍN, "Introducción", *El derecho penal económico*, cit., p. 11.

37. J. FIGUEIREDO DIAS, "O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, cit., p. 525.

fraudes na obtenção de subvenções ou contra a segurança social; e além disso os crimes contra o meio ambiente, bem ameaçado pelos processos de produção massivos que se implantaram com a revolução industrial; e ainda os crimes relacionados com abusos de poder no comércio internacional, com a confiança nos mercados mobiliários ou com a informática.

Desta forma, é à expansão do direito penal económico a que se assiste.

Interessante é aqui a categoria dogmática de "crimes com objecto plural inequivocamente ilícito",[38] de que fala Gracia Martín, em Espanha, expressiva de um fenómeno que acompanha o contexto em que a criminalidade "económica" se desenvolve e que se traduz na "dissolução de fronteiras entre a criminalidade económica ou empresarial organizada e a criminalidade organizada clássica" e apela a uma "eventual exigência de neutralizar a separação entre ambos os conceitos".[39] Com a consequência, então, de mais um alargamento da criminalidade económica a crimes como – e os exemplos são de Gracia Martín – "o tráfico internacional de drogas, de moeda falsa, de armas, de órgãos humanos, de pessoas para a prostituição, de crianças para a adoção internacional, de imigrantes e trabalhadores, o branqueamento de capitais ou diferentes modalidades de corrupção política e de funcionários".[40]

Neste contexto, as zonas de consenso para identificar o crime económico não são fáceis de formar.

Encontram-se mais facilmente no plano criminológico. Acentua-se o facto de ser protagonizado por indivíduos com qualificações e status, que utilizam estruturas e instrumentos comuns à atividade económica lícita. É um crime – como já ao tempo o definiu Edwin Sutherland[41] – "cometido por uma pessoa com respeitabilidade e *status* social alto na sua ocupação". E que, num quadro de globalização e financiarização da economia como o atual, comporta uma danosidade elevadíssima – desmesurada, como se tem vindo a acentuar nos tempos mais recentes –, o que é apontado como a sua característica identificadora.[42] Na Europa, em especial a doutrina alemã – Tiedemann, Goppinger

38. Cf. L.GRACIA MARTÍN, "El derecho penal ante la globalización económica", cit., p. 74.

39. Salienta estes aspetos, por apelo a H.J. Albrecht (cit., supra, nota 17), E. DEMETRIO CRESPO, "El significado político del derecho penal económico", cit., p. 6, nota 15.

40. L. GRACIA MARTÍN, op. ult. cit., ibidem.

41. Cf. o seu já clássico artigo "White-collar criminality", *American Sociological Review*, Vol.5, 1940. E, na mesma Revista, publicado em 1945, "Is 'white-collar' crime?".

42. Estes aspetos têm vindo a ser analisados, de forma especialmente atenta, na atualidade. Cf., por todos, designadamente, L. GRACIA MARTÍN, "La modernización del

ou Hefendehl –, tem levado a cabo uma profunda investigação a este respeito, concluindo que os danos económicos da criminalidade económica superam a totalidade dos que são causados pela restante delinquência. E isso sem contabilizar os danos à vida, à integridade física ou à saúde que podem também provocar: estes e outros, como a corrupção, derivados do efeito ressaca e espiral. Para além de que se deve ainda chamar a atenção para o facto de que crises financeiras que andam paredes-meias com a criminalidade económica se ligam a ajustes económicos de consequências devastadoras que atingem de modo imediato as camadas sociais mais vulneráveis e, mediatamente, todos os cidadãos, por via da carga fiscal.

7. OS DESAFIOS ATUAIS DO DIREITO PENAL ECONÓMICO (CONTINUAÇÃO): É NECESSÁRIO?

O que quero pôr em relevo, neste passo das minhas considerações, é "o outro lado da moeda", que, não só evidencia um "capitalismo regulatório", mas também reflete o amplo debate sobre a "administrativização" e a "tecnocracia" do direito penal económico, "patologias" de que sofreria em consequência do enfraquecimento dos princípios e garantias clássicos do direito penal.

A "desregulação", que já mencionei, como fenómeno ligado à globalização económica, pode observar-se por referência, sobretudo, aos Estados Unidos da América, onde o mercado de valores teve, tradicionalmente, uma importância maior do que na Europa como meio de financiamento da actividade empresarial e o Estado detém uma menor capacidade de regulação.[43] Mas a verdade é que, se é certo que o Estado presta cada vez menos serviços – e, por isso, pode ser chamado de "neo" liberal – e se retira cada vez mais da arena económica, – designadamente, pretendendo afastar da sua regulação "o direito" ou, pelo menos, o direito "penal", e privatizando – , a verdade é que ele não acredita na "mão invisível", não fazendo, por aqui, jus ao nome de "liberal". Haverá melhor exemplo do que o crime de

derecho penal como exigência de la realización del postulado del Estado de derecho, social y democrático", *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, 3.ª época, n. 3, 2010, p. 155 e ss; G. CASTRO MARQUINA, *La necesidad del derecho penal económico*, cit., p. 11e ss; CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Iustel, 2012, p. 82 e ss; e J.M. TERRADILLOS BASOCO, "Financiarización económica y política criminal", *El derecho penal económico y empresarial*, cit., p. 140 e ss; id, "Derecho penal económico. Lineamientos de política penal", IUS, cit., p. 13 e ss.

43. Neste sentido, ADÁN NIETO MARTÍN, "Introducción", *El derecho penal económico*, cit., p. 12 e 13.

informação privilegiada? Ou, uma estratégia de sanções anti-trust, a que não se hesitou em recorrer, com o *Sherman Act*, para a tutela da concorrência? Já um passo significativamente diferente foi dado com o recurso à "compliance", um dos elementos essenciais do capitalismo regulatório, que surge como resposta inovadora – significativa, agora, de como o Estado (também) não se coíbe de incrementar de forma notória o recurso a normas e a agências administrativas –, uma estratégia de controle do comportamento empresarial desviado, para garantir a aplicação (*enforcement*) das múltiplas disposições que regulam a sua atividade.

Os programas de cumprimento – como vêm sendo chamados no Continente europeu – constituem um produto híbrido, público e privado, do Estado e do mundo corporativo.[44] As normas que traduzem a política das empresas (relativas a corrupção, concorrência, regulamentos internos no âmbito do mercado de valores etc.) são duplamente normas mistas, no seu conteúdo, público-privado, e na sua génese, estadual-supraestadual. Pense-se, por exemplo, nos programas anticorrupção. Ninguém duvida que na sua origem estão os tipos penais de corrupção, mas a esta normação básica juntaram-se os *standards* anticorrupção, a *soft law* que foi sendo publicada por diversas organizações internacionais, desde a OCDE, ao Banco Mundial, passando por ONGs, como a Transparência Internacional. Por último, cada grande empresa, a partir deste material, constrói a sua própria política anticorrupção, determinando as proibições que procederam dos códigos penais.

O que é curioso – e importante – assinalar, é que este tipo de cooperação público-privada não acontece só na génese das normas e está presente também na sua aplicação (*enforcement*). As novidades do capitalismo regulatório, a este nível, podem significar lançar mão de mecanismos privados. Por exemplo, a regras de "cuidado devido" (*due diligence*), através das quais a empresa que pretende encontrar um parceiro (*partner*) de negócios ou contratar um consultor averigua e exige dos candidatos que possuam programas anticorrupção eficazes.[45] Como refere Adán Nieto Martín:

> (...) a chegada de uma grande empresa a um país onde há elevados índices de corrupção, exigindo a todas as empresas que queiram trabalhar com

44. Assim, ADÁN NIETO MARTÍN, "Introducción", *El derecho penal económico*, cit., p. 13-15; vide, também, JOACHIM VOGEL, "Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas", *La política criminal en Europa*, cit., p. 138 e ss.

45. Assim, ADÁN NIETO MARTÍN, "Introducción", *El derecho penal económico*, cit., p. 14. Trata-se de uma estratégia similar à que desenvolvem organismos públicos como o Banco Mundial – vejam-se, por exemplo, as Guidelines on Preventing Fraud and Corruption, de fevereiro de 2012, já revistas – ou o Banco Europeu de Investimentos com as empresas que desejam o financiamento de projetos.

> ela que tenham programas anticorrupção, é provavelmente mais eficaz no combate contra a corrupção do que várias convenções internacionais.[46]

Mas as regras desta regulação inovadora podem ir mais além. Desde logo, o direito penal, estadual, pode estar no fim do caminho. Pense-se, também, nos casos de corrupção, para continuarmos a utilizar o mesmo exemplo. A aplicação de sanções penais é uma forma de motivar os dirigentes das empresas a estabeleceram mecanismos de devido controlo eficazes. A motivação para as empresas resulta, sobretudo, de uma técnica do "pau e da cenoura".[47] Mas, também procedentes do direito, existem outras possibilidades de pressão. Assim, o direito administrativo[48] pode exigir que as empresas que desejem contratar com a administração de outra possuam programas de cumprimento em matéria anticorrupção, como já acontece há largo tempo em relação a riscos laborais; ou, então, que utilizem o sistema de "listas negras" e que excluam da contratação as empresas que tenham sido condenadas por corrupção. Também pode ser eficaz a pressão do direito das sociedades. Neste caso, os administradores que não impulsionem a adoção de programas de *compliance* são gestores negligentes, pelo que, em caso de perdas para a empresa derivadas da imposição de sanções ou do cometimento de ilícitos, podem ser sujeitos a ações de responsabilidade empresarial.

O que se quer salientar, assim, é que a crise económica e financeira – que a todos atormenta – e as atividades que lhe estão associadas, protagonizadas por entidades bancárias ou grandes empresas, puseram e continuam a pôr à prova as estratégias das respostas ensaiadas. E que passam, outra vez, mesmo quando se afastam da *hard law*, por chamar a intervenção do Estado – são mecanismos de *private-public partnership*.

Ao mesmo tempo, desta forma, é, de novo – passados os tempos inebriantes da autorregulação dos mercados ou da experiência de Estados apenas supervisores –, a necessidade de intervenção penal que se faz ouvir.

8. O DIREITO PENAL ECONÓMICO COMO "DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO"

Cabe à ciência jurídico-penal porfiar na legitimação de uma intervenção penal na atividade económica que resolva, mediante um adequado equilíbrio valorativo, as tensões entre as exigências de proteção de bens jurídicos coletivos, cada vez mais "imateriais" ou "institucionalizados", e o respeito pelo princípio da *ultima*

46. Op.ult.cit., p. 15.

47. Cf. JOACHIM VOGEL, "Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas", *La política criminal en Europa*, cit., p. 129 e ss (designadamente, p.130 e 140).

48. Cf. ADÁN NIETO MARTÍN, "Introducción", *El derecho penal económico*, cit., p. 14.

ratio em que aquela intervenção penal se consubstancia. Se ao Estado hoje se pede que faça mais, no âmbito penal, isso não tem de significar, necessariamente, desrespeito ou desconsideração pelo princípio da *ultima ratio*. Como disse Terradillos Basoco "*ultima ratio* não é *nulla ratio*"[49] nem pode ser, agora como disse Figueiredo Dias, "pôr o princípio da *ultima ratio* de pernas para o ar".[50]

Não posso estar mais de acordo: os limites – que são constitucionais – ao *jus puniendi* têm de conviver com a obrigação estadual – que também goza de nível constitucional – de assegurar as necessidades preventivas.

Com efeito, o direito penal, se quer ser legítimo – e eficaz – deve integrar-se na panóplia de meios próprios de política social, de amplo espectro, dirigida à proteção dos direitos, dos interesses ou à realização de princípios do modelo económico. A diferença está em que, enquanto a esses instrumentos ou a outros ramos do direito – civil e administrativo – lhes cabem funções de promoção ou de controlo ou, inclusivamente, de sancionamento, mas não de punição, ao direito penal[51] só se lhe pode confiar a proteção de bens jurídicos "relevantes" – de acordo com um princípio de necessidade – perante os ataques mais insuportáveis de que sejam objeto – princípio da fragmentariedade –, onde aqueles outros ramos do ordenamento, jurídico e não jurídico, mostram a sua impotência – princípio da subsidiariedade. E é a relevância – a dignidade constitucional – dos bens jurídicos envolvidos no domínio económico e a sua caraterística de bens jurídicos coletivos, que obriga a doutrina penal, hoje com mais afinco, a aprofundar o conceito de direito penal económico.

Este conjunto de bens jurídicos não deve ser identificado com a intervenção do Estado na economia, ao jeito do que sugere um conceito que a doutrina vem cunhando de "conceito estrito" de crime económico.[52] Nem o direito penal é

49. J.M. TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal económico. Lineamientos de política penal", IUS, cit., p.18.

50. J. FIGUEIREDO DIAS, "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, p. 596.

51. Sobre o princípio da "necessidade de tutela penal" ou do "direito penal do bem jurídico", vide, por todos, J. FIGUEIREDO DIAS, "O 'direito penal do bem jurídico' como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações", *XXV Anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 31 e ss. Cf., também, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Sobre o crime de importunação sexual", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 143.º, n. 3987, julho-agosto 2014, p. 435 e ss.

52. Sobre o conceito de direito penal económico existe uma vasta literatura. Salientam-se, na ciência jurídico-penal portuguesa, os estudos pioneiros de EDUARDO CORREIA, "Introdução ao direito penal económico", *Revista de Direito e Econo-*

um instrumento apto para conferir tutela integral à ordem económica: é, aliás, um "meio tosco", falho de elementos capazes de assegurar ou promover, positivamente, a dinâmica do mercado. Tais funções cabem a mecanismos extrapenais. O direito penal é, pelo contrário, um instrumento de "defesa": limita-se a proteger os bens jurídicos "que estão na base e na mira" da política económica, para o dizermos com Terradillos Basoco:[53] "não a política económica em si", como acrescenta este autor, "mas sim os bens jurídicos relevantes de que esta necessita ou que é capaz de gerar". "A ordem económica", explicita ainda:

> (...) constitui o enquadramento em que se entrecruzam um amplo conjunto de interesses e valores fundamentais, cuja afetação relevante confere o fundamento inicial legitimador da intervenção penal. A danosidade – mesmo potencial – para o coletivo é o critério que identifica o bem jurídico (coletivo) a proteger pelo crime económico.

A proteção de bens jurídicos coletivos constitui o desafio principal do direito penal económico. Que não pode propor uma expansão ilimitada do jus puniendi, nem permitir uma subversão dos princípios de imputação penal. Muito menos, a transformação da lei penal em ferramenta emancipatória ou superadora de desigualdades sociais com raízes estruturais. O direito penal, que atua através dos meios mais gravosos que são as penas, não pode ter objetivos tão transcendentes e deve "limitar-se" – insisto –, primeiro, a considerar em que casos a atividade económica pode comportar ataques intoleráveis a bens jurídicos relevantes, e, em segundo lugar, a implementar respostas coerentes com as características específicas da realidade a que se pretende fazer face, pois o seu desconhecimento ou preterição conduzem à ineficácia.

---

mia, 3 (1977), p. 3 e ss (com a colaboração de J. Faria Costa); J. FIGUEIREDO DIAS e M. COSTA ANDRADE, "Problemática geral das infrações contra a economia nacional", *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra Editora, 1998, v. I – *Problemas Gerais*, p. 319 e ss; e de J. FARIA COSTA e M. COSTA ANDRADE, "Sobre a conceção e princípios do direito penal económico", *Revista de Direito e Economia*, 8 (1982), p. 277 e ss. Na América Latina são de assinalar, no Brasil, A. SILVA FRANCO, "A crise financeira de 2008: quatro anos depois", *Revista Portuguesa de ciência Criminal*, ano 22, n. 2, p. 3370 e ss; e, no Uruguai, RAÚL CERVINI, "La perspectiva integrada del derecho penal económico. Constituye un instrumento superador de su clássica bipolaridad conceptual?", *Nuevos desafios en derecho penal económico*, IBdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2012, p. 107 e ss.

53. J.M. TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal económico. Lineamientos de política penal", IUS, cit., p. 15 e 16.

Um conceito apurado de bem jurídico coletivo, em que a doutrina vem laboriosamente trabalhando,[54] é, pois, fundamental para afastar a falácia de que o crime económico é uma "criação artificial", no sentido – e sublinho que é muito exatamente "este" o sentido que é avançado – de "reforço de interesses ou funções que nunca deveriam ser considerados como bens jurídicos". Em definitivo, "*mala quia prohibita*". Invoca-se, então, que a atividade económica, pese embora a deriva desreguladora, se desenvolve no âmbito de orientações políticas definidas pelos legisladores, em matérias tão díspares como a fiscal, de despesa pública, de controlo público de atividades que incidem no meio ambiente, na saúde dos consumidores ou que dizem respeito à concorrência. O que se argumenta é que, sob a capa do princípio do bem jurídico, recorre-se ao direito penal como mero reforço de disposições administrativas de controlo ou promoção, ou como instrumento de intervenção dirigido à tutela de mecanismos e funções económicas. Tratar-se-ia da "tentação", paradigmaticamente denunciada por Winfried Hassemer e Muñoz Conde, de utilizar o princípio do bem jurídico, não como limite da criminalização, mas como "rampa impulsionadora", "convertendo dolorosamente a proibição de excesso numa proibição de défice".[55]

Ora, o que afirmo, é que estes bens jurídicos considerados para efeitos de criminalização de certas atividades económicas não são uma criação artificial, pelo menos diferente, em substância, de toda a criação artificial que se pode dizer que está ligada à atividade de configuração típica pelo legislador de condutas puníveis.[56] Não nego que se está num domínio onde a margem de liberdade daquele é especialmente ampla. E, por isso, o que afirmo é que esta tarefa de tipificação, ao nível do princípio da legalidade, coloca aqui, neste domínio económico, particulares exigências.[57] Que, por isso, não nos deve fazer desistir de chamar o direito penal a intervir. À dogmática, de um lado, pede-se, desde logo, o aprofundamento do conceito de bem jurídico coletivo, a que já me referi. No caso do legislador ordinário, de outro lado, são as características do bem jurídico protegido em cada caso e as

54. Na doutrina penal portuguesa, destaca-se J.FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2. ed., Coimbra Editora, 2007, p. 148 e ss.

55. W. HASSEMER y F. MUNOZ CONDE, *La responsabilidade por el produto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 22 e 23.

56. Já neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Sobre o crime de importunação sexual", cit., p. 436: "(...) só ações ou omissões lesam ou põem em perigo bens jurídicos, sendo as exigências colocadas ao nível da tipicidade – relativas à necessidade de as ações ou omissões serem tanto quanto possível precisa e minuciosamente descritas para qe se possam identificar – reveladoras afinal da afirmação do direito penal do bem jurídico".

57. Cf. o que se disse supra, especialmente ponto 2 e também ponto 3.

modalidades típicas da sua afetação que devem orientar a opção do legislador por crimes de dano ou crimes de perigo. Sendo que no caso do recurso a estes últimos, o cuidado deve ser redobrado para não incorrer no enfraquecimento de garantias ou dos critérios de imputação. Como acontecerá,[58] designadamente, quando está em causa a proteção penal de bens jurídicos coletivos – por exemplo, o meio ambiente, a concorrência ou o património cultural – que se identificam com elementos estruturais do sistema; ou quando se trata de proteger bens coletivos funcionalmente necessários para a defesa de outros. Pense-se, agora na transparência no mercado da bolsa para evitar prejuízos aos investidores ou na lealdade ou liberdade da concorrência, para evitar prejuízos à liberdade do mercado. Quando a tutela do bem jurídico aparece ligada a situações determinadas que condicionam a sua defesa/existência, o legislador terá três opções: ou proteger o bem jurídico diretamente, não atendendo à situação instrumental; ou decidir-se pela proteção autónoma da situação instrumental, posto que assim garantirá a proteção do bem jurídico "último"; ou, finalmente, proteger o bem jurídico sempre que também resulte atingida a situação instrumental.

Não é tarefa fácil. Mas, ao contrário dos que preconizam "a fuga do direito penal", entendo que é urgente trabalhar estas novas questões.

Por sobre tudo isto, na fiscalização da legitimidade deste direito penal económico, caberá um papel fundamental aos tribunais constitucionais, contribuindo para a sua construção.[59]

Convém não esquecer ainda que há a considerar um tique "classista" que é "má companhia" do direito penal, acantonando-o a *ghettos* de criminalização bagatelar ou de marginalidade, que não pode deixar de se ter em atenção, quando se reivindica que o direito penal se abstenha de alargar o seu âmbito de ação a novos comportamentos, de grande, enorme, danosidade, como são os comportamentos económicos ilícitos. Há muitos bens jurídicos que os nossos ordenamentos jurídicos já conhecem há largo tempo: a vida e a saúde dos trabalhadores, a vida e a saúde dos consumidores, o meio ambiente, o património histórico, artístico e cultural etc. Chamar a si o reconhecimento da sua relevância para a vida das pessoas em sociedade foi um dever de que os Estados fizeram sua responsabilidade. Quando

58. Cf. J.M. TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal económico. Lineamientos de política penal", IUS, cit., p. 25 e 26.

59. A propósito do direito penal fiscal, cf. MARIA JOÃO ANTUNES, "A Constituição penal – especial incidência em matéria fiscal", Curso de Especialização, Temas de Direito Penal Fiscal – Ação de Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários (disponível em: [www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoFiscalPenal/Curso_Especialização_Direito_Fiscal_Penal.pdf]), p. 11 e ss.

assume a sua tutela penal, o legislador não está a expandir artificialmente o âmbito do punível: está – e tem de estar "apenas" – a responder, com o último recurso de que pode dispor, a novas e sofisticadas formas de ataque a esses bens.

9. A CONCLUIR

Não é possível, hoje, com os dados na mão, continuar a ignorar a presença e a quantidade da grande delinquência económica, frequentemente transnacional, e organizada de acordo com parâmetros empresariais. Daí que, no desenho das linhas estratégicas da política criminal seja imprescindível ter isto em conta. Conclusão a que também obrigam as declarações constitucionais que, mesmo no contexto de economias de mercado, sublinham a função social da propriedade e a primazia de valores superiores e do interesse geral relativamente às exigências meramente mercantis. Não se trata de dar cobertura a uma indiscriminada criminalização das atividades económicas irregulares, que não apenas seria ilegítima, mas também disfuncional. Mas o que se diz é que tão -pouco cabe a "inibição", a "resistência", quando essas condutas atingem bens jurídicos essenciais. Entre o excesso "punitivista" e a abstenção, entre "fugir para o direito penal" e "fugir do direito penal", ambas as opções incompatíveis com estratégias preventivas funcionais, está o equilíbrio político-criminal, que o rigor e correção técnicos do direito penal devem ajudar a construir.

10. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, H.J. "Investigaciones sobre la criminalidade económica en Europa:conceptos y comprobaciones empíricas". AAVV., *Modernas tendências en la ciência del derecho penal y la criminología*. Madrid: UNED, 2001.

ANTUNES, M.J. "A Constituição penal – especial incidência em matéria fiscal". *Curso de Especialização, Temas de Direito Penal Fiscal* – Ação de Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: [www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoFiscalPenal/Curso_Especialização_Direito_Fiscal_Penal.pdf].

BRAITHWAITE, J. *The regulatory capitalism*. Oxford, 2008.

CASTRO MARQUINA, G. *La necessidade del derecho penal económico y su legitimidade en el Estado social y democrático de derecho*. Montevideu, Buenos Aires: BdeF-Euros Editores, 2016.

CERVINI, R. "La perspectiva integrada del derecho penal económico. Constituye un instrumento superador de su clássica bipolaridad conceptual?" *Nuevos desafios en derecho penal económico*. Montevideo, Buenos Aires: IBdeF, 2012.

CHRISTIAN SCHRODER. "Ursachen und Bewaltigung der Finanzmarktkrise aus starfrechtlicher Sicht". Wirtschatskriminalitat, Brita Bannenberg e Jorg -Martin Jehle (org.), Verlag, 2010.

DEMETRIO CRESPO, E. "El significado político del derecho penal económico". E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.). *Crisis financeira y derecho penal económico*. Montevideu, Madrid: BdeF-Edisofer, 2014.

EDUARDO CORREIA. "Introdução ao direito penal económico". *Revista de Direito e Economia*, 3 (1977), p. 3 s. (com a colaboração de J. Faria Costa).

FERNÁNDEZ, B., BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*. Madrid, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal*. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime. t. I, 2. ed. Coimbra Editora, 2007.

_____. "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'", Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora.

_____. "O 'direito penal do bem jurídico' como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações", XXV Anos de jurisprudência constitucional portuguesa, Coimbra Editora, 2009.

_____. "O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro", Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 22 (2012).

_____; e COSTA ANDRADE, M., "Problemática geral das infrações contra a economia nacional", Direito penal económico e europeu: textos doutrinários, Coimbra Editora, 1998. v. I – Problemas Gerais.

FARIA COSTA, J., e COSTA ANDRADE, M., "Sobre a conceção e princípios do direito penal económico", *Revista de Direito e Economia*, 8 (1982).

GRACIA MARTÍN, L., "La modernización del derecho penal como exigência de la realización del postulado del Estado de derecho, social y democrático", *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, 3ª época, n. 3, 2010.

_____. "Prólogo", La ncessidad del derecho penal económico y su legitimidade en el Estado social y democrático de derecho, BdeF-Euros Editores, Montevideu, Buenos Aires, 2016.

HASSEMER, W., y MUNOZ CONDE, F., La responsabilidade por el produto en derecho penal, Tirant lo Blanch, 1995.

KREY, V., "Finanzmarktkrise und deutsches Strafrecht. Verantwortlichkeit von Bankvorstanden fur hochspekulativen Handel mit Assed Backed Securities (durch Vermogenswerte besicherte Wertpapiere) auf der Basis von US Subprime Mortgages (minderwertige US-hypotheken)", Strafrect als Scientia Universalis. Festschrift f. klaus Roxin zum 80.Geburtstag am 15.Mai 2011 (Manfred Heinrich et al.), De Gruyter, 2011.

LUDERSSEN, K., "Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht", Die Finanzkrise, das Wirtshaftsstrafrechts und die Moral, Walter De Gruyter, 2010.

MARICHAL, C., Nueva historia de las grandes crisis financeiras. Una perspectiva global, 1873-2008, Buenos Aires, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico, Iustel, 2012.

MIRANDA RODRIGUES, A., "Sobre o crime de importunação sexual", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 143.°, n. 3987, julho-agosto 2014.

NIETO MARTÍN, A., "Introducción", El derecho penal económico en la era compliance (directores Luis Arroyo Zapatero/ Adán Nieto Martín), Tirant lo Blanch, 2013.

NAUCKE, W.,Der Begriff der politischen Wirtschaftsraftat. Eine Annaherung, Berlin, Verlag, 2012. Cita-se, no presente texto, a tradução em língua espanhola, El concepto de delito económico-político. Una aproximación, Marcial Pons, 2015.

SARRABAYROUSE, E., "Estudio preliminar", NAUCKE, W., El concepto de crime económico-político, *Una aproximación*.

SCHUNEMANN, B., "Die sogennante Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalitat?", Die sogennante Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalitat?,Verlag, 2010.

SILVA FRANCO, A., "A crise financeira de 2008: quatro anos depois", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 22, n. 2.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Derecho penal económico. Lineamientos de política penal", IUS, *Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla*, México, ano IX, n. 35, enero-junio de 2015.

_____. "Financiarización económica y política criminal", El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo, J.R. Serrano-Piedecasas y E. Demetrio Crespo (dir.), Colex, 2010.

TIEDEMANN, K., Wirtschaftskriminalitat und Wirtschaftesstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublick Deutschland, Tubingen, 1978.

VOGEL, J., "Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas", La política criminal en Europa, Santiago Mir Puig/Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores), Víctor Gómez Martín (Coordinador), Atelier, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Jurisprudência

- *RBCCrim* 43/440 (JRP\2002\3198).

Veja também Doutrina

- Crimes de colarinho branco e a (in)eficácia da tutela jurídico-penal da ordem económica, de Patrícia de Paula Queiroz Bonato – *RBCCrim* 107/103-120 (DTR\2014\1550);
- Funclamentos para uma parte geral do direito penal econômico, de Andrei Zenkner Schmidt – *RBCCrim* 111/61-89 (DTR\2015\251);
- Notas reflexivas em torno do direito penal econômico e do conteúdo material do ilícito penal económico, de Stephan Doering Darcie – *RBCCrim* 95/357-404 (DTR\2012\2740); e
- Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas, de Thiago Bottino – *RBCCrim* 101/125-153 (DTR\2013\2666).

Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – Reflexões iniciais

Freedom and recognition: contribution to the study of the fundaments of criminal culpability – Initial reflections

Bruno Tadeu Buonicore

Doutorando em Direito (Direito Penal) pela Universidade de Frankfurt - Alemanha, como bolsista do DAAD - Deutscher Akademischer Austauschdienst (Serviço de intercâmbio acadêmico alemão).
Pesquisador no Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (Instituto para Ciências Criminais e Filosofia do Direito) da Universidade de Frankfurt - Alemanha.
Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Pesquisador visitante no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Instituto Max Planck para Direito Penal Estrangeiro e Internacional) - Alemanha (nov.-dez. 2013).
Advogado criminalista.
bruno.buonicore@gmail.com

Enviado em: 20.06.2016
Aprovado em: 25.07.2016
Última versão autor: 18.08.2016

"Damit ist zum Schluss meiner Darlegungen die von mir eingangs offengelassene Frage, ob es eine Frankfurter Strafrechtsschule überhaupt *gebe, für mich positiv beantwortet. Es ist das spezifische strafrechtskritische Profil (Skepsis gegenüber der Problemlösungskapazität des Strafrechts und wache Erinnerung an das Missbrauchs- und Terrorpotential des Strafrechts bei unbedingtem Festhalten an der Herrschaft des Rechts im Strafrecht), das für mich die Frankfurter Strafrechtsschule ausmacht."*[1]

1. PRITTWITZ, Cornelius. Risikogesellschaft und Strafrecht. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (org.). *Kritik und Rechtsfertigung des Strafrechts*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 88. Frankfurt: Peter Lang, 2005. p. 174.

(Tradução: Com isso, finalizando minhas articulações, a pergunta que eu deixei inicialmente aberta, se existe realmente uma Escola do Direito Penal de Frankfurt, é para mim positivamente respondida. É o específico perfil (ceticismo em virtude das capacidades de solução de problemas pelo direito penal e a lembrança do potencial de abuso e terror do direito penal, por meio do necessário asseguramento da soberania do direito no direito penal), que, para mim, fazem a Escola do Direito Penal de Frankfurt.)

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O objeto de análise da presente investigação é a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. O objetivo é analisar em que medida o conceito de *reconhecimento* pode contribuir para a construção de uma fundamentação ético-social da culpabilidade jurídico-penal pós-finalista não funcionalista. A hipótese é que este conceito desempenha um papel central nesta construção, sobretudo em relação à significação da liberdade individual. A base teórica com a qual se pretende verificar a possibilidade desta construção é representada pela filosofia social produzida pela Escola de Frankfurt.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade – Liberdade – Fundamentos – Reconhecimento – Escola de Frankfurt.

ABSTRACT: The object of analysis of this research is the fundaments of the criminal culpability. The objective is to analyze to what extent the concept of *recognition* can contribute to building an ethical-social fundaments for a post- finalist not functionalist criminal culpability. The hypothesis is that this concept plays a central role in this construction, particularly in relation to the meaning of individual freedom. The theoretical basis with which to check the possibility of this construction is represented by the Social Philosophy produced by the Frankfurt School.

KEYWORDS: Culpability – Freedom – Fundaments – Recognition – Frankfurt's School.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O conflito metodológico no espaço da culpabilidade. 3. A pretensão naturalista e o déficit de normatividade. 4. A pretensão ontológica e o déficit de verificabilidade. 5. A pretensão funcional e o *déficit de legitimidade – déficit de reconhecimento*. 6. Pressupostos básicos da noção de *reconhecimento* para a Escola de Frankfurt e seu significado para a fundamentação da culpabilidade. 7. Breves conclusões. 8. Referências bibliográficas.

Também: JAHN, M.; ZIEMANN, S. Die Frankfurter Schule des Strafrechts. *JZ*. 19/2014. p. 943 e ss. Importante registrar que a Escola de Frankfurt do Instituto para Pesquisa Social não se confunde com a Escola de Frankfurt do Direito Penal, alocada no Instituto para Ciências Criminais e Filosofia do Direito. Trata-se aqui de uma tentativa de aproximação entre ambas.

1. INTRODUÇÃO

O[2] princípio da culpabilidade representa uma máxima dentro do Estado Democrático de Direito.[3] A tarefa reguladora deste princípio está presente em grande parte dos ordenamentos jurídicos como limitação da intervenção estatal na esfera do indivíduo.[4] A noção de que só pode haver punição se houver culpabilidade é uma conquista histórica do direito penal liberal e, a partir de tal postulado, surge a necessidade de se demonstrar até que ponto é legítimo o Estado exigir, por meio de seu aparato burocrático criminal, um determinado comportamento individual. Tal necessidade alcança uma concretude de realização com a delimitação do conceito de culpabilidade dentro da dogmática jurídico-penal. Não por outra razão, o conceito de culpabilidade representa uma das mais importantes categorias de todo o direito penal.[5]

O desenvolvimento do conceito de culpabilidade percorreu um longo caminho científico na moderna teoria do crime, tendo sido trabalhado por diversos autores e perspectivas diferentes.[6] A tarefa de delimitação do conceito de culpabilidade não é nada simples, já que sua carga significativa no ordenamento

2. O presente artigo representa o fruto de algumas reflexões iniciais acerca do significado do conceito de *reconhecimento* para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. Estas reflexões estão sendo produzidas no curso dos estudos em nível de doutoramento do autor no Instituto para Ciências Criminais e Filosofia do Direito da Universidade de Frankfurt – Alemanha, sob orientação do Professor Prittwitz e com o apoio financeiro do DAAD, tendo sido mantido o diálogo com os demais Professores do Instituto, como com o Professor Neumann e o Professor Klaus Günther, na qualidade de co-orientador. Justamente por se tratar de reflexões iniciais, as construções são um caminho a ser percorrido e as conclusões não são definitivas.
3. HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 127(1). 2015. p. 46-47. Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça Alemão: *BGHSt 2, 194, 200, 201 = JZ 1952, 335, 337.*
4. KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter, 1961. p. 15 e ss; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 455 e ss.
5. STRATENWERTH, G. *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*. Heidelberg: Müller, 1977. p. 7 e ss e p. 40 e ss; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 521.
6. ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts systematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974. p. 22 e ss.

jurídico-penal é muito densa e complexa.[7] O problema de uma doutrina científica da culpabilidade está justamente na variedade de metodologias e disciplinas que ela pressupõe.[8] Por tal motivo, a necessidade, para uma investigação científica que pretenda se ocupar com a culpabilidade jurídico-penal, de uma precisa demonstração do objeto, do objetivo, dos pressupostos teóricos, bem como da posição que cada diferente metodologia e/ou disciplina ocupa na construção do conceito. A variedade de maneiras de abordagem que tocam a culpabilidade jurídico-penal envolve diferentes pressupostos filosóficos, sociológicos, psicológicos, antropológicos, neurobiológicos etc.,[9] de modo que cada uma delas carrega consigo uma perspectiva que produz diferentes resultados teóricos e práticos.[10]

O objeto desta investigação é a fundamentação teórica da culpabilidade jurídico-penal,[11] a ideia suprapositiva de culpabilidade que traz consigo, invariavelmente, a problemática da liberdade individual e das fronteiras da punição.[12] A fundamentação teórica da culpabilidade jurídico-penal demanda um modelo argumentativo

7. ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 216-217. Sobre o tema: TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 24. São Paulo: Ed. RT, 1998.

8. ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts systematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974. p. 1.

9. Já Welzel afirmava que o problema da culpabilidade transcende a dogmática jurídico-penal, exigindo o diálogo com outras áreas do conhecimento. WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 185.

10. NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 391 e ss; ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts systematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974. p. 215.

11. Sobre a importância de uma fundamentação material para a culpabilidade jurídico-penal, ver: CEREZO MIR, José. *Der materielle Schuldbegriff*. Leipzig: Universitätsverlag, 1997. p. 9 e ss; KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter, 1961. p. 15 e ss. Sobre a importância da pesquisa dogmática que busca a fundamentação material, ou de conteúdo: KINDHÄUSER, Urs. Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 121, Heft 4, 2009. p. 955.

12. ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts systematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974. p. 3.

que seja plausível dentro dos processos do conhecer e, ao mesmo tempo, represente um espaço de legitimidade e limites à intervenção jurídico-penal.[13] O objetivo desta investigação é analisar em que medida o conceito de *reconhecimento*[14] pode contribuir para a construção de tal modelo argumentativo, em uma proposta pós-finalista não funcionalista que busca ancoragem, dentro dos processos do conhecer, nos quadros teóricos da filosofia social produzida pela Escola de Frankfurt. A hipótese desta investigação é a de que o conceito de *reconhecimento* assume um papel central na edificação de tal modelo argumentativo, principalmente no que

13. A presente investigação pressupõe que a principal tarefa do direito penal é a imposição de legitimidade e limites ao poder punitivo do Estado sobre a esfera individual. No que tange às raízes teóricas, no chamado iluminismo penal, de um direito penal da liberdade, ver: ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale*. Parte Terza. Prato: 1833. p. 125 e ss; FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*. Gießen: Heyer, 1797. p. 3 e ss; FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer, 1801. p. 21 e ss; BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Luigi Cioffi, 1854. p. 15 e ss. Sobre uma proposta recente de limitação do poder punitivo por meio da racionalidade da intervenção jurídico-penal, buscando sempre o respeito às garantias individuais, ver: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Bari: Editore Laterza, 2009. Sobre a temática, também, como defensor de um direito penal mínimo e da liberdade, ver o membro da Escola de Frankfurt Hassemer: HASSEMER, Winfried. *Freiheitliches Strafrecht*. Berlin: Philo-Verl-Ges, 2001.

14. O conceito de *reconhecimento* a ser aqui desenvolvido passa pelas construções de Habermas e Honneth, principalmente pelos trabalhos do segundo autor. Ambos os autores, cada qual trabalhando o conceito a sua maneira, buscam reconstruções, críticas e atualizações ao conceito de *reconhecimento* e de intersubjetividade desenvolvido por Hegel. Honneth, por exemplo, vai afirmar que o impulso de realização da ideia de intersubjetividade e de *reconhecimento* em Hegel acaba perdendo-se em um monismo ontológico ancorado na dialética que se desdobra no espaço do espírito – uma crítica a uma espécie de solipsismo hegeliano. Em *O Direito da Liberdade*, entretanto, Honneth explicitamente parte de construções da *Filosofia do Direito*, de Hegel, em seus desenvolvimentos teóricos sobre o papel da liberdade individual nas sociedades modernas. Por todos: HEGEL, G.W.F. *Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt: Suhrkamp, 1970. p. 144 e ss; HEGEL, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004; HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 14 e ss; HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung*. Frankfurt: 2002; HABERMAS, Jürgen. Arbeit und Interaktion. Bemerkungen zu Hegels „Jenenser Philosophie des Geistes". In: HABERMAS, Jürgen (org.). *Technik und Wissenschaft als „Ideologie"*. Frankfurt: Suhrkamp, 1968. p. 9-47.

diz respeito à significação jurídico-penal da liberdade individual e à construção de uma fundamentação ético-social para a culpabilidade. Isso significa que o conceito de *reconhecimento* pode contribuir tanto em um plano epistemológico quanto em um plano ético na construção de tal modelo argumentativo.

O caminho que segue passa pela explicitação do conflito metodológico que cerca a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, pela demonstração dos *déficits* teóricos alcançados pelos modelos argumentativos disponíveis, pela apresentação dos pressupostos básicos da noção de *reconhecimento* desenvolvida pela Escola de Frankfurt e seu significado para a fundamentação da culpabilidade e, por fim, pela análise da hipótese de que o conceito de *reconhecimento* assume uma posição central no caminho de superação dos modelos argumentativos disponíveis.

2. O CONFLITO METODOLÓGICO NO ESPAÇO DA CULPABILIDADE

A fundamentação teórica da culpabilidade jurídico-penal encontra-se em um ponto de tensão metodológica.[15] Pelo seu sentido concorrem pretensões

15. NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 391 e ss; WILENMANN, Javier. *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*. Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 12. Freiburg: Mohr Siebeck, 2014. p. 68-70.

16. Como aponta Moura, muitos podem ser os significados de uma fundamentação ontológica. O significado aqui da pretensão ontológica é restrito e está ligado a construções mais tradicionais como a de Welzel, a de Maihofer e até mesmo, com outra roupagem, a proposta existencial de Figueiredo Dias, que claramente não consegue alcançar uma destranscendentalização da liberdade. Elas trabalham com pressupostos metafísico-filosóficos da liberdade individual, seja esta liberdade ligada diretamente à vontade concreta ou não. Entende-se que esta é aqui a característica nuclear da pretensão ontológica: fundamentos metafísico-filosóficos para a liberdade individual, compreendida como um elemento ontológico e/ou existencial dado. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969. p. 140; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal parte geral*: questões fundamentais à doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 517; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 19 e ss; MAIHOFER, Werner. *Recht und Sein*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1954; AMBOS, Kai. Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld. Zur Schuldlehre von Jorge de Figueiredo Dias. *GA*. 2009. p. 561-585. Sobre um diálogo entre a fundamentação da culpabilidade de Figueiredo Dias e a fundamentação ontoantropológica de Faria Costa, que, como aponta Moura, encontra-se no âmbito de uma ontolo-

ontológicas,[16] pretensões funcionais[17] e pretensões naturalistas[18] dentro dos processos do conhecer. No centro deste conflito metodológico encontra-se a significação jurídico-penal da liberdade individual.[19] A pretensão ontológica

gia social, ou relacional: BUONICORE, Bruno Tadeu. *O fundamento onto-antropológico da culpa*: contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. Porto Alegre: Dissertação de Mestrado (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), 2014. Sobre uma recente tentativa de fundamentação ontológico-existencial da culpabilidade, a partir da matriz heideggeriana: WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlim: Lit Verlag, 2008. Sobre uma importante indagação do papel da filosofia na construção da normatividade jurídico-penal, partindo de bases igualmente heideggerianas: TEIXEIRA NETO, João Alves. A serenidade para com as coisas do direito penal: no limiar entre o pensamento que medita e o pensamento que calcula. *Revista de Estudos Criminais*. v. 48, 2013. p. 197-208. Importante dizer aqui que a proposta desta investigação não se afasta muito da teoria ontoantropológica de Faria Costa, no sentido de escolha de um caminho do meio entre a ontologia tradicional – da substância ou da coisa – e a sociologia funcional para a fundamentação de uma proposta teórica pós-finalista não funcionalista. A diferença fundamental está na busca de outros pressupostos teóricos que se afastam da matriz heideggeriana, a filosofia social da Escola de Frankfurt. Sobre a teoria ontoantropológica: FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 22 e ss; D'AVILA. Fabio Roberto. O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: GAUER, Ruth (org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; MOURA, Bruno. *Ilicitude penal e justificação*: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 34 e ss.

17. Por todos: JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr, 1976. p. 8 e ss; JAKOBS, Günther. *Das Schuldprinzip*.

18. Por todos: HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 127(1). 2015. p. 10-96; WILLASCHEK, Marcus. Der freie Wille – eine Tatsache des praktischen Lebens. *Forschung Frankfurt*. 2005\4. Frankfurt: 2005. p. 51; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad jurídico-penal y neurociências. In: CALATAYUD, Manuel Maroto; CRESPO, Eduardo Demetrio (org.). *Neurociencias y derecho penal*. Buenos Aires: Edisofer, 2013. p. 269 e ss.

19. Esta investigação trabalha com o pressuposto de que, como aponta Honneth, a fusão entre a noção de justiça – que aqui está intimamente ligada ao sentido da culpabilidade jurídico-penal – e a noção de liberdade individual não tem mais volta nas sociedades modernas e que somente por uma barbarização cognitiva esta fusão poderia ser questionada. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp 2011. p. 40.

subjetiva o conteúdo da liberdade individual,[20] a pretensão funcional instrumentaliza a liberdade individual[21] e a pretensão naturalista anula a liberdade individual dentro de processos causais. A primeira pressupõe uma operação de verificação da liberdade individual (*Feststellung*) e a segunda uma operação de atribuição da liberdade individual (*Zuschreibung*).[22]

---

20. Trabalhando a liberdade individual como poder subjetivo-intencional da consciência e da vontade sobre os processos causais: WELZEL, Hans. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*. Berlin: Gruyter, 1944. p. 103 e p. 111 e ss; WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969. p. 140 e ss; WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 185 e ss.

21. Ainda que o funcionalismo trabalhe com a ideia de que a liberdade de *poder-agir-de-outra-maneira* é uma ficção indemonstrável, ambos, Jakobs e Roxin, permanecem com pressupostos implícitos de liberdade individual. Esta liberdade é para ambos uma pressuposição, ela é atribuída. Esta atribuição é instrumentalizada em nome de interesses preventivos ligados aos fins da pena e/ou político-criminais. Sobre isso: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 253; SCHIEMANN, Anja. Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte? *ZJS*. 6/2012. p. 775.

22. WILENMANN, Javier. *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*. Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 12. Freiburg: Mohr Siebeck, 2014. p. 63-64. Sobre a diferença entre a operação de descrição e a de ascripção, bem como sobre a discussão entre a noção de verificação e a de atribuição de propriedades no espaço do comportamento humano, ver, por todos: HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin: de Gruyter, 1976. p. 3 e ss; GREVE, Jens. Praxis – Zuschreibung – Objektivität. Argumente gegen einen reduktionistischen Individualismus und ihre Kritik. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*. 64, 2012. p. 431 e ss; SCHULZ-SCHAEFFER, Ingo. Handlungszuschreibung und Situationsdefinition. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*. 61, 2009. p. 2 e ss; HART, H.L.A. *The Ascription of Responsibility and Rights*. Proceedings of the Aristotelian Society. New Series. v. 49. 1948-1949. p. 171-194; JONES, Edward; NISBETT, Richard. *The actor and the observer*: Divergent of perceptions of the causes of behavior. New York: General Learning Press, 1971; KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. 379; BIERBRAUER, Günter. Die Zuschreibung von Verantwortlichkeit. Eine attributionstheoretische Analyse. In: HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*. Band III. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1978. p. 141-147; BARATTA, Alessandro. Das Theater des Rechts und die Dramaturgie des Lebens. Zur Zurechnung von Verantwortlichkeit im Strafprozeß. In: JUNG, Heike (org.). *Das Recht und die schönen Künste*. Heinz Müller-Dietz zum 65. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998. p. 133-159.

Sustenta-se que existem três maneiras possíveis de significação jurídico-penal da liberdade individual dentro dos processos do conhecer: 1 – a partir de uma perspectiva interna (do observado na conduta); 2 – a partir de uma perspectiva externa (do observador da conduta); 3 – intersubjetivamente.[23] Acredita-se que as duas primeiras maneiras foram já suficientemente desenvolvidas, discutidas e até mesmo esgotadas entre a pretensão ontológica e a naturalista,[24] de modo que o terceiro caminho merece um maior investimento teórico no diálogo com a pretensão funcional.[25]

Defende-se a tese de que tanto a ideia de verificação da liberdade individual como uma realidade dada, pressuposta pela pretensão ontológica, quanto a ideia de atribuição da liberdade individual como uma ficção para alcançar

23. De fato, o empreendimento da doutrina jurídica, especialmente jurídico-penal no que diz respeito ao conceito de culpabilidade, não é outro senão a tentativa de uma combinação plausível, dentro dos processos formais do conhecer, entre a perspectiva interna e a externa, entre a subjetividade que limita e humaniza a responsabilidade do indivíduo e a pretensão de objetividade desta subjetividade pelo grupo, pelo direito. Sobre isso: ZACZYK, Rainer. Schuld als Rechtsbegriff. In: NEUMANN, Ulfrid; SCHULZ, Lorez (org.). *Verantwortung im Recht und Moral*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2000. p. 103-104.

24. Sobre o debate entre a perspectiva interna – a partir da qual elementos subjetivos motivacionais e de intencionalidade ganham seu significado – e a perspectiva externa – a partir da qual elementos subjetivos motivacionais e de intencionalidade cedem espaço à explicação causal-naturalista, ver: HARDEGGER, Judith. *Willenssache*. Berlin: Lit Verlag, 2009. p. 80-81; BURKHARDT, Björn. Und sie bewegt uns doch: die Willensfreiheit. *Das Magazin*. Ausgabe 2, 2003. p. 21-24. SINGER, W. *Der Beobachter im Gehirn*. Frankfurt: Suhrkamp, 2002. p. 9 e ss; SINGER, W. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 25 e ss. Sobre o antagonismo entre a linguagem neurológica e a linguagem filosófica, no debate acerca da liberdade individual: HABERMAS, Jürgen. Ich selber bin ja ein Stück Natur – Adorno über die Naturverflochtenheit der Vernunft. In: HONNETH, Axel (org.). *Dialektik der Freiheit*. Frankfurt: 2005. p. 23-24.

25. Nesta direção: GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikativ Freiheit*. Frankfurt: Klostermann, 2005. p. 2 e ss; LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 107, Heft 4, 1995. p. 995. Podendo ser considerados funcionalistas, mas buscando, de todo modo, uma construção intersubjetiva dos significados: KINDHÄUSER, Urs. Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat. In: HERZOG; NEUMANN (org.). *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: 2010. p. 761-774; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho penal y neurociencias. Una relación tormentosa? *InDret*, Barcelona, abr. 2011. p. 2 e ss.

determinado fim e/ou necessidade preventiva do grupo, pressuposta pela pretensão funcional, são insuficientes para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. Postula-se a tese de que a noção de *reconhecimento* da liberdade individual como uma realidade historicamente construída deve substituir tanto a ideia de verificação quanto a ideia de atribuição. Isso significa que a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal exige uma operação de *reconhecimento* da liberdade individual, e não uma operação de verificação ou de atribuição da liberdade individual. Não se trata de verificar empiricamente a liberdade subjetiva no outro, tampouco atribuir utilitaristamente liberdade ao outro, trata-se muito mais de *reconhecer* a liberdade do outro como uma realidade historicamente construída em um espaço intersubjetivo, a partir de uma pretensão teórica fundada nos quadros da filosofia social dentro dos processos do conhecer, entre os pressupostos metodológicos da sociologia e os filosóficos.[26]

As pretensões ontológica, funcional e naturalista produzem *déficits* que, se não inviabilizam, enfraquecem o centro normativo da culpabilidade jurídico-penal, tornando-o refém ou de pressupostos metafísicos inverificáveis[27] ou da contingência político-situacional da dimensão empírico-social[28] ou de achados

26. A base teórico-metodológica desta pretensão é representada, fundamentalmente, pelos autores da Escola de Frankfurt já mencionados, Habermas e Honneth. Principalmente por Honneth, que compreende que a maneira metodológica habitual de trabalhar as noções de justiça, em que a sociologia faz seu trabalho de um lado, e a filosofia faz seu trabalho do outro, de maneira isolada, não é suficiente. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp 2011. p. 22 e p. 230.

27. Para uma crítica à fundamentação ontológica da culpabilidade jurídico-penal nos moldes welzenianos: ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. Berlin: 1965. p. 1-3 e 27 e p. 21-23; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 53; GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikativ Freiheit*. Frankfurt: Klostermann, 2005. p. 1-3; HASSEMER, Winfried. Person, Welt und Verantwortlichkeit: Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht. In: LÜDERSSEN, K. (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 351. Para uma crítica aos pressupostos filosófico-metafísicos na fundamentação do ordenamento jurídico de uma forma geral: NEUMANN, Ulfrid. Das Problem der Rechtsgeltung. In: NEUMANN, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 225 e ss.

28. Ao sustentar o caminho da ontologia relacional, ancorado em pressupostos da teoria ontoantropológica de Faria Costa e da filosofia analítica, Moura trabalha bem a ideia de que no funcionalismo a normatividade jurídico-penal encontra-se em uma situação de

psicológicos e/ou neurobiológicos.[29] A partir de uma pretensão ancorada nos quadros teóricos da filosofia social, acredita-se que a pergunta pela fundamentação da culpabilidade não é uma pergunta pelo ser ou não ser, nem pelo eficaz ou ineficaz, mas uma pergunta pelo justo ou injusto[30] que só pode ser respondida por meio de um fortalecimento da normatividade jurídico-penal nos quadros da ciência conjunta do direito penal.[31]

3. A PRETENSÃO NATURALISTA E O DÉFICIT DE NORMATIVIDADE

A pretensão naturalista encontrou o seu apogeu dentro da moderna teoria do crime no sistema Liszt-Beling, no movimento teórico do causalismo jurídico-penal. Nos dias atuais, esta pretensão retorna por meio das recentes reivindicações da

vulnerabilidade e submissão à dimensão político-criminal, ao contingente do fato social empírico. MOURA, Bruno. *Ilicitude penal e justificação*: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 34 e ss. Para uma crítica da pretensão funcional, por todos: GÜNTHER, Klaus. *Schuld und Kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Klostermann, 2005. p. 2-3; NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 400; SCHNEIDER, Hendrik. *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?* Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

29. HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 127(1). 2015. p. 10-96.

30. De acordo com Neumann, o fundamento da culpabilidade jurídico-penal pode ser ontológico, funcional ou ético-social. Na fundamentação ontológica, a pergunta é pelo ser ou não ser da culpabilidade, na funcional, pela eficácia ou ineficácia e na ético-social, pelo justo ou injusto. *A busca desta investigação é por uma fundamentação ético-social da culpabilidade.* O problema da perspectiva empírico-descritiva das representações sociais de justiça que a fundamentação ético-social acarreta, tornando-a passível, também, de uma instrumentalização, como aponta Neumann, será trabalhado mais adiante. NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: Klaus Lüderssen (Org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 391-405.

31. Sobre a necessidade de fortalecer a normatividade jurídico-penal no âmbito da ciência conjunta do direito penal, em oposição à pretensão funcional, temos o pensamento de D'Avila: D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25 e ss.

neurociência. O significado jurídico-penal da liberdade individual é alcançado aqui a partir de uma perspectiva descritivo-externa – do observador da conduta. Em uma operação científica sustentada nos quadros epistemológicos das ciências naturais, a subjetividade do indivíduo é absorvida por processos causais objetivo -empíricos, restando a vontade humana sem conteúdo.[32]

No causalismo, sob influência do naturalismo do XIX, a ambição de objetificar a vontade humana torna a conduta mecânica e a culpabilidade psicológica uma vontade sem conteúdo de um lado e uma culpabilidade sem normatividade, sem vontade do outro.[33] A definição naturalista do comportamento humano e da liberdade individual provoca no causalismo uma total exclusão deste espaço de elementos subjetivos ligados ao conteúdo motivacional da vontade. Nesse contexto, como é sabido de todos, o sistema naturalista cinde vontade e conteúdo da vontade, passando a culpabilidade a ser a descrição empírico-naturalista de um estado psicológico.[34]

Liszt refuta abertamente a noção indeterminista de *poder-agir-de-outra-maneira* e com ela qualquer possibilidade de fundamentação ética ligada à subjetividade experenciada pelo indivíduo. O fundamento da responsabilidade jurídico-penal é representado pelo vínculo causal com o resultado, pela análise empírica da imputabilidade do autor e pela análise psicológico-descritiva que a culpa em sentido estrito e o dolo representam.[35] Na tentativa de se livrar de pressupostos metafísicos inverificáveis, o sistema causal acaba esvaziando a liberdade individual dos elementos subjetivos da autodeterminação e da finalidade do comportamento humano.

Pelas recentes reivindicações da neurociência, a liberdade individual desaparece,[36] dando lugar a explicações causais de ordem neurobiológica para a

32. Sobre este fenômeno no causalismo: WESTPHALEN, Daniela. *Karl Binding*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 26. Frankfurt: Peter Lang, 1989. p. 251.

33. Sobre os pormenores da culpabilidade no sistema Liszt-Beling: LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: 1900. p. 135 e ss; ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts systematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer V., 1974. p. 72 e ss.

34. WESTPHALEN, Daniela. *Karl Binding*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 26. Frankfurt: Peter Lang, 1989. p. 251 e ss.

35. DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 50.

36. Trata-se aqui de um recorte dos recentes achados da neurociência. Importante registrar que nem todos neurocientistas se posicionam contra a ideia de autodeterminação. A favor da ideia de autodeterminação, sustentando que existiria uma espécie

vontade humana. A liberdade individual é significada a partir de uma perspectiva naturalista que considera a experiência subjetiva de liberdade uma ilusão, uma ficção impossível de alcançar objetividade.[37] A vontade humana estaria ligada a processos causais controlados pelo sistema nervoso límbico. Tais processos seriam fundamentalmente inconscientes, de modo que seu acesso pela liberdade do eu consciente seria muito restrito.[38] O ato da vontade livre não poderia antecipar o comportamento humano porque quando ele entra em cena o cérebro já teria se decidido inconscientemente pelo movimento corporal, ou por sua não realização.[39] A referida corrente científica naturalista chega a afirmar que devemos parar de falar em liberdade, já que a ideia de autodeterminação não é sustentável desde uma perspectiva neurobiológica externa – do observador da conduta.[40]

Diante da ideia de que o nosso comportamento é um acontecimento natural, determinado pela atividade neuroquímica que sucede em nosso sistema límbico, a pretensão naturalista acaba por defender a tese de que o direito penal da culpa seria obsoleto[41] e que o princípio da culpa individual perderia sua razão de ser.[42] De fato, tal modo de ver as coisas não só enfraquece o centro

---

de veto da consciência aos processos neuroquímicos causais, o autor Libet. HILLENKAMP, Thomas. *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?* Baden: Nomos, 2006. p. 111. LIBET, B. Do we have free will? *Journal of Consciousness Studies* 6. n. 8-9, 1999. p. 47-57.

37. BURKHARDT, Björn. Und sie bewegt uns doch: die Willensfreiheit. *Das Magazin*. Ausgabe 2. 2003. p. 21-24; HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 127(1). 2015. p. 37.

38. ROTH, G. Das Ich ist nicht der „Herr im Hause". *Das Magazin*. 3/2001. p. 34.

39. HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 127(1). 2015. p. 17 e 37.

40. SINGER, Wolf. Keiner kann anders als er ist. Verschaltungen legen uns fest. Wir sollten aufhören, von Freiheit zu reden. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. n. 6 vom. 8. Januar, 2004. p. 33.

41. HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 127(1). 2015. p. 37.

42. ROTH, G. Bewusste und unbewusste Handlungssteuerung aus neurobiologischer Sicht. In: MEYER-KRAHMER, F.; LANGE, S. (org.). *Geisteswissenschaften und Innovation*. Heidelberg: Springer, 1999. p. 111. *Resta-nos indagar se a liberdade individual que a culpabilidade jurídico-penal pressupõe pode ser refutada por uma pretensão*

normativo da culpabilidade, como o inviabiliza.[43] A pretensão naturalista produz um *déficit de normatividade* na fundamentação da culpabilidade.

4. A PRETENSÃO ONTOLÓGICA E O DÉFICIT DE VERIFICABILIDADE

A pretensão ontológica pode ser encontrada já nos pressupostos de liberdade da vontade de Binding, alcançando, com outra roupagem, o seu apogeu no finalismo de Welzel. Binding pressupõe em sua construção teórica da culpabilidade jurídico-penal a liberdade da vontade, a possibilidade de autodeterminação do homem[44] como um elemento subjetivo-ontológico dado.[45]

---

naturalista. Nesse sentido: WÜRFEL, Christine. *Freiheit als Grundlage der Schuld*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 124. Frankfurt: Peter Lang, 2008. p. 11.

43. Sobre a noção de liberdade individual – de autodeterminação – como pressuposto básico da ideia de normatividade: CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – Ou as condições da emergência do direito como direito. *Digesta*. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 16 e ss. Sobre isso, também, ver Detlefsen: "Em nível de processos neuronais não possui a vontade experenciada subjetivamente entretanto qualquer função (...) Sendo tal premissa da função de iniciativa da vontade aniquilada, anula-se então também a ponte que uma imputação normativa da vontade humana deve possibilitar (...)" (tradução nossa) *In verbis*: *"Auf der Ebene neuronaler Prozesse hat der subjektiv erlebte Wille jedoch keine Funktion (...) Wird auf die Prämisse einer solchen Initiativfunktion des Willens verzichtet, dann entfällt aber auch die Brücke, die eine normative Zurechnung zum menschlichen Willen ermöglichen soll (...)"* (DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 336.)
44. KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 1954. p. 18 e ss.
45. Não se pode dizer que Binding realiza uma construção propriamente intersubjetiva da liberdade individual. O significado da liberdade individual representa em Binding muito mais uma pressuposição metafisica que se movimenta no espaço ontológico-subjetivo, do que uma construção forjada na tensão intersubjetiva. Binding parte neste ponto, como é sabido de todos, de pressupostos hegelianos e, nesse sentido, a importância aqui da crítica de Honneth à construção teórica de Hegel. Honneth, em seus pressupostos de filosofia social, vai afirmar que as premissas filosóficas de Hegel não são hoje mais plausíveis, sobretudo no que diz respeito ao monismo ontológico em que se movimenta a dialética do espírito, uma espécie de solipsismo filosófico não mais sustentável atualmente (HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 17).

Diferentemente do que ocorre com a pretensão naturalista,[46] a liberdade individual não ganha seu significado jurídico-penal em Binding por meio de uma perspectiva externa – do observador da conduta. Não por outra razão, Binding sustenta a existência de um conteúdo subjetivo da vontade inexistente no causalismo.[47] Binding refuta a noção preventiva de pena por segurança, defendendo sempre uma ideia de retribuição ligada à liberdade da vontade, ao seu conteúdo subjetivo.[48] Nesse sentido, pode-se dizer que Binding aproxima-se de Welzel no modo pelo qual a liberdade individual é significada.

A pretensão ontológica, que se perfectibiliza no projeto finalista, preenche subjetivamente a liberdade individual e da subjetividade retira seu significado jurídico-penal. A partir de uma perspectiva interna – do observado na conduta, a liberdade individual alcança seu significado na ação de um sujeito que percebe, desde sua subjetividade, que pode transcender a lógica causal-naturalista e orientar seu comportamento de acordo com sua motivação interna, de acordo com sua própria intencionalidade (o *centro do eu responsável* para Welzel).[49]

Welzel busca essencialmente uma construção que se oponha tanto ao relativismo axiológico dos neokantianos[50] quanto à pretensão causal-naturalista e o faz por meio de sua teoria final da ação,[51] sobre a qual repousa a teoria normativa pura da censura jurídico-penal. O sentido da culpabilidade jurídico-penal

46. Sobre o polêmico debate entre Binding e Liszt, no que concerne ao significado do comportamento humano: DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 51; WESTPHALEN, Daniela. *Karl Binding*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 26, Frankfurt: Peter Lang, 1989. p. 277 e ss e p. 303 e ss.

47. KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 1954. p. 24; BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band II. p. 91-92.

48. SUHR, Hans. *Karl Binding und das liberale Strafrecht des 19. Jahrhunderts*. Göttingen: 1947. p. 66 e ss.

49. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969. p. 143-145.

50. Como registro deste movimento teórico que traz a normatividade para a culpabilidade jurídico-penal: FRANK, Reinhard. Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Gießen: Rickers Verlag, 1907; FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen, 1922; GOLDSCHMIDT, James. *Normativer Schuldbegriff*. Tübingen, Mohr, 1930.

51. WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 197 e ss.

e o significado da liberdade individual que a pressupõe são alcançados a partir de uma perspectiva sustentada na antropologia filosófica, que busca desvelar os aspectos internos da alma humana e nela encontrar os elementos ontológicos fundamentais da autodeterminação.[52] Na qualidade de elemento ontológico pertencente à essência da condição humana,[53] a liberdade individual, ligada nestes termos à filosofia do sujeito, exige aqui, inegavelmente, uma operação de verificação em seu processo de significação.[54] A não realização com sucesso da operação de verificação desta realidade dentro dos processos formais do conhecer coloca toda a construção de Welzel em risco, já que uma realidade subjetivo-ontológica dada não verificável representa não mais do que uma pressuposição, uma especulação metafísica.

Por estar a subjetividade que preenche a liberdade individual somente do lado do observado, já que o conteúdo ontológico (conteúdo da vontade) deve ser analisado no outro como uma estrutura lógica da coisa, o conceito cai em aporia, dado que não se pode verificar objetivamente, por meio de argumentos plausíveis dentro dos processos do conhecer, o que se passa dentro da subjetividade do outro existencialmente e/ou ontologicamente compreendida. Na qualidade de elemento ontológico e/ou existencial dado, a liberdade de *poder-agir-de-outra-maneira* não passa de uma pressuposição, uma especulação metafísica inverificável,[55] enfraquecendo-se o centro normativo da culpabilidade jurídico-penal. Desse modo, a pretensão ontológica não realiza com sucesso a ponte entre as expectativas de objetividade da normatividade jurídico-penal e o universo ontológico-subjetivo que preenche internamente a liberdade do outro, restando a liberdade individual como um

52. WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 185 e ss.

53. Nas palavras de Welzel: "Liberdade pertence assim à constituição antropológica essencial do homem como pressuposto da ação final (...)" (tradução nossa) *In verbis*: *"Freiheit gehört daher zur anthropologischen Wesensverfassung des Menschen als Voraussetzung für finales Handeln (...)"* (WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 205.)

54. Sobre isso: WILENMANN, Javier. *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*. Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 12. Freiburg: Mohr Siebeck, 2014. p. 63.

55. Sobre a não verificabilidade da liberdade da vontade, em uma crítica à construção de Welzel: ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. Berlin: 1965. p. 1-3, p. 27 e p. 21-23; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 53.

ser inverificável, inatingível.[56] A pretensão ontológica produz um *déficit de verificabilidade* na fundamentação da culpabilidade.

5. A PRETENSÃO FUNCIONAL E O *DÉFICIT DE LEGITIMIDADE – DÉFICIT DE RECONHECIMENTO*

A pretensão funcional encontra seu apogeu no movimento do funcionalismo jurídico-penal,[57] que ganha espaço teórico atualmente fundamentalmente

56. O próprio Welzel vai admitir a impossibilidade, dentro dos processos formais do conhecer, do acesso à subjetividade do outro ontologicamente compreendida, chegando a dizer que se trata muito mais de uma generalização e uma verificação existencial do que propriamente de um acesso do conhecimento formal-científico à liberdade individual. O autor ainda refere que, nesta chamada verificação existencial, eu reconheço que o outro é como eu e que, numa operação de comparação, eu presumo que o outro possa se autodeterminar porque eu sinto que posso me autodeterminar e sinto que o outro é como eu, estando excluídos desta operação seres muito jovens e/ou espiritualmente doentes. Quando Welzel afirma que a liberdade individual não pode ganhar objetividade dentro dos processos formais do conhecer sem ser destruída/objetificada, justamente porque se encontra no espaço de uma subjetividade interna inacessível, fica claro que sua noção de reconhecimento é fraca, não passando de uma mera comparação de espaços internos de subjetividade que exclui qualquer operação de natureza propriamente intersubjetiva na produção de significados. O significado da liberdade individual continua preso no espaço de uma subjetividade interna, permanecendo um abismo entre as subjetividades, o que faz com que a construção ontológica de Welzel seja caracterizada como uma especulação metafísica, ao fim, uma pressuposição de liberdade individual que não supera o vácuo entre o ser e o dever ser. A noção de *reconhecimento* fundada em relações intersubjetivas recíprocas, como defendida por esta investigação, não desiste da ideia de que a liberdade individual pode ganhar objetividade dentro dos processos formais do conhecer sem ser objetificada/destruída, justamente porque, abandonando a ontologia da coisa, acredita que a própria liberdade individual é produzida, dentro dos quadros da filosofia social, pelas relações intersubjetivas recíprocas de *reconhecimento*. Não se trata de uma verificação existencial da liberdade individual do outro por meio de uma metodologia comparativa – a partir da minha subjetividade interna eu me sinto livre, logo o outro é livre, trata-se muito mais de uma operação de *reconhecimento* da liberdade individual do outro que ganha objetividade científico-formal pelo fato de que a própria relação intersubjetiva produz o significado da liberdade individual e de que o *reconhecimento* da liberdade se dá em um espaço intersubjetivo – o significado do que é ser livre, da autodeterminação, é alcançado pela própria relação intersubjetiva de *reconhecimento* recíproco. A afirmação de Welzel: WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969. p. 152-153.

57. Os principais autores que representam o funcionalismo são Jakobs e Roxin. A construção do primeiro é denominada sistémica e a do segundo, teleológica. A pretensão funcional é tratada aqui pelo núcleo que a constitui: ambição de instrumentalização

por dois motivos: 1 – consequência do *déficit de verificabilidade*: falta de sustentação teórica e argumentos convincentes dentro dos processos do conhecer por parte do modelo argumentativo ontológico-finalista;[58] 2 – estruturação político-social do nosso momento histórico: demandas da chamada sociedade complexa, sociedade do risco, ou sociedade do terror.[59]

---

do sentido da culpabilidade/responsabilidade jurídico-penal e do significado da liberdade individual em nome de finalidades preventivas político-criminais e/ou ligadas aos fins da pena. ROXIN, Claus. *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*. 1970. p. 182 e ss. A ideia de funcionalizar o direito penal em nome de uma suposta racionalização foi sustentada já por Noll. NOLL, Peter. *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*. 1965. p. 219-233. Fica aqui registrado que a posição desta investigação é contrária à ideia de que racionalização e funcionalização se confundem.

58. Sobre a crise da pretensão ontológica e a tendência funcional: BARATTA, Alessandro. Das Theater des Rechts und die Dramaturgie des Lebens. Zur Zurechnung von Verantwortlichkeit im Strafprozeß. In: JUNG, Heike (org.). *Das Recht und die schönen Künste*. Heinz Müller-Dietz zum 65. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998. p. 133-159.

59. Sobre a relação entre sociedade do risco e direito penal, Prittwitz, membro da Escola de Frankfurt e um crítico do funcionalismo jurídico-penal, produz as seguintes obras: PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt: Verlag Vittorio Klostermann, 1993. p. 147 e ss; PRITTWITZ, Cornelius. Risikogesellschaft und Strafrecht. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (org.). *Kritik und Rechtsfertigung des Strafrechts*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 88. Frankfurt: Peter Lang, 2005. p. 135 e ss; PRITTWITZ, Cornelius. Die Funktionalisierung des Strafrechts in der Risikogesellschaft. In: KREUDER, Thomas (org.). *Der orientierungslose Leviathan*. Marburg: Schüren, 1992. p. 177 e ss. Sobre a questão: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Corrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25-30. O aumento da complexidade social demanda ao direito penal cada vez mais tarefas e mais espaços de regulamento. Sobre o movimento de expansão do direito penal na sociedade complexa: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madri: Civitas Ediciones. 1999. p. 17 e ss. Sobre a tendência a um hiperindividualismo – ou hiperresponsabilização do indivíduo – na atual conjuntura social: SCHULZ, Lorenz. Strukturen von Verantwortung in Recht und Moral. In: SCHULZ, Lorenz (org.). *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*. Stuttgart: Steiner, 2000. p. 182; NEUMANN, Ulfrid. Zur Veränderung von Verantwortlichkeitsstrukturen unter den Bedingungen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts. In: Ulfrid Neumann. *Recht als Struktur und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 189; BIERBRAUER, Günter. Die Zuschreibung von Verantwortlichkeit. Eine attributionstheoretische Analyse. In:

A proposição central da pretensão funcional é a de que a noção ontológica de *poder-agir-de-outra-maneira* é uma ficção e que, a partir disso, o significado da liberdade individual, como realidade atribuída, deve ser determinado pelos interesses de proteção da norma e de estabilização das expectativas normativas sociais, sob os quais repousa o argumento da necessidade de prevenção geral ligada aos fins da pena – o funcionalismo pressupõe um ceticismo cognitivo em nível epistemológico e um utilitarismo consequencialista em nível ético.[60] A pretensão funcional instrumentaliza arbitrariamente o sentido da culpabilidade e o significado da liberdade individual, de modo que resta enfraquecida a presença de quaisquer elementos justificantes que estejam fora do binômio eficiência-ineficiência, fora da equação de meios para fins político-criminais.[61]

Para Roxin, o reconhecimento da responsabilidade jurídico-penal passa, necessariamente, pelo critério que as necessidades preventivas da punição representam. Desse modo, a própria existência do crime fica condicionada a sua consequência jurídica mais elementar, a pena e seus fins preventivos de política criminal, confundindo-se então critérios e função na fundamentação da censura jurídico-penal.[62] No que concerne à significação da liberdade individual, Roxin trabalha com a ideia de *permeabilidade ao apelo normativo* ou *idoneidade para ser destinatário de normas*.

HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*. Band III. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1978. p. 141-147.

60. GÜNTHER, Klaus. *Schuld und Kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005. p. 2-3.

61. NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 391; GÜNTHER, Klaus. *Schuld und Kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005. p. 2-3.

62. Para uma crítica à construção de Roxin, nesse sentido, ver: AMELUNG, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*. Berlin: Gruyter, 1984. p. 85--102; D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25 e ss. D'Avila aponta que de fato Roxin comete um equívoco metodológico neste ponto. D'Avila parte de uma construção não funcionalista, a fundamentação ontoantropológica do direito penal, e se opõe ao pensamento de Roxin.

A capacidade para ser destinatário de normas seria, para o autor, um critério passível de comprovação empírica, diferentemente do que ocorre com o *poder-agir-de-outra-maneira*. Se empiricamente verificada, a capacidade para ser destinatário de normas presumiria a possibilidade de o sujeito agir de outra maneira na situação concreta. De fato, uma presunção também não acessível pelo conhecimento sobre a possibilidade de autodeterminação conforme a norma. A possibilidade de autodeterminação pela norma torna-se então em Roxin uma pressuposição generalizante e utilitarista que não soluciona a aporia da pretensão ontológica.[63] Como o próprio Roxin afirma, tratar-se-ia de uma presunção normativa de liberdade fundada em um princípio sociopolítico razoável.[64]

Exatamente esta pressuposição/atribuição da liberdade, orientada por critérios político-criminais de prevenção geral, representa a instrumentalização da liberdade individual em nome de interesses administrativos do grupo, representa em verdade uma operação de objetificação do indivíduo. A liberdade individual seria, para Roxin, em outras palavras, uma pressuposição que atende a fins político-criminais ligados à necessidade de prevenção geral.[65]

A liberdade individual ganha significado jurídico-penal na pretensão funcional de Jakobs por meio de um processo comunicativo de atribuição em que a noção de sujeito é substituída pela noção de pessoa. A ideia de verificação da liberdade é também substituída, assim como em Roxin, pela ideia de atribuição da liberdade, operação realizada por meio de uma espécie de acordo comunicativo entre pessoas.[66] A liberdade torna-se, novamente, uma pressuposição, um *como se*. As condições desta operação de atribuição são determinadas na pretensão funcional justamente pelos fins político-criminais, pelas expectativas funcionais de proteção da norma.[67]

---

63. Preciso, nesse sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 253.

64. ROXIN, Claus. Schuld und Schuldausschluß im Strafrecht. In: BEMMANN; SPINELLIS (org.). *Festschrift für Mangakis*, 1999. p. 237 ss; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: Becksche, 1997. p. 740 e ss.

65. Sobre a problemática da prevenção geral, em crítica: HASSEMER; NAUCKE; LÜDERSSEN (org.). *Hauptprobleme der Generalprävention*. Frankfurt: 1979.

66. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 107, Heft 4, 1995. p. 849 e ss.

67. NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Krimi-*

Desta proposição teórica, duas são as principais consequências: 1 – esvaziamento da subjetividade do indivíduo; 2 – desaparecimento da fronteira entre função e critérios no espaço da culpabilidade normativa. Em oposição à pretensão ontológica, na pretensão funcional a liberdade individual ganha em objetividade. O preço pago por este ganho de objetividade, entretanto, é uma lacuna de elementos justificantes.[68] A pretensão funcional produz um *déficit de legitimidade* na fundamentação da culpabilidade.

A pressuposição intersubjetiva do projeto funcional na produção do significado da liberdade individual, que ganha concretude por meio de um processo comunicativo entre pessoas, será problematizada por esta investigação, sobretudo no que concerne ao esvaziamento subjetivo – objetificação – do indivíduo. Se é verdade que o significado da liberdade individual é constituído pelo processo intersubjetivo comunicativo, como o próprio Jakobs afirma,[69] não há por óbvio como este mesmo processo instrumentalizar o significado da liberdade individual para alcançar determinados fins, a não ser que se venha a afirmar que a liberdade individual é um meio, e não o fim do ordenamento jurídico-penal, o que significaria um retrocesso de pelo menos duzentos anos na história do direito penal.[70]

---

nalpolitik oder Kampf gegen Böse? Band I Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 396 e ss; WILENMANN, Javier. *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff.* Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 12. Freiburg: Mohr Siebeck, 2014. p. 64 e ss; GÜNTHER, Klaus. *Schuld und Kommunikative Freiheit.* Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005. p. 3.

68. Nas palavras de Günther, sobre a pretensão funcional, que se afasta da pretensão ontológica: "Mas ela paga o preço de seu realismo com uma lacuna de legitimação, pois esta necessidade (preventiva) é simplesmente dada como aceita e não é mais fundamentada". (tradução nossa) *In verbis*: *"Aber sie erkaufen ihren Realismus mit einer Legitimationslücke, da diese Notwendigkeit als vorgegeben hingenommen und nicht weiter begründet wird."* (GÜNTHER, Klaus. *Schuld und Kommunikative Freiheit.* Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005. p. 2-3.)

69. Afastando-se da ideia finalista de existência ontológica de uma realidade dada, Jakobs pressupõe um processo intersubjetivo comunicativo na produção do significado da liberdade individual como realidade construída. Nas palavras de Jakobs: "Sem processo comunicativo não há liberdade do sujeito". (tradução nossa) *In verbis*: *"Ohne kommunikativen Prozeß entstehen keine freien Subjekte." (JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem"* Prinzipiendenken Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.* 107, Heft 4, 1995. p. 851.)

70. Sobre uma crítica ao funcionalismo, no sentido de que ele representaria, por sua ambição de instrumentalização do indivíduo, um retrocesso do processo histórico de

Sustenta-se que o projeto funcional não realiza com sucesso uma construção intersubjetiva do significado jurídico-penal da liberdade individual. Defende-se a tese de que um processo intersubjetivo comunicativo fundado no *reconhecimento* recíproco não pode, por razões lógicas, levar à objetificação e à instrumentalização da liberdade do outro. O direito penal do inimigo, consequência da pretensão funcional, é o exemplo mais emblemático do *não reconhecimento*, do tratamento do sujeito como objeto para um fim. O *déficit de legitimidade* da pretensão funcional revela-se em um *déficit de reconhecimento* nesta problematização da construção intersubjetiva.

6. PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA NOÇÃO DE *RECONHECIMENTO* PARA A ESCOLA DE FRANKFURT E SEU SIGNIFICADO PARA A FUNDAMENTAÇÃO DA CULPABILIDADE

A noção de atribuição da liberdade individual ganha agora centralidade nesta problematização. A tendência de todo modelo argumentativo que pretenda afastar-se tanto da pretensão ontológica quanto da pretensão funcional, é a de buscar, em princípio, a legitimidade da operação de atribuição da liberdade individual em elementos externos ao cálculo funcional de meios e fins, na difícil tarefa de alcançar contornos de objetividade da liberdade individual sem que seja para isso preciso objetificar/instrumentalizar a liberdade do outro.[71]

Entretanto, sustenta-se que a noção de atribuição não suporta a tarefa de resistir às demandas utilitaristas. Por sua natureza, é a noção de atribuição uma pressuposição, uma operação instrumentalizável dentro dos processos do

significação do sujeito: ZACZYK, Rainer. Schuld als Rechtsbegriff. In: NEUMANN, Ulfrid; SCHULZ, Lorez (org.). *Verantwortung im Recht und Moral*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2000. p. 105.

71. Nessa direção: LÜDERSSEN, Klaus. Gebotene Zuschreibung? In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 308; GÜNTHER, Klaus. Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens. In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 319 e ss; WILENMANN, Javier. *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*. Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 12. Freiburg: Mohr Siebeck, 2014. p. 68 e ss. Sobre a dificuldade apontada: KERN, Andrea. Freiheit zum Objekt. Eine Kritik der Aporie des Erkennens. In: HONNETH, Axel (org.). *Dialektik der Freiheit*. Frankfurt: 2005. p. 53-82.

conhecer que não é capaz de fortalecer o centro normativo da culpabilidade jurídico-penal porque não carrega consigo uma carga de materialidade ética resistente à instrumentalização. Defende-se a tese de que a busca pela legitimidade da operação de atribuição da liberdade individual[72] é, em verdade, a busca pela operação de *reconhecimento* da liberdade individual.

O *reconhecimento* é um processo histórico que não se deixa manipular ou instrumentalizar, pois representa um alicerce ético-social que, carregando uma normatividade imanente, não permite o arbítrio da perspectiva externa que empiriza as representações sociais de justiça em nome do cálculo funcional.[73] Os limites e a legitimidade no processo intersubjetivo de significação da liberdade individual estão justamente no fato de que eu *reconheço* a liberdade do outro na minha liberdade e eu *reconheço* a minha liberdade na liberdade do

72. PAUEN, Michael. *Illusion Freiheit?: Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*. Frankfurt: Fischer Verlag, 2005. *Einen Willen wünschen: Freiheit in einer determinierten Welt.*

73. Segundo Neumann, para que a fundamentação ético-social da culpabilidade não caia na mesma problemática de instrumentalização e manipulação da fundamentação funcional, é necessário que sua base seja normativamente sólida, o que não é possível desde uma perspectiva sociológico-empírica das representações sociais de justiça, significadas como expectativas normativas sociais que são manipuláveis pelo cálculo instrumental da prevenção justamente porque não são normativas. Expectativas normativas sociais são um fato empírico, um recorte politicamente manipulável, não uma construção normativa histórica. Explica-se: Ignorando a normatividade imanente das representações sociais de justiça historicamente institucionalizadas por meio de relações intersubjetivas de *reconhecimento* recíproco, a pretensão funcional sustenta a instrumentalização político-criminal da liberdade individual em nome de expectativas normativas de prevenção e de segurança que esvaziam a subjetividade do outro. Isso ocorre justamente porque estas expectativas afastam-se da imanente normatividade das representações sociais de justiça como construção histórica, onde a promoção da liberdade individual e a não instrumentalização do sujeito assumem um papel central. NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 404. O processo histórico de *reconhecimento* recíproco carrega, dentro dos quadros teóricos da filosofia social, uma carga de normatividade imanente que se afasta desta pretensão, não se deixando instrumentalizar por um cálculo externo. HONNETH, Axel. Das Gewebe der Gerechtigkeit. Uber die Grenzen des zeitgenössischen Prozeduralismus. In: HONNETH, Axel (org.). *Das ich im Wir*. Berlin: Suhrkamp, 2010. p. 51-77; HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 14 e ss.

outro,[74] constituindo tal relação intersubjetiva de *reconhecimento* recíproco o próprio significado da liberdade individual, que ganha objetividade a partir de uma concepção ético-social historicamente institucionalizada e enraizada.[75]

Em *O Direito da liberdade,* Honneth sustenta que o núcleo ético e o norte axiológico das representações sociais de justiça nas sociedades modernas são representados precisamente pela ideia de promoção da liberdade individual, que pressupõe relações intersubjetivas recíprocas de *reconhecimento* para sua realização.[76] Pelo significado da liberdade individual nas sociedades modernas concorrem fundamentalmente três modelos interpretativos: *ideia negativa*; *ideia reflexiva*; *ideia social*.[77] Para o autor, as duas primeiras ideias representam apenas concepções formais da liberdade individual, que vem a realizar-se apenas a partir de uma *ideia social*, na qual relações intersubjetivas recíprocas de *reconhecimento* institucionalmente enraizadas apresentam condições materiais para sua concretização.[78] A significação da liberdade individual é alcançada, a partir da *ideia social* de Honneth, por meio de uma reconstrução normativa de valores imanentes ao desenvolvimento histórico das sociedades modernas.[79]

---

74. PARK, Goo-Yong. *Freiheit, Anerkennung und Diskurs*. Würzburg: 2001. p. 123.

75. Como base teórica para esta afirmação: HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 81-86, p. 119 e ss e p. 221 e ss.

76. Nas palavras de Honneth: "(...) não a vontade da coletividade, não a ordem natural, senão a liberdade individual edifica a pedra fundamental normativa de toda forma de representação social de justiça". (tradução nossa) *In verbis*: "*(...) nicht der Wille der Gemeinschaft, nicht die natürliche Ordnung, sondern die individuelle Freiheit bildet den normativen Grundstein aller Gerechtigkeitsvorstellung*". (HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 38.) Ver, também: p. 35 e ss, p. 81-86 e p. 122 e ss.

77. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 43.

78. Nas palavras de Honneth: "O que significa para o indivíduo dispor de liberdade individual implica necessariamente a nomeação de instituições existentes nas quais, na interação normativa com os outros, a experiência do reconhecimento pode ser realizada." (tradução nossa) *In verbis*: "*(...) was es für den einzelnen heißt, über individuelle Freiheit zu verfügen, impliziert notwendigerweise, die existierenden Institutionen zu benennen, in denen er in der normativ geregelten Interaktion mit anderen die Erfahrung der Anerkennung machen kann*". (HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 124.) Ver, também: p. 86 e p. 122 e ss.

79. O caminho que Honneth trilha em sua teoria da justiça é bem característico da filosofia social produzida pela Escola de Frankfurt. Não se trata nem de uma sociologia,

No cerne destes valores encontram-se relações intersubjetivas de *reconhecimento* recíproco. A carga ético-social que tais relações históricas representam ultrapassa tanto a formalidade da *ideia negativa* de liberdade individual quanto a formalidade da *ideia reflexiva* de liberdade individual, especialmente desenvolvida pela teoria do discurso habermasiana.[80]

A *ideia negativa* de liberdade individual liga-se à concepção liberal de justiça, na qual existe um espaço de atuação assegurado juridicamente ao indivíduo onde ele não deve ser tocado pelo Estado. Neste espaço, a liberdade individual é concebida apenas de um ponto de vista formal. Tal concepção não dá conta da realização material da liberdade individual, pelo fato de não empreender um preenchimento da liberdade com a noção de autodeterminação e de finalidade

---

no sentido de uma mera descrição empírica do fato social, nem de uma filosofia, no sentido de uma pressuposição de ideais metafísicos. Trata-se da identificação de valores enraizados institucionalmente no desenvolvimento histórico das sociedades modernas. O famigerado abismo entre o *ser* e o *dever ser*, que tanto a metodologia meramente sociológica quanto a metodologia filosófico-metafísica pressupõem, é superado pela filosofia social de Honneth por meio da ideia de que os valores estão enraizados de forma imanente no fato social. Em outras palavras, o fato social historicamente compreendido carrega normatividade. Com isso, a construção de Honneth aproxima-se da solução encontrada por Searle para a transposição do abismo entre o *ser* e o *dever ser*. Nos quadros da filosofia da linguagem, Searle trabalha aspectos institucionalizados do fato social como uma realidade ontológica da qual se permite retirar uma realidade normativa, ao contrário do que ocorre com a ontologia tradicional, ou da coisa, que esbarra na lei de Hume, ou guilhotina de Hume, que apregoa que uma proposição normativa não pode ser retirada de uma proposição ontológica e vice-versa. Entretanto, deve-se registrar que Honneth e Searle divergem em alguns pontos em suas construções. Honneth, por exemplo, como neohegeliano, é um essencialista, Searle não o é. Isso quer dizer que os significados para Searle estão disponíveis ao acordo linguístico, o que não ocorre em Honneth, que busca ancoragens históricas para tanto. Para Honneth, os significados são produzidos pela comunicação intersubjetiva, mas este processo comunicativo é histórico. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 230; SEARLE. John R. *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit*. Zur Ontologie sozialer Tatsachen. Rowohlt Tb, 1997; HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. London: John Noon, 1739. p. 335; PRIEST, Stephen. *The British Empiricists*. 2007. p. 177-178. Sobre a discussão que envolve a busca por uma fusão plausível entre o *ser* e o *dever ser*, ver, também: Moura. MOURA, Bruno. *Ilicitude penal e justificação*: Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 35 e ss.

80. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 69 e ss, p. 81 e ss, p. 119 e ss e p. 221 e ss.

do comportamento. Desde uma perspectiva externa, a finalidade e a autodeterminação, elementos inerentes à noção de liberdade individual, perdem-se em processos causais. A liberdade individual como interpretada pela *ideia negativa* não é suficiente para possibilitar que o indivíduo coloque para si próprio a finalidade do que ele quer realizar no mundo, ficando a mercê de processos causais. A *ideia negativa* traz uma carga explicativa que dá conta da noção de indivíduo como adereçado da norma, mas não como autor, o que produz uma assimetria normativa no sistema jurídico.[81]

A partir da *ideia reflexiva*, a liberdade individual é preenchida com a noção de autodeterminação, pressupondo uma realização da vontade do indivíduo que coloca para si próprio a finalidade de seu comportamento, diferenciando comportamentos autônomos de heterônomos.[82] Em um primeiro momento, no entanto, liga-se a *ideia reflexiva* apenas à relação interna do sujeito consigo próprio, que supõe que seu comportamento é fruto somente de suas próprias projeções. Esta etapa monológica na construção do significado da liberdade individual, a partir da *ideia reflexiva*, é superada por uma tentativa de reformulação intersubjetiva.[83]

---

81. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 56-57, p. 129 e ss e p. 221 e ss. São autores importantes na construção desta perspectiva, para Honneth: Hobbes e Sartre.

82. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 58 e ss. Aqui entra a ideia de libertação da subjetividade humana de processos causais naturalistas.

83. São nomes importantes da primeira etapa, para Honneth: Aristóteles, Rousseau e Kant. Na outra etapa, Apel e Habermas assumem uma posição central. Importante dizer que estes últimos autores sofrem forte influência da filosofia da linguagem, que se dá a partir da chamada virada linguística, em que Wittgenstein também desempenha um papel central. Nas palavras de Honneth, sobre a liberdade individual e sua destranscendentalização: "O que até agora deveria ser a atitude de um sujeito isolado, refletido sobre si próprio, é interpretado por meio da virada linguística como uma produção comunicativa dos participantes de uma comunidade linguística." (tradução nossa) *In verbis: "Was bislang die Leistung eines einsamen, auf sich selbst bezogenen Subjekts sein sollte, wird durch eine solche sprachphilosophische Wende als eine kommunikative Hervorbringung der Mitglieder einer Sprachgemeinschaft interpretiert."* (HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 69) Ver, também: p. 58 e ss; APEL, Karl-Otto. *Transformation der Philosophie*: v. II. Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft. Frankfurt: Suhrkamp, 1973; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971; HABERMAS, Jürgen. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt: 1983.

Se a partir da *ideia negativa* a liberdade individual carece de subjetividade, a partir da primeira etapa da *ideia reflexiva* a carência é de objetividade. A segunda etapa da concepção *reflexiva* traz objetividade para a liberdade individual, uma vez que seu significado deixa o espaço da subjetividade interna – na qualidade de elemento dado – e passa a ser produzido pela ação comunicativa de sujeitos dentro de uma comunidade linguística que pressupõe intersubjetividade.[84] A instituição social do discurso é retratada nesta perspectiva como a operação a partir da qual a liberdade individual ganha seu significado e sem a qual a noção de autodeterminação do sujeito não seria possível.[85]

Ainda que a segunda etapa da *ideia reflexiva* aponte para uma *ideia social* de liberdade individual, ela permanece ainda no campo reflexivo, não passando de uma concepção formal que não oferece condições suficientes para a realização da liberdade individual. Pode-se dizer que, por meio desta última interpretação, o significado da liberdade individual alcança uma intersubjetividade apenas formal,[86] que não é ainda suficiente para o intento desta investigação porque não carrega consigo uma carga de normatividade histórica não instrumentalizável.

Honneth afirma que a teoria do discurso não alcança uma dimensão material do significado da liberdade individual porque lhe falta uma concretude histórica. A ideia de que a liberdade ganha seu significado por meio do discurso que se desdobra no espaço de uma comunidade linguística é uma ideia apenas formal, que não carrega uma carga ético-histórica suficiente para a concretização da liberdade individual.[87] É somente a partir da *ideia social* que o significado da liberdade individual ganha uma objetividade não apenas procedimental. Esta objetividade é alcançada por meio de relações intersubjetivas de *reconhecimento* recíproco historicamente institucionalizadas.

84. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 69 e p. 81 e ss.

85. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 81.

86. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 69 e ss, p. 81 e ss, p. 119 e ss e p. 221 e ss.

87. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 82 e ss. Honneth esclarece que, apenas após suas considerações, Habermas veio a fazer referência aos aspectos históricos. Entretanto, o autor afirma que a perspectiva de Habermas e a de Apel não alcançam a *ideia social* de liberdade individual.

O significado da liberdade individual não é produzido pelo discurso, mas é construído historicamente por relações intersubjetivas materiais de *reconhecimento* recíproco,[88] pelas quais, e somente pelas quais, a realização da autodeterminação individual que o conceito de culpabilidade exige ganha objetividade.[89] Por serem meramente formais, Honneth chama as outras duas formas interpretativas da liberdade individual, *negativa* e *reflexiva*, de parasitárias, porque produzem patologias que impedem sua concretização e distorcem seu significado como núcleo ético das representações sociais de justiça.[90] De fato, as outras duas formas não passam de pressuposições/atribuições, que não são suficientes para que o significado da liberdade individual ganhe uma objetividade que ultrapasse o procendimentalismo dentro dos processos formais do conhecer.

Entende-se que, com a *ideia social* de liberdade individual, Honneth preenche materialmente o processo comunicativo com elementos normativos históricos, limitando seu espaço deliberativo dentro da ideia de comunidade linguística intersubjetivamente compartilhada. Estes elementos históricos, que carregam uma carga de materialidade ética – um conteúdo normativo imanente – no desenvolvimento das sociedades modernas, revelam-se em três noções centrais que representam consequências importantes para a busca da investigação:

1 – A busca pela justiça pressupõe relações intersubjetivas entre indivíduos nas quais o *reconhecimento* recíproco destes indivíduos como sujeito é a proposição normativa central; *Consequência*: O indivíduo não pode ser tratado pela ordem jurídico-penal como objeto, como meio para um fim, seja este fim da natureza que for. A produção da normatividade jurídico-penal pressupõe uma tensão intersubjetiva[91] de *reconhecimento* reciproco, não a objetificação do indivíduo para atender aos interesses administrativo-preventivos do grupo.

2 – A busca pela justiça é a busca pela máxima promoção da liberdade individual; *Consequência*: A intervenção jurídico-penal só é legítima quando

88. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 81 e ss, p. 119 e ss e p. 221 e ss.

89. Nesse ponto da investigação fica claro que a busca é por uma base teórica que permita que a noção de liberdade individual ganhe objetividade dentro dos processos formais do conhecer sem que para isso seja preciso torná-la vulnerável às pretensões de objetificação e instrumentalização do sujeito.

90. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 221.

91. Sobre a tensão intersubjetiva no processo de *reconhecimento* recíproco: HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2002. p. 71 e ss.

promove a liberdade individual, quando deixa de promover a liberdade individual ultrapassou os seus limites. O objeto da culpabilidade jurídico-penal é a conduta de não *reconhecimento* do outro como sujeito que se liga ao ilícito-típico, resultando na não promoção da liberdade individual. A culpabilidade jurídico-penal ganha legitimidade pela objetividade que processos éticos/históricos sedimentados nas sociedades modernas representam na significação da liberdade individual. Tais processos permitem *reconhecer* a existência – ou não – de liberdade individual em quem comete o ilícito-típico. Não existe um cálculo ou fórmula a ser oferecido ao julgador no sentido de medir e/ou verificar a liberdade individual. Trata-se da aplicação de *standards* normativos materializados historicamente em que a máxima promoção da liberdade individual consagra-se como norte ético-social de legitimidade e limites que impede a objetificação e a instrumentalização do indivíduo.

3 – O significado da liberdade individual é construído por relações de *reconhecimento* recíproco que se desdobram historicamente nas sociedades modernas e que carregam consigo uma carga de materialidade ética não instrumentalizável. A partir destas relações, a liberdade individual ganha objetividade material (não apenas procedimental) no espaço intersubjetivo. *Consequência*: O significado da liberdade individual que a culpabilidade pressupõe não é anulado pelos processos causais observados pela *pretensão naturalista*; A liberdade individual que a culpabilidade pressupõe não é um elemento ontológico e/ ou existencial dado no espaço interno de uma subjetividade a ser verificado/medido, como pressupõe a *pretensão ontológica*; O significado da liberdade individual que a culpabilidade pressupõe não pode ser atribuído e/ou pressuposto para que se venha a atender à determinada finalidade administrativa do grupo, como pressupõe a *pretensão funcional*, seja esta finalidade qual for.[92] Se o núcleo ético e o norte axiológico das representações sociais de justiça são representados pela máxima promoção da liberdade individual, não pode seu significado ser atribuído utilitaristamente. Na ordem jurídico-penal, a liberdade individual é sempre fim, nunca meio. Justamente por isso não faz sentido atribuir o seu significado para atingir determinado fim, determinada necessidade preventiva do grupo. A operação de atribuição da liberdade é frágil porque torna o conteúdo da liberdade individual e o sentido da culpabilidade jurídico-penal disponível à ética do discurso e, assim, à tendência de sua instrumentalização. Não se pode

92. Como o próprio Honneth afirma, a exigência funcional de uma regulação ou de uma realidade institucionalizada não pode explicar sua existência, muito menos a legitimar: HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 332.

deliberar sobre o conteúdo da liberdade individual porque o que produz seu significado não é o discurso, mas, sim, relações historicamente institucionalizadas de *reconhecimento* recíproco que lhe conferem objetividade. A teoria do discurso pressupõe uma intersubjetividade apenas formal na significação da liberdade individual. A liberdade individual que a culpabilidade pressupõe – a capacidade de autodeterminação – não é uma ficção, ou algo a ser pressuposto e/ou atribuído, é uma realidade construída historicamente por relações de *reconhecimento* recíproco. Quando se atribui significado a uma coisa para um fim, objetifica-se esta coisa. A liberdade individual não pode ser objetificada. A operação mais plausível dentro dos processos formais do conhecer em relação à significação da liberdade individual que a culpabilidade jurídico-penal exige é a operação de *reconhecimento* da liberdade.

Defende-se que a partir da recente teoria da justiça apresentada por Honneth, nos termos expostos, torna-se possível a superação da circularidade formal da teoria do discurso na significação da liberdade individual. Na perspectiva comunicativa da teoria do discurso identifica-se uma dupla atribuição/pressuposição da liberdade individual que produz patologias na fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. Atribui-se/presume-se que o participante da comunidade linguística carrega a liberdade individual que vai legitimar a operação de atribuição/pressuposição do significado da liberdade individual. Tal modo de ver as coisas faz com que o centro normativo da culpabilidade tanto não alcance potencial crítico diante do direito positivo[93] quanto não ofereça resistência às pretensões político-preventivas de instrumentalização do indivíduo.

A noção de que o significado da liberdade individual é produzido por relações intersubjetivas materiais de *reconhecimento* recíproco, que carregam uma carga ético-social histórica dentro das sociedades modernas, rompe com a circularidade formal do discurso pressuposta pela teoria da ação comunicativa. Embora haja ainda um longo caminho científico a ser percorrido, acredita-se que foi demonstrado que a noção de *reconhecimento* recíproco, como trabalhada por Honneth, representa um rico arcabouço teórico que permite a escolha de um caminho alternativo à circularidade do discurso na construção de uma fundamentação ético-social da culpabilidade que pressuponha intersubjetividade.

93. Honneth estabelece uma ligação entre a *ideia reflexiva* da liberdade individual e o procendimentalismo: HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 69 e ss. Sobre a insuficiência da ordem jurídica, do direito positivo propriamente dito, na significação da liberdade individual, novamente, Honneth: p. 127 e ss, 134 e ss e 221 e ss.

7. BREVES CONCLUSÕES

Nesta breve exposição buscou-se demonstrar que a problemática da culpabilidade jurídico-penal é interdisciplinar e carrega em seu núcleo um conflito metodológico. Procurou-se trabalhar as principais pretensões metodológicas que concorrem pelo sentido da culpabilidade e pelo significado da liberdade individual. Assim, defendeu-se a tese de que a pretensão naturalista, que se revela tanto no causalismo como nas recentes reinvindicações da neurociência, produz um *déficit de normatividade* na fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. A base teórica que a empiria naturalista oferece, dentro dos processos do conhecer, não é suficiente para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, porque pressupõe uma *ideia negativa* de liberdade individual, em que os elementos subjetivos da autodeterminação e da finalidade do comportamento perdem-se em processos de ordem causal, impossibilitando, assim, o desenvolvimento da culpabilidade como um centro normativo autônomo de legitimidade e limites.

Da mesma forma, sustentou-se a tese de que a pretensão ontológica, que alcança seu ponto de maior força do finalismo de Welzel, produz um *déficit de verificabilidade* na fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. A base teórica que a antropologia filosófica oferece na significação do comportamento humano como um elemento ontológico/existencial dado não é, também, suficiente para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, porque pressupõe uma *ideia reflexiva* monológica de liberdade individual, em que a noção de autodeterminação resta presa a uma subjetividade interna inacessível pelos processos formais do conhecer, não passando de uma pressuposição filosófica inverificável que enfraquece o centro normativo da culpabilidade. Uma realidade subjetivo-ontológica dada que não pode ser verificada não representa mais do que uma especulação metafísica.

Após, foi defendido que a pretensão funcional produz um *déficit de legitimidade* na fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, que alcança um *déficit de reconhecimento* na pressuposição de uma operação intersubjetiva na significação da liberdade individual. A partir disso, sustentou-se que a base que a teoria da ação comunicativa e a ética do discurso oferecem não é suficiente, também, para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, porque ela trabalha ainda com uma *ideia reflexiva* de liberdade individual, que pressupõe uma intersubjetividade apenas formal no desenvolvimento da liberdade individual como realidade construída. Em outras palavras, uma base teórica que não dá conta da realização da liberdade individual como elemento forjado historicamente que carrega uma carga de materialidade ética não instrumentalizável

pelo cálculo funcional. A pretensão funcional trabalha com a noção de que a liberdade individual é uma ficção, que pressupõe uma operação de atribuição em sua significação. Isso ocorre justamente porque que a *ideia reflexiva* não é capaz de uma concretização da liberdade individual. Desse modo, enfraquece-se novamente o centro normativo da culpabilidade, que resta submetido à tendência político-preventiva.

Diante deste cenário teórico, analisou-se então a hipótese de que o conceito de *reconhecimento*, ancorado nos quadros da filosofia social produzida pela Escola de Frankfurt, poderia fortalecer o centro normativo da culpabilidade jurídico-penal a partir de uma significação da liberdade individual que pressupõe intersubjetividade. Acredita-se que tal hipótese encontra-se no caminho da confirmação. Pela *ideia social* de liberdade individual defendida por Honenth, a noção de autodeterminação que a culpabilidade pressupõe como fundamento passa a ser significada como uma realidade historicamente construída por relações éticas de *reconhecimento* recíproco. A partir disso, a liberdade individual ganha objetividade no espaço intersubjetivo, sem que para isso seja preciso objetificar a subjetividade do indivíduo.

A concretude histórica que as relações de *reconhecimento* representam, dentro de uma perspectiva ético-social de justiça nas sociedades modernas, permite o oferecimento de um potencial crítico tanto diante da político-criminal, como diante direito positivo. Trata-se de um caminho em que a subjetividade individual não é anulada pela operação que lhe confere objetividade dentro dos processos do conhecer, justamente porque esta operação não é essencialmente utilitarista.

Importante dizer ainda, dentro desta ideia de potencial crítico, que, se existe de fato uma ligação interna entre responsabilidade e reconhecimento,[94] não se pode exigir legitimamente de um sujeito determinado comportamento a partir de uma liberdade individual que não foi concretizada socialmente, mas apenas pressuposta de uma maneira formal, porque o processo de *reconhecimento* recíproco não é ele formal. A partir desta construção de fundamentação, entende-se que se abre a possibilidade de toda uma crítica ao direito penal, criminologicamente esclarecida, no que tange à relação assimétrica entre a condi-

94. Nesse sentido: GÜNTHER, Klaus. Anerkannte Verantwortung – Verantwortete Anerkennung. In: FLOCKE, Vera; SCHONEVILLE, Holger (org.). *Differenz und Dialog*: Anerkennung als Strategie der Konfliktbewältigung? Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag. 2011. p. 163-182; GÜNTHER, Klaus. Anerkennung, Verantwortung, Gerechtigkeit. In: FORST, Rainer (org.). *Sozialphilosophie und Kritik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009. p. 269-287.

ção de não *reconhecimento* como sujeito de determinados grupos da sociedade e a exigibilidade jurídico-penal. Esta é uma realidade fática bem conhecida por nós, brasileiros, e latino-americanos de uma forma geral.[95]

Como realidade historicamente construída por relações éticas de *reconhecimento* recíproco, o acesso do conhecimento à liberdade individual não pode se dar pela operação de averiguação nem pela operação de atribuição, mas pela operação de *reconhecimento*. Desse modo, buscou-se um modelo argumentativo plausível em nível epistemológico e consistente em nível ético, que se move entre a atual tendência de funcionalização do direito penal e a insustentabilidade da ontologia finalista da coisa, sendo que parecem ser estas as principais ressonâncias práticas da teoria apresentada:

1 – No plano da legitimidade material da censura jurídico-penal – *positivo*:

a) A contribuição que a noção de *reconhecimento* oferece em nível epistemológico permite que a liberdade individual ganhe objetividade nos processos formais do conhecer, proporcionando-se a sustentação de uma ordem jurídico -penal fundada na liberdade e, consequentemente, de um direito penal orientado pela culpabilidade individual.

b) A censura jurídico-penal aparece como um corretivo normativo diante da conduta fática de não *reconhecimento* do outro como sujeito que se liga ao ilícito-típico, permitindo uma fundamentação material para a culpabilidade.

2 – No plano de limites da censura jurídico-penal – *negativo*:

a) A contribuição que a noção de *reconhecimento* oferece em nível ético não permite que a necessidade funcional de prevenção geral e de proteção da norma, por sua natureza de instrumentalização, seja um critério válido para que se decida, no caso prático, pela culpabilidade ou não de um sujeito. Da mesma maneira, não permite que o princípio da culpabilidade seja relativizado, no caso concreto ou pelo direito positivo de uma maneira geral, em nome de necessidades funcionais e/ou interesses político-criminais de combate à criminalidade.

b) A noção de *reconhecimento* oferece, em nível ético ainda, no tocante à *ideia social* de liberdade individual, a possibilidade de uma ponderação crítica

95. Construção teórica que vai nesta direção é a ideia de culpabilidade por vulnerabilidade de Zaffaroni. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. *Discursos Sediciosos*. n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 31 e ss. Sobre uma teoria da culpabilidade criminologicamente esclarecida, ver: TANGERINO, Davi. *Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da criminologia*. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009.

por parte do julgador, no caso fático, sobre a assimetria entre a liberdade individual produzida socialmente na história do sujeito em questão pelas instituições estatais (educação, saúde, segurança, saneamento básico, bem-estar, etc) e o grau de exigibilidade jurídico-penal que pesa sobre este mesmo sujeito. Exemplos desta assimetria são ricos nas periferias marginalizadas deste país, sobretudo em relação a tipos penais patrimoniais e/ou ligados ao uso de drogas. Em casos de um evidente *déficit de reconhecimento* do sujeito por parte do Estado, a consequência seria um grau de reprovabilidade diminuto que poderia ser apreciado no art. 59 do CP.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts systematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974.

AMBOS, Kai. Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld. Zur Schuldlehre von Jorge de Figueiredo Dias. *GA*. 2009.

APEL, Karl-Otto. *Transformation der Philosophie:* v. II. Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft. Frankfurt: Suhrkamp, 1973.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARATTA, Alessandro. Das Theater des Rechts und die Dramaturgie des Lebens. Zur Zurechnung von Verantwortlichkeit im Strafprozeß. In: JUNG, Heike (org.). *Das Recht und die schönen Künste*. Heinz Müller-Dietz zum 65. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Luigi Cioffi, 1854.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Corrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BGHSt 2, 194, 200, 201 = JZ 1952, 335, 337.

BIERBRAUER, Günter. Die Zuschreibung von Verantwortlichkeit. Eine attributionstheoretische Analyse. In: HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*. Band III. München: C.H. Beck`sche Verlagsbuchhandlung, 1978.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre* Übertretung. Band II.

BUONICORE, Bruno Tadeu. *O fundamento onto-antropológico da culpa*: contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. 2014. 133f. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais. Programa da Pós-Graduação em Ciências Criminais *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014.

BURKHARDT, Björn. Und sie bewegt uns doch: die Willensfreiheit. *Das Magazin*. Ausgabe 2, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – Ou as condições da emergência do direito como direito. *Digesta*. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CEREZO MIR, José. *Der materielle Schuldbegriff*. Leipzig: Universitätsverlag, 1997.

D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: GAUER, Ruth (org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips*. Berlin: Duncker e Humblot, 2006.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2001.

ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. Berlin: 1965.

FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad jurídico-penal y neurociências. In: CALATAYUD, Manuel Maroto; CRESPO, Eduardo Demetrio (org.). *Neurociencias y derecho penal*. Buenos Aires: Edisofer, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Editore Laterza, 2009.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*. Gießen: 1797.

_____. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer, 1801.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal parte geral*: questões fundamentais à doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FRANK, Reinhard. Über *den Aufbau des Schuldbegriffs*. Gießen: Rickers Verlag, 1907.

FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen, Mohr 1922.

GOLDSCHMIDT, James. *Normativer Schuldbegriff*. Tübingen, Mohr, 1930.

GREVE, Jens. Praxis – Zuschreibung – Objektivität. Argumente gegen einen reduktionistischen Individualismus und ihre Kritik. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*. 64, 2012.

GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikativ Freiheit*. Frankfurt: Klostermann, 2005.

_____. Anerkannte Verantwortung – Verantwortete Anerkennung. In: FLOCKE, Vera; SCHONEVILLE, Holger (org.). *Differenz und Dialog*: Anerkennung als Strategie der Konfliktbewältigung? Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag. 2011.

_____. Anerkennung, Verantwortung, Gerechtigkeit. In: FORST, Rainer (org.). *Sozialphilosophie und Kritik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Arbeit und Interaktion. Bemerkungen zu Hegels „Jenenser Philosophie des Geistes". In: HABERMAS, Jürgen (org.). *Technik und Wissenschaft als „Ideologie"*. Frankfurt: Suhrkamp, 1968.

_____. Ich selber bin ja ein Stück Natur – Adorno über die Naturverflochtenheit der Vernunft. In: HONNETH, Axel (org.). *Dialektik der Freiheit*. Frankfurt: 2005.

_____. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt: 1983.

HARDEGGER, Judith. *Willenssache*. Berlin: Lit Verlag, 2009.

HART, H.L.A. *The ascription of responsibility and rights*. Proceedings of the aristotelian society. New Series. v. 49. 1948-1949.

HASSEMER, Winfried. *Freiheitliches strafrecht*. Berlin: Philo-Verl.-Ges, 2001.

HASSEMER, Winfried. Person, Welt und Verantwortlichkeit: Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht. In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse*? Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998.

_____; NAUCKE; LÜDERSSEN (org.). *Hauptprobleme der Generalprävention*. Frankfurt: 1979.

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004.

_____. *Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt: Suhrkamp, 1970.

HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 127(1). 2015.

HONNETH, Axel. Das Gewebe der Gerechtigkeit. Über die Grenzen des zeitgenössischen Prozeduralismus. In: HONNETH, Axel (org.). *Das ich im Wir*. Berlin: Suhrkamp, 2010.

_____. *Das Recht der Freiheit*. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011.

_____. *Kampf um Anerkennung*. Frankfurt: 2002.

HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin: de Gruyter, 1976.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. London: John Noon, 1739.

JAHN, Matthias; ZIEMANN, Sascha. Die Frankfurter Schule des Strafrechts: Versuch einer Zwischenbilanz. JZ, 19/2014.

JAKOBS, Günther. *Das Schuldprinzip*, Westdeutscher Verlag, 1993.

_____. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 107, Heft 4, 1995.

_____. *Schuld und Prävention*. Mohr, 1976.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Corsi e ricorsi: La vuelta de von Liszt. In: SOBERANES, José Luis; MONTI, Italo Paolinelli (org.). *Franz von Liszt – La idea de fin en el derecho penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México e Universidad de Valparaíso de Chile, 1994.

JONES, Edward; NISBETT, Richard. *The actor and the observer*: Divergent of perceptions of de causes of behavior. New York: General Learning Press, 1971.

KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 1954.

KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter, 1961.

KERN, Andrea. Freiheit zum Objekt. Eine Kritik der Aporie des Erkennens. In: HONNETH, Axel (org.). *Dialektik der Freiheit*. Frankfurt: 2005.

KINDHÄUSER, Urs. Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat. In: HERZOG; NEUMANN (org.). *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: 2010.

_____. Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 121, Heft 4, 2009.

KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker e Humblot, 1994.

LIBET, B. *Do we have free will?* Journal of Consciousness Studies, 6. n. 8-9, 1999.

LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: 1900.

_____. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin: v. 2, 1905.

LÜDERSSEN, Klaus. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 107, Heft 4, 1995.

_____. Gebotene Zuschreibung? In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998.

MAIHOFER, Werner. *Recht und Sein*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1954.

MOSER, Valerie. Die Zuschreibung von Verantwortung als soziale Praxis: Erste Ergebnisse aus einem Forschungsprojekt. *Sozialersinn*. Heft 1, 9. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008.

MOURA, Bruno. *Ilicitude penal e justificação*: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La herencia de Franz von Liszt. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. v. .. Curitiba, 2011.

NEUMANN, Ulfrid. Das Problem der Rechtsgeltung. In: NEUMANN, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

_____. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse*? Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998.

_____. Zur Veränderung von Verantwortlichkeitsstrukturen unter den Bedingungen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts. In: NEUMANN, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

NOLL, Peter. *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*. 1965.

PARK, Goo-Yong. *Freiheit, Anerkennung und Diskurs*. Würzburg: 2001.

PAUEN, Michael. *Illusion Freiheit?: Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung, 2005*.

PRITTWITZ, Cornelius. Die Funktionalisierung des Strafrechts in der Risikogesellschaft. In: KREUDER, Thomas (org.). *Der orientierungslose Leviathan*. Marburg: Schüren, 1992.

_____. Risikogesellschaft und Strafrecht. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (org.). *Kritik und Rechtsfertigung des Strafrecht*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 88. Frankfurt: Peter Lang, 2005.

_____. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt: Verlag Vittorio Klostermann, 1993.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale*. Parte Terza. Prato: 1833.

ROTH, G. Bewusste und unbewusste Handlungssteuerung aus neurobiologischer Sicht. In: MEYER-KRAHMER, F; LANGE, S. (org.). *Geisteswissenschaften und Innovation*. Heidelberg: Springer, 1999.

_____. *Das Ich ist nicht der „Herr im Hause"*. Das Magazin. 3/2001. p. 34.

ROXIN, Claus. Schuld und Schuldausschluß im Strafrecht. In: BEMMANN; SPINELLIS (org.). *Festschrift für Mangakis*, 1999.

_____. *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*. 1970.

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: Becksche, 1997.

SCHIEMANN, Anja. *Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte?* ZJS. 6/2012.

SCHULZ-SCHAEFFER, Ingo. Handlungszuschreibung und Situationsdefinition. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*. 61, 2009.

SCHULZ, Lorenz. Strukturen von Verantwortung in Recht und Moral. In: SCHULZ, Lorenz (org.). *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*. Stuttgart: Steiner, 2000.

SEARLE. John R. *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit*. Zur Ontologie sozialer Tatsachen. Rowohlt Tb, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madri: Civitas Ediciones. 1999.

SINGER, W. *Der Beobachter im Gehirn*. Frankfurt: Suhrkamp, 2002.

_____. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003

_____. Keiner kann anders als er ist. Verschaltungen legen uns fest. Wir sollten aufhören, von Freiheit zu reden. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. Nr. 6. Vom. 8. Januar 2004. p. 33.

SCHNEIDER, Hendrik. *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?* Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

STRATENWERTH, G. *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*. Müller, C F, 1977.

SUHR, Hans. *Karl Binding und das liberale Strafrecht des 19. Jahrhunderts*. Göttingen: 1947.

TANGERINO, Davi. *Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da criminologia*. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 24. São Paulo: Ed. RT, 1998.

TEIXEIRA NETO, João Alves. A serenidade para com as coisas do direito penal: no limiar entre o pensamento que medita e o pensamento que calcula. *Revista de Estudos Criminais*. v. 48. São Paulo: Ed. RT, 2013.

WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975.

_____. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969.

_____. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*. Berlin: Gruyter, 1944.

WESTPHALEN, Daniela. *Karl Binding*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 26, Frankfurt: Peter Lang, 1989.

WILENMANN, Javier. *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*. Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 12, Mohr Siebeck, 2014.

WILLASCHEK, Marcus. Der freie wille – eine tatsache des praktischen lebens. *Forschung Frankfurt*. 2005\4. Frankfurt: 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlim: Lit Verlag, 2008.

WÜRFEL, Christine. *Freiheit als Grundlage der Schuld*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien. Bd. 124. Frankfurt: Peterlang, 2008.

ZACZYK, Rainer. Schuld als Rechtsbegriff. In: NEUMANN, Ulfrid; SCHULZ, Lorez (org.). *Verantwortung im Recht und Moral*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Discursos sediciosos*. n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Culpabilidade na dosimetria da pena, de Pedro Jorge Costa - *RBCCrim* 126/109-132 (DTR\2016\24549);
- Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias, de Hamilton Gonçalves Ferraz - *RBCCRim* 120/41-73 (DTR\2016\20114); e
- Culpabilidade, sistema progressivo e unificação de penas: uma análise da unificação de penas segundo as bases do direito penal de Günther Jakobs, de Alexandre Gonçalves Kassama - *RBCCrim* 120/17-39 (DTR\2016\20113).

El delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo en España (579,1, CP)

The crime of dissemination of content inciters of terrorism in Spain (579,1, CP)

Luiza Borges Terra

Doctoranda en Derecho Penal Económico por la Universidad Pablo de Olavide. Máster en Criminología y Ciencias Forenses en la Universidad Pablo de Olavide, en Sevilla/ES. Profesora en la Universidad UNIFIL /Londrina – PR/BR. Membro del Grupo de Investigación: Modernas Tendências do Sistema Criminal. Abogada Criminal en la Ciudad de Curitiba/PR.
luizaborgesterra@gmail.com

Recebido em: 20.06.2016
Aprovado em: 21.07.2016
Última versão autora: 16.08.2016

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumen: En 2015 entró en vigor en España la Ley Orgánica 2/2015 que cambió los delitos de terrorismo previstos entre los artículos 571 al 580 del Código Penal. Estableciendo nueva redacción al delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo, cuyo objetivo es frenar la expansión del terrorismo de caracter yihadista. Este trabajo hace un análisis dogmático del crimen tipificado en el artículo 579,1 del Código Penal Español, bien como si este nuevo delito se solapa con el instituto de la provocación prevista para los delitos de terrorismo en el 579, 2 CP. Sin embargo, se consideró que la presente conducta delitiva establece una tipificación distinta de la provocación y representa una notable ampliación de la punición de las conductas meramente preparatorias de los verdaderos actos terroristas.

Abstract: In 2015, the Organic Law 2/2015 which changed the offenses of terrorism provided between Articles 571 to 580 of the Penal Code came into force in Spain. Establishing redraft the crime of inciting terrorism content spread which objective is to stop or slow down the expansion of jihadist terrorism. This work makes a dogmatic analysis of the crime under Article 579,1 of the Spanish Criminal Code, or as if this new offense overlaps with the Institute of provocation planned terrorist offenses in the 579, 2 CP. However, it was considered that the present delict establishes a classification other than provocation and represents a significant expansion of the punishment of purely preparatory behaviors of the real terrorists acts.

PALABRAS CLAVE: Terrorismo – Difusión de contenidos – Contenido incitador del terrorismo – Provocación – Política criminal frente al terrorismo – Derecho penal español.

KEYWORDS: Terrorism – Dissemination of content – Content capable of incite terrorism – Provocation – Criminal politics against terrorism – Spanish criminal law.

SUMÁRIO: 1. Introducción. 2. La difusión de contenidos incitadores del terrorismo como conducta delictiva. 2.1 Bien jurídico tutelado. 2.2 Análisis del tipo delictivo. 2.2.1 Tipo Objetivo. 2.2.2 Tipo Subjetivo. 3. La difusión de contenidos incitadores del terrorismo como delito diferente de la provocación en los delitos de terrorismo (579, 2 CP). 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

A comienzos de febrero de 2015, el PP y el PSOE hicieron un pacto en materia de terrorismo. El Congreso Español aprobó la proposición derivada de dicho acuerdo convirtiéndola en la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo de 2015, ley orgánica que cambió los delitos de terrorismo previstos entre los artículos 571 al 580 del Código Penal. En el preámbulo de la ley, se deja claro que su objetivo es proponer una respuesta estatal más severa al terrorismo para así, frenar su desarrollo, en especial el del terrorismo yihadista, un terrorismo que se caracteriza, entre otras cosas:

> (...) por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos.

Y que, por ello, desafortunadamente y equivocadamente, acreditan que dichos enemigos "deben ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley".[1]

1. Es importante decir que esa política criminal frente al terrorismo se establece por toda UE, como señala CARBONELL "ya en 2005, y apremiados en gran medida por el asesinato del cineasta holandés Theo Van Gogh (noviembre de 2014), los atentados de Londres (julio 2005) y el hecho que en los casos mencionados varios de los terroristas eran ciudadanos europeos que habían sido radicalizados dentro de la Unión Europea, la UE presentó la Estrategia de Lucha contra el Terrorismo, documento que fijaba las bases regulatorias y los objetivos a cumplir en materia de lucha contra el terrorismo y que ya apuntaba – de forma especifica- medidas más

El Estado ha optado hace tiempo por establecer una política criminal mucho más severa y represiva con respecto a los delitos de terrorismo que con el resto de delitos.[2] Los delitos terrorismo, pese a todo, son delitos generales de homicidios, lesiones, secuestros, etc.,[3] que se diferencian de los demás y se

concretas y lineas de actuación. A pesar de haber sido sujeto de varias revisiones, actualmente ese documento sigue siendo cargado de establecer la estrategia europea. El documento se articula en base a Cuatro grandes ejes de acción que cubren todas las problemáticas a las que la Unión Europea estipula hacer frente en relación a esa materia: prevenir, proteger, perseguir y responder". In: Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 216. Lo que también es señalado por CAMPO MORENO "Tal modificación es la respuesta penal ofrecida por nuestro legislador al terrorismo yihadista y la plasmación normativa del acuerdo de los dos partidos mayoritarios en la Cámaras legislativas. Es el fruto del reciente Pacto Antiterrorista ante las amenazas, en Europa, por parte del terrorismo más radical y de carácter extremamente ideológico". In: Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: La L.O. 2/2015. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 6.

2. En ese sentido NÚNEZ CASTAÑO "...La transformación paulatina de las conductas constitutivas de delitos de terrorismo desde el tradicional terrorismo de carácter sectorial o nacionalista, hacia un terrorismo global, caracterizado por la indiscriminación de sus ataques, la aleatoriedad y la violencia sin límites empleadas en sus acciones, ha determinado la "obsesión" del legislador por dar respuesta a esta problemática, mediante la incorporación de medidas legislativas y procesales en nuestro ordenamiento jurídico". In: Análisis de las reformas penales. Presente y Futuro. Director Francisco Muñoz Conde. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 445. NÚÑEZ CASTAÑO todavía hablando de la temática explica que "...Esta expansión de los comportamientos calificados como terroristas, y la frecuencia con la que aparecen en los medios de comunicación provocan la creación en la sociedad de una sensación de inseguridad y de indignación ante una "aparente" impotencia frente a estos hechos. Y este sentimiento desemboca en una reacción social cargada de emotividad que interioriza la convicción de que este tipo de delincuencia es la más grave de todas. De manera que con el mero hecho de añadir el término "terrorismo" o "terrorista" a un determinado comportamiento, inmediatamente es considerado de extrema gravedad, comportando la exigencia social de un tratamiento legal mucho más grave, que rápidamente encuentra respuesta a nivel legislativo.". In: Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 19.

3. Con la reforma, además, fue aumentado la cantidad de delitos de terrorismo, lo que incluyó la previsión de nuevos delitos como el delito de daños informáticos, el delito de aborto provocado, el delito de daños al feto, entre otros. Así señala CANO PAÑOS "...Efectivamente, la definición de terrorismo contemplada en el art. 573 de la LO 2/2015 abarca casi todos los tipos punibles, extendiendo la consideración de "actos terroristas" a conductas tales como los delitos de aborto provocado, daños al feto, contra la libertad sexual o la delincuencia informática". In: La reforma penal de

consideran más graves,[4] precisamente, por el hecho de haber sido cometidos con unos fines determinados que antes de la reforma eran la alteración grave de la paz pública o la subversión del orden constitucional. Tras la reforma por la LO 2/2015 esas finalidades se mantienen, añadiéndose a ellas como posibles fines terroristas, el desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional y el provocar un estado de terror en la población o en parte de la misma.[5] Después de la reforma por la LO 2/2015, también se crearon y modificaron algunos de los delitos relativos al terrorismo. Entre ellos, está aquel que constituye el objeto de estudio de ese trabajo el delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo.

Este delito ya estaba previsto antes de la reforma por la LO 2/2015, pero con otras características. Ahora, la nueva descripción de esta figura está prevista en el nuevo artículo 579,1 CP; delito éste que tiene como objetivo punir, de forma autónoma e independiente, al que simplemente incita una persona a

---

los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales. Granada, Revista General de Derecho Penal 23, 2015, p. 10.

4. Un ejemplo del tratamiento penal agravado es un delito de incendio del artículo 351, CP (incendio que comporte peligro para la vida o integridad física de las personas), pena el autor del delito con pena de prisión de 10 a 20 años. Ya, si el mismo delito fuera cometido con la finalidad terrorista, la pena de prisión es (segundo el artículo 573, bis, 3ª, CP) de 15 a 20 años.

5. Así dispone el artículo 573 del Código Penal en su nueva redacción "...Artículo 573.1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública. 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella." En ese sentido también VÁZQUEZ IRUZUBIETA "...las finalidades de la conducta delictiva del agente, son varias y constituyen un elemento básico del tipo de injusto (...) y están ubicados en cuatro incisos. Subvertir el orden constitucional (...), la alteración de la paz pública, (...) el desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional y crear un estado de terror". In: Código Penal Comentado. Actualizado por las leyes orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo. Barcelona, atelier, 2015, p. 771 y ss.

que cometa alguno de los delitos previstos en el capítulo relativo a los delitos de terrorismo.

Precisamente es a este delito y a su nueva configuración a la que vamos a dedicar este trabajo, que tratará de aclarar cuál es el injusto típico del delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo, para comprobar si el mismo no se solapa completamente con la ya sanción de la provocación expresamente prevista para los delitos de terrorismo, y para hacerlo, como no podía ser de otra forma, comenzará tratando de concretar el bien jurídico que dicho delito viene a tutelar.

2. LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS INCITADORES DEL TERRORISMO COMO CONDUCTA DELICTIVA

La Ley Orgánica 2/2015 entró en vigor en la fecha 1 de julio de 2015.[6] Esta modificó el tipo delictivo de difusión de contenidos incitadores del terrorismo y describe ese delito en el artículo 579, 1 CP así, su nueva redacción pasó a ser:

> (...) Artículo 579, 1 Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo.[7]

6. "Disposición final tercera. Entrada en vigor: La presente Ley Orgánica entrará en vigor en día 1 de julio de 2015".

7. La modificación continua de los tipos penales en determinadas materias también es objeto de crítica por la doctrina, en ese sentido CANCIO MELIÁ, Manuel "...las cosas distan mucho de ser tan sencillas como presupone el discurso político-criminal dominante en la opinión publicada, que parece admitir sin más una correlación directa entre mayores niveles de 'dureza'" del ordenamiento penal y mayores niveles de eficacia preventiva. Debe ponerse en cuestión desde el principio el núcleo mismo de este discurso: no existe evidencia de que un Derecho penal más amplio pueda ser un instrumento eficaz contra el terrorismo. En ese sentido, comenzando ya por lo que más próximo está en un plan temporal y geográfico, la experiencia en otros países de nuestro entorno en Europa occidental respecto de organizaciones terroristas surgidas en los años sesenta y setenta del siglo XX muestra, al menos según algunas voces en la discusión, que la aplicación de las infracciones específicamente terroristas (...) no ha conducido tanto a evitar nuevos delitos como ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión (...) también puede plantearse respecto de la actual expansión antiterrorista: ¿el aumento de medidas de criminalización supone

Pasaremos, entonces, al análisis de dicho delito, empezando por el bien jurídico tutelado.

2.1 Bien jurídico tutelado

El delito de difusión de contenidos castiga no el acto terrorista en sí, sino a la persona que incentiva a otros a cometer algún delito de terrorismo a través de una difusión de contenidos, es decir, al que incita a una persona a cometer cualquiera de los delitos previsto en el capítulo VII del Código Penal, la acción de difundir un contenido tendente a convencerle de que lo haga. Castiga, por tanto, una conducta preparatoria, o previa, a la comisión de un delito de terrorismo y favorecedora del mismo, con lo que parece que protegería el mismo bien jurídico que tuviese el delito incitado, si bien en momentos previos al comienzo de la ejecución de la conducta que lo podría llegar a lesionar, lo que nos obliga a realizar un breve análisis del bien jurídico en los delitos de terrorismo.[8]

Como ya hemos comentado, todos los delitos de terrorismo son delitos generales, cometidos con una finalidad específica. Sin embargo, el bien jurídico tutelado en los delitos de terrorismo es objeto de controversia en la doctrina penalista que se divide en dos grandes grupos.

El primer grupo cree que los delitos de terrorismo no son tipos penales autónomos, sino que lesionan el mismo bien jurídico que el delito general que cualifican. Los partidarios del segundo grupo creen, por su parte, que los delitos de terrorismo son delitos autónomos, considerándolos como pluriofensivos, ya que, si bien lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos individuales como, por ejemplo, la vida, la integridad o la propiedad también hacen lo propio con otros bienes jurídicos supraindividuales.

Entre los autores que entienden que los delitos de terrorismo son pluriofensivos, hay a su vez dos posiciones doctrinales. La de aquellos que consi-

---

más seguridad... o todo lo contrario?". In: CANCIO MELIÁ, Manuel. Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto. Reus, Madrid, 2010. p. 57 y ss.

8. Sobre ser la tipificación de un favorecimiento o incentivo a la comisión de otros delitos, el delito de difusión de contenidos es entendido por la doctrina como un delito de propaganda, pues al favorecer es como se estuviera haciendo una propaganda de dichos delitos. Así explica NÚNEZ CASTAÑO, Elena. Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 66. En ese sentido, también, BESIO HERNANDEZ, Martin. Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados tomo 1. Directora: Mirentxu Corcoy Bidasolo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. p. 877.

deran que los bienes jurídicos lesionados son dos, a saber, el bien jurídico individual, que cambia dependiendo de la concreta conducta realizada, y un único bien jurídico supraindividual e independiente del concreto delito cometido, que vendría dado por el orden público. Y el segundo posicionamiento que considera, también, que lesiona el bien jurídico individual y, pero el bien jurídico supraindividual tutelado cambia de acuerdo con la finalidad terrorista con que es cometido cada delito concreto. Así, estas figuras podrían tener diversos bienes jurídicos dependiendo de la finalidad con que los cometa su autor. Esas finalidades terroristas que, como ya vimos, tras la LO 2/2015 son la de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o la de provocar un estado de terror en la población o parte de ella.[9]

Así, si la finalidad con que el sujeto cometiese un delito terrorista fuese, por ejemplo, la de subvertir el orden constitucional, el bien jurídico supraindividual tutelado sería el propio orden constitucional. Sin embargo, si la conducta del sujeto activo tendiese a desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional el bien jurídico supraindividual tutelado sería el libre y correcto desarrollo de las actividades de dichas entidades.

9. El posicionamiento de que los delitos de terrorismo son el tratamiento agravatorio de los delitos generales es defendido por MUÑOZ CONDE: "tratamiento agravatorio de los delitos comunes: los arts. 572, 573, 574 y 575 establecen, en efecto, una pena distinta, superior a la que corresponde a los delitos de estragos (art. 572,1), incendios (art. 572.1), delitos contra las personas (arts. 572,2 y 3), tenencia, tráfico, depósito de armas, municiones o explosivos (573), otros delitos (art. 574) y delitos contra el patrimonio (art.575), cuando sean cometidos por personas que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con las organizaciones terroristas." In: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Valencia, tirant lo blanch, 2013, p.813. Asimismo GONZÁLES CUSSAC "...poseen dos elementos comunes, a saber: la comisión material y directa de una serie de figuras delictivas , y la finalidad con que se llevan a cabo: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública". In: Tomo VII. Esquemas de derecho penal. Parte especial. Valencia, tirant lo blanch, 2010. p. 404. Como señala ASTACIO CABRERA, Jacquelyne Guadalupe "...Ya que sancionan una serie de acciones que perfectamente son subsumibles en los tipos comunes con distintos bienes jurídicos protegidos. Los hechos cometidos por terroristas son constitutivos de delitos contra la Seguridad del Estado, contra el orden público, contra las personas o contra la propiedad, por lo cual aquéllos bien podrían ser penalmente calificados como rebeldes, sediciosos, autores de desórdenes públicos, asesinos." In: Tratamiento jurídico-penal de la apología al terrorismo. Universidad de Granada, Granada, 2011. p. 323.

El primer posicionamiento, el que cree que tiene el mismo bien jurídico del delito general, presenta una debilidad esencial. No valora que si los delitos de terrorismo no se castigan con la misma pena que los generales es precisamente, porque afectan valores adicionales los que estos delitos protegen. Es por ello, por lo que considero más adecuada la postura adoptada por quienes mantienen que, en realidad, dicha categoría de delitos tutelan, junto a los bienes jurídicos individuales que cada una de sus modalidades viene a proteger otros bienes de titularidad supraindividual comunes a toda la sociedad como podría ser, por ejemplo, el orden constitucional.[10]

Ya entre aquellos que entienden que los delitos de terrorismo son pluriofensivos y lesionan, además del bien jurídico individual, un bien jurídico supraindividual único, está SUÁREZ- MIRA RODRÍGUEZ.[11] Este autor entiende que el bien jurídico supraindividual tutelado en todas las posibles formas de aparición del terrorismo es el orden público, independiente de la finalidad con que el concreto delito terrorismo se hubiese cometido.[12]

Para decir eso, dicho autor se basa que el orden público es la "preservación de los principios, derecho y libertades constitucionales".[13] Así, en un momento inicial, y considerando dicha conceptuación del bien jurídico, puede parecer razonable creer que el bien jurídico supraindividual tutelado en los

10. En ese sentido CAPITA REMENZAL, Mario: "Si bien es cierto, que con las acciones terroristas se lesionan bienes jurídicos individuales, también es cierto, que se lesionan bienes jurídicos colectivos. El legislador, por lo tanto, está protegiendo diferentes bienes jurídicos dentro de los mismo tipos, y ello es así, porque las diferentes actividades terroristas se llevan a cabo de tal forma que vulneran distintos intereses como son, en unos casos, bienes jurídicos de un único individuo, como su vida, su integridad o su libertad, y en otros, bienes comunes a toda la sociedad como el orden constitucional o la paz pública". In: El concepto jurídico de Terrorismo. Los delitos en el Código Penal de 1995, un análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo individual. Getafe, Madrid, 2007. p. 89.

11. Él señala: "El bien jurídico protegido se sitúa en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido como preservación de los principios, derecho y libertades constitucionales." SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramon. In: Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Thomson Reuters, 2011. p. 673 y ss.

12. Tras la reforma realizada en 2010, después de la LO 5/2010 los delitos de terrorismo están ubicados como delitos contra el orden público.

13. SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramon. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Thomson Reuters, 2011. p. 673 y ss.

delitos de terrorismo sea el orden público, pues el terrorismo en general tiene como objetivo herir derechos y libertades constitucionales.[14]

Sin embargo, y a nuestro modo de ver, hay un problema grave en dicha conceptuación.[15] A saber, alude a un bien jurídico delimitado de forma demasiado general, ya que en verdad que cualquier delito previsto en el ordenamiento penal siempre heriá derechos fundamentales, el respeto por la ley o las libertades constitucionales, con lo que en poco o en dada diferenciaría la inclusión de dicho bien jurídico en los delitos de terrorismo a la que se produce en el resto de figuras contenidas en el Código penal. Por ejemplo, en un delito de hurto se hiere el derecho fundamental a la propiedad, en un delito de lesiones se hiere el derecho fundamental de integridad física. Es por ello, por lo que consideramos que el referido bien jurídico alude a un valor amplísimo y mal desarrollado, que cualquier conducta criminal, y no solo las terroristas vendría a afectar, lo que implica el peligro de que cualquier delito pueda llegar a considerarse como terrorista aunque no guarde relación genuina con este fenómeno criminal, lo que resuelta del todo inaceptable en un Estado Democrático de Derecho.[16]

---

14. La conceptuación del orden publico está previsto en la jurisprudencia de forma aún más floja que en la doctrina. Dicho concepto se establece en la STC 19/1985: "la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, son elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática". In: SENTENCIA n. 19/1985 del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en la fecha de 13 de febrero de 1985.

15. Así también señala GONZALES CUSSAC: "...El orden público debe ser interpretado conforme al art. 10,1 CE: los derechos fundamentales y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son su fundamento". In: El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas. Castellon de la Plana, Universitat Jaume, 2005. p. 12.

16. Sobre la criminalización ilimitada señala CANCIO MELIÁ, Manuel (2010), p. 106 y ss.: "por este sector para caracterizar el objeto de protección colectivo abriría, según las voces críticas, las puertas a una criminalización ilimitada". In: CANCIO MELIÁ, Manuel. Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto. Madrid, Reus, 2010. p.106 y ss. En ese sentido MUÑOZ CONDE, Francisco "...con esta definición se puede convertir en delito de terrorismo, con las graves consecuencias penales que ello conlleva, prácticamente cualquier delito grave que se cometa con alguna de esas finalidades, pero también algunos delitos menos graves, cuando por ejemplo se trata de un daño a un equipo informático, tipificado en el art. 264, como la introducción de virus que altere o haga inaccesibles datos informáticos ajenos si se hace con el fin de desestabilizar el funcionamiento de una institución internacional como el Fondo Monetario Internacional como protesta por su abusiva política crediticia con los países más pobres; o cuando, por ejemplo, se acceda sin autorización al sistema

Debido al impasse conceptual que presenta el posicionamiento anterior, la visión que parece más acertada, o con menos posibilidades de malentendidos, es la que considera que los delitos de terrorismo son pluriofensivos, lesionan el bien jurídico individual, pero al mismo tiempo afectan bienes jurídicos supraindividuales distintos de acuerdo con la finalidad cometida.[17]

---

informático (art. 197 bis) de una institución del Gobierno, del Congreso o del Senado, para conocer las cuentas y posibles Cajas B detectando casos de corrupción, pero desestabilizando el funcionamiento de la institución". In: Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 757. En ese sentido QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Tomo III Parte Especial (artículo 319 a DF 7o). Thomson Aranzadi, 2008. p.1124 y ss.

17. En esa línea está QUINTERO OLIVARES: "El bien jurídico penalmente protegido es, por tanto, el orden constitucional y la paz pública (...) La paz pública es así un aspecto de la paz social, que se funda – según el art. 10.1 de la Constitución – en el 'respeto a la ley y los derechos de los demás', en el Estado Social y Democrático de Derecho en que España está constituido, y se atenta contra ella cuando se utilizan medios violentos que por su trascendencia producen su quiebra". In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Tomo III Parte Especial (artículo 319 a DF 7o). Thomson Aranzadi, 2010. p.1124 y ss. En ese mismo sentido sigue GIMENEZ GARCIA: "El bien jurídico tutelado es el 'orden constitucional' o 'paz pública', entendido el primero como la normal y efectiva aplicación y funcionamiento de la Constitución, es decir, la normal actividad de las instituciones públicas, y por el segundo, el estado de tranquilidad y sosiego, la convivencia de los ciudadanos, concepto más amplio y cualitativamente del mero orden publico versus seguridad en la calle (...). Hay que entender la paz social de conformidad con el art. 10,1o de la Constitución, concepto más amplio que la mera seguridad pública". In: GIMENEZ GARCIA, Joaquín. Comentarios al Código Penal. Tomo 5. Coordinador: Jacobo Lópes Barja de Quiroga. 2007. p. 3667 y ss. En ese sentido, también LAMARCA PEREZ (2011): "y llegamos así al análisis de los tipos de terrorismo ubicados en los artículos 572 y ss. del CP. Se trata de tipos pluriofensivos donde de modo inmediato se vulneran bienes jurídicos individuales, como la vida, la libertad, etc., y de modo mediado se protegen los bienes colectivos de defensa del orden constitucional y la paz pública". In: Derecho Penal parte especial. Colex, Madrid, 2011. p. 771. En ese mismo sentido MUÑOZ CONDE (2013): "Aunque todas estas características son sin duda, detectables en el fenómeno terrorista, el concepto dogmático de terrorismo debe al código penal de 1995, cuya novedad más importante fue que establecía de modo expreso la banda armada, organización o grupo terrorista, o el terrorista individual que no pertenece a estos grupos, debía perseguir la finalidad de 'subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública'". In: Derecho Penal parte especial. Valencia, Tirant le Blanch, 2013. P. 843. En ese sentido GARCIA ARÁN y CÓRDOBA RODA: "Los delitos de terrorismo en el CP español mantienen la estructura básica de la punición del terrorismo, a saber: comisión de atentados contra bienes jurídicos básicos protegidos en otros lugares del Código (vida, integridad, seguridad, etc), a los que se añada

En concreto, se afectaría al bien jurídico mantenimiento del orden constitucional cuando se realizase para atentar contra el Estado Democrático de Derecho.[18] Por otra parte, cuando su ejecución tuviese como fin el desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional el bien jurídico tutelado sería el libre y correcto desarrollo de las actividades de dichas entidades.[19] En tercer lugar cuando el delito se cometiese para afectar a la paz publica se tendría que entender que se quería afectar al "...normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana;[20] mientras que finalmente cuando el delito terrorista se cometiese

el elemento subjetivo de la finalidad contra bienes jurídicos supraindividuales que, en el caso español, se concreta en la finalidad de 'subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública'. Comentarios al Código Penal Parte Especial: Tomo II. Madrid, Marcial Pons, 2004. p.2602. En ese sentido también BLANCO LOZANO: "en los delitos de terrorismo, el bien jurídico concretamente protegido no es otro que el orden constitucional y la paz pública. In: Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II. El sistema de la parte especial. Barcelona, J.m. Bosch 2005. p. 681.

18. La subversión del orden constitucional en el entendimiento de NÚNEZ CASTAÑO "significa la destrucción violenta o por medios ilegítimos del Estado Democrático y de sus instituciones". NÚNEZ CASTAÑO, Elena. Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 120.

19. Lo que ya es objeto de critica de la doctrina, que señala que el libre y correcto desarrollo de las actividades de dichas entidades ya estaba prevista dentro del orden constitucional. CANOS PAÑOS: "...Criticable resulta también la extensión del elemento teleológico vinculado a la delincuencia terrorista. Efectivamente, como ya se ha señalado supra, la anterior regulación de los delitos de terrorismo en el texto punitivo vinculaba dicho fenómeno a la consecución de dos objetivos fundamentales: la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz publica. Con la nueva definición del de delito de terrorismo recogida en el art. 573.1 CP, dicho elemento teleológico se amplia, abarcando cuatro finalidades las cuales no hacen sino aumentar la confusión. Así, la alusión que en el núm. 1 del art. 573.1 CP, se hace a suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, no es sino una concreción a todas luces innecesaria de lo que se tradicionalmente se ha entendido como subversión del orden constitucional. In: La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales. Revista General de Derecho Penal 23, 2015. p. 11.

20. Resulta importante resaltar que el concepto de la paz pública es distinto al concepto del orden público. El orden público, como tratado anteriormente, es demasiado amplio y mal fundamentado, conceptuado como la preservación de los principios, derechos y libertades fundamentales, a diferencia de atentar contra la paz pública que es la tentativa de impedir que los ciudadanos ejerzan sus derechos fundamentales, impidiendo que las personas ejerzan sus condiciones básicas para la convivencia ciudadana. Como señala

para provocar un estado de terror en la población o parte de ella, según la doctrina mayoritaria, se estaría afectando, en realidad, también a la paz pública ya que la generación de un estado de terror generar verdadera inseguridad social, al punto que impide – total o parcialmente – el ejercicio libre de las libertades fundamentales del Estado Democrático de Derecho.[21]

Se concluye, entonces, que los delitos de terrorismo que el de difusión de contenidos trata de favorecer, tutelan bienes individuales diferentes (dependiendo del concreto delito que se pueda llegar a incitar) y al mismo tiempo cuatro posibles bienes supraindividuales alternativos que también cambiarán dependiendo de la finalidad con que tales delitos se llegarían a realizar.

2.2 Análisis del tipo delictivo

2.2.1 Tipo Objetivo

El delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo es un delito común, o sea, puede ser cometido por cualquier persona, ya que no exigen necesariamente que su sujeto activo pertenezca a una organización o grupo terrorista, para poder cometerlos.[22]

GONZÁLEZ CUSSAC: "...Esta es una constante en nuestra jurisprudencia desde la STC 199/1987, al definir los delitos de terrorismo como «alteración grave de la paz pública», mediante el empleo de medios destructivos idóneos para atemorizar a la población «con tal intensidad, que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana". Atente que mientras el orden público visa mantener y preservar los principios y libertades fundamentales, la paz pública tutela el ejercicio dè dichos derechos el ejercicio de la vida en sociedad. In: El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas. Castellón de la Plana, Universitat Jame, 2006. p. 13.

21. La generación de un Estado de Terror requiere que el autor tenga la finalidad de crear un estado en que la población deje de ejercer sus libertades garantizadas en el Estado Democrático de Derecho a culpa del terror, lo que no presenta nada de nuevo a las finalidades terroristas, puesto que causar un estado de terror es una de las formas de la alteración de la paz pública. Frente a un estado de terror el objetivo del autor es generar una inseguridad social, impidiendo el ejercicio libre de las libertades fundamentales del Estado democrático de Derecho, exactamente lo mismo que se quiere con el delito cometido con la finalidad de herir la paz pública, como señala la Sentencia 199/1987. En ese sentido señala CAMPO MORENO. "...la finalidad segunda (hablando de la generación del estado de terror) es una clásica entre las finalidades terrorista. Alterar gravemente la paz pública". In: Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: La L.O. 2/2015. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 39.

22. Adoptando el entendimiento de la distinción de delitos comunes y especiales de MUÑOZ CONDE, Francisco (2010): "...Normalmente en el tipo se alude a dicho

La conducta típica prevista es la difusión de contenidos públicamente. Por lo tanto, en un primer momento, se debe aclarar en qué consiste la difusión. Difusión significa según el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: "...1. Extender, esparcir, propagar fisicamente. (...) 4. Propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc." La difusión de contenidos también es conceptuada por la doctrina española como divulgación.[23] O sea, la difusión consiste en la propagación de ideas y, también, puede ser entendida como extender o hacer la emisión de algo (tampoco es necesario una reciprocidad entre quien recibe ese contenido y el emisor).

Sin embargo, para configurar la conducta no es suficiente que el sujeto activo haga la difusión, sino que también se requiere que esa difusión tenga una característica específica, es decir, que sea pública. Para que la difusión se pueda tener por pública es fundamental que sea abierta a otras personas. Son ejemplos de difusión publica de contenidos hacer una publicación en Inter-

sujeto con expresiones impersonales como 'el que' o 'quien'. En estos casos, sujeto activo del delito puede ser cualquiera (delitos comunes) al margen de que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión. (...) En algunos casos la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito. Nos encontramos entonces con los llamados delitos especiales. Sujeto activo de estos delitos sólo puede serlo aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo". In: Manual de Derecho Penal. Parte general. Tirant to Blanch, Valencia, 2010 p. 259.

23. Así señala acerca del delito de calumnia BUENESTADO BARROSO José Luis. Derecho Penal Parte Especial y las consecuencias jurídicas del delito en España. Madrid, Bobok Publishing. S.L., 2011, p. 168. El concepto de difusión también puede ser encontrado en comentarios al articulo 186 del Código Penal, y acerca de ese, es pacificado en la Jurisprudencia Española que la remisión del material pornográfico en la internet queda configurado el delito, así materiales divulgados en la internet pueden ser considerados como difundidos; así señala CLIMENT DURÁ, Carlos. Código Penal. Jurisprudencia Sistematizada. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. p. 1125. La difusión es también definida como divulgación por COLÁS TURÉGANO, Asunción al tratar del delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales del artículo 197 de Código penal. In: Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. Director: José González Cussac. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p.637. El concepto de difusión, además, puede ser visto como anunciar, así señala FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel acerca del artículo 362, bis, del Código Penal. In: Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. Director: José González Cussac. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1075.

net[24] un discurso, una charla en la televisión, un artículo en la prensa, enviar whatsapp etc.

Sin embargo, que la difusión sea abierta a otras personas hace surgir algunas cuestiones. ¿Cuántas personas necesitan tener contacto con el contenido para que exista publicidad? O mejor ¿Cuál es el límite entre la existencia de publicidad y su ausencia? ¿El número de personas que entran en contacto con el material? ¿O el número de personas que podrían eventualmente tener contacto con el material?

Al analizar la publicidad desde el punto de vista del instituto de la provocación se exige que la incitación que dicha forma de participación intentada requiere, que la misma se realice a través de la imprenta, radiodifusión, o cualquier otro medio de eficacia semejante,[25] lo que nos lleva a pensar que solo

24. Aquí se puede considerar también foros en la internet, como señala la SENTENCIA N. 24/2013, en que el acusado difundió contenidos en foros en la internet: "...Tanto en el foro "Al Shumukh Al Islam", como "Ansar Al Mujahideen" se difunden con frecuencia comunicados y videos elaborados por organizaciones terroristas de carácter jihadista, o relacionados con actividades violento-terroristas realizadas por estas organizaciones. Son igualmente empleados con frecuencia como medio, no sólo difusión de ideas o consignas, también para el adoctrinamiento, mutuo reforzamiento y autoafirmación de planteamientos radicales jihadistas de sus usuarios, y en ocasiones de plataforma para la captación y reclutamiento de personas interesadas en la comisión de hechos delictivos de carácter terrorista". In: SENTENCIA N. 24/2013 la AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL: Madrid, en la fecha 12 de Julio de 2013. En ese sentido la jurisprudencia fijada por la SENTENCIA n. 789/2014 del TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL, en la fecha 2 de diciembre de 2014, en que se queda claro que contenidos publicados en una página web abierta al público son considerados difusión pública. Dicha Sentencia, decide un caso en que el reo se dedicaba a difusión de manuales con la ideología yihadista en internet, en una página web abierta a todos y en diversos foros, fue condenado por el antiguo delito de difusión de contenidos (el previsto antes de la reforma por la LO 2/2015): "Se dedica a difundir a través de plataformas de internet, tanto propias como ajenas, todo tipo de documentos y material audiovisual de exaltación de la yihad y de los grupos yihadistas, de la justificación teológica de las acciones terroristas".

25. En ese sentido señala CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN sobre el instituto de la provocación: "Conforme a este texto legal, los medios de la provocación lo son la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad. Esta última expresión – eficacia semejante – comporta el partir de la base que de llevarse a cabo la incitación por la imprenta o la radiodifusión, la incitación será eficaz. Y seguidamente se añade una tercera modalidad, que es la de 'cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad'". Por tal debe entenderse cualquier medio de publicidad, que pueda tener un efecto similar al de la

habrá publicidad, cuando se transmita algún contenido a terceros utilizando un medio idóneo para alcanzar potencialmente a un grupo numeroso e indeterminado de personas, es decir, que no esté dirigido a un solo destinatario ni a unos pocos. Cuando esto suceda habrá una incitación genérica a cometer un delito de terrorismo y es justamente eso lo que dicho delito desea punir, que se cree un riesgo amplio e indeterminado de que alguien pueda ser incitado por el contenido a cometer un delito terrorista.[26]

Entonces, si la difusión del contenido se realiza por un medio inidoneo para llegar a dichos destinatarios no se puede hablar del delito previsto en el 579,1 CP, siendo el hecho, por tanto, ajeno a este delito por ausencia de la publicidad. Por ejemplo, en una página web que tiene acceso restringido a 50 personas, y solo ellas tienen posibilidad de acceder a dicho contenido, no se presentan todos los elementos del tipo objetivo, pues no habrá aquí la indeterminación subjetiva que debe presentar la publicidad. Sin embargo una publicación en

imprenta o la radiodifusión. In: Comentarios al Código Penal. Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. p. 144.

26. En ese sentido señala GARCÍA ARAN Y CORDOBA RODA acerca de la publicidad en la provocación: "...Parece claro que para que puede atribuirse a un medio la cualidad de eficaz conforme al art. 18.1, debe efectuarse un juicio valorativo sobre si este medio puede tener una repercusión semejante a la propia de la imprenta o la radiodifusión, en cuanto a facilitar la publicidad". Comentarios al Código Penal Parte General. Tirant lo Blanch, 2010. p. 143. Así señala la Sentencia 24/2013: "Los hechos a los que nos referimos consisten, en síntesis, en la participación activa, profusa y reiterada en foros con los contenidos más radicales yihadistas y la administración de una página web en la que se cuelgan y se hacen disponibles para su descarga noticias, videos, etc.., del mismo contenido; acciones a través de los que se induce indirectamente al terrorismo; es decir, a través de la que se provocan de forma genérica o se alientan o favorecen la realización de actividades terroristas, lo que sin duda genera un objetivo incremento de riesgo de efectiva comisión de hechos de esta clase". SENTENCIA N. 24/2013 la AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL: Madrid, en la fecha 12 de Julio de 2013. En ese sentido también ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel: "...De conformidad con las previsiones de la Decisión Marco 2008/919/JAI, sanciona (el delito de difusión de contenidos incitadores al terrorismo) las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (...) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir, si bien, tal y como exige la Decisión Marco y el Convenio del Consejo de Europa sobre Terrorismo, tales conductas deberán generar o incrementar un cierto riesgo de comisión de un delito de terrorismo. In: El Código Penal de 1995 y sus posteriores reformas. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 637.

Facebook en abierto estará destinada a un grupo enorme e indefinido, lo que determina la realización objetiva de la publicidad.[27]

Definida la conducta, pasaremos al análisis del objeto material. En el delito de difusión de contenidos públicamente hay dos posibles objetos materiales, los mensajes o las consignas. Un mensaje es un contenido, una comunicación o una idea.[28] Podría ser considerado una difusión pública de un mensaje, por ejemplo, el sujeto activo que escribe en su blog un texto diciendo que el terrorismo es inspirador y que todas las personas deberían afiliarse a la causa

27. Otros ejemplos acerca de medios de publicidad de eficacia semejante son señalados por GARCÍA ARÁN Y CORDOBA RODA: "la acción de colgar una página web en la red informática, dirigir mensajes por internet a una pluralidad de usuarios, o lanzar mensajes con el teléfono móvil al objeto de que sus destinatarios a su vez los remitan a otras personas, constituyen medios que facilitan la publicidad y que pueden tener un efecto similar al de la imprenta o de la radiodifusión. Y otros ejemplo son los de incitar a través de la televisión, de la elaboración y distribución de DVD's o a través de la exhibición de películas cinematográficas". In: Comentarios al Código penal. Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. p. 144.

28. El mensaje es definido por la Real Academia de la Lengua Española como: "1. m. Recado que envía alguien a otra persona. 2. m. Aportación religiosa, moral, intelectual o estética de una persona, doctrina u obra. 3. m. Trasfondo o sentido profundo transmitido por una obra intelectual o artística. 4. m. Comunicación oficial entre el poder legislativo y el ejecutivo, o entre dos asambleas legislativas. 5. m. Comunicación escrita de carácter político social, que una colectividad dirige al monarca o a elevados dignatarios o que estos dirigen a ella.E l mensaje también puede ser entendido por la doctrina penal Española como: "una postura de firmeza en una matéria" como señala GÓRRIZ ROYO, Elena M. in: Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. Director: José González Cussac. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p.501. Es evidente que dicho mensaje tiene que ser clara, a lo mejor, comprensible por los destinatarios. Un ejemplo de mensaje clara es la presentada en la SENTENCIA 24/2013 en que el acusado difundió en algunos foros en la internet mensajes como: "Gente miembros de los foros de la fuerza y negacio· , gente del monotei· - mo y la fe, despertados del suen ¨o que se alegró y llevad armas encima, acechad a los turistas judi· s y cristianos y los ayudantes del sistema tirano, extendeos en los pai· es de occidente ocupante, no les deje· s disfrutar de la seguridad hasta que lo tengamos de verdad en nuestras tierras y se eleva la bandera del monoteísmo encima del Jerusale· ocupado.. Atacad a los que rezan a la cruz, nuestros hombres de los foros como la mercanci· de Dios es el parai· o, la mercanci· de Dios es el parai· o, parai· os del ede· donde corren por debajo ríos, que vais a estar eternos en ellos..." In: SENTENCIA N. 24/2013 la AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL: Madrid, en la fecha 12 de julio de 2013.

terrorista. Una consigna,[29] a diferencia de un mensaje, es una reproducción de una norma de conducta, o, incluso, la divulgación o repetición de un eslogan yihadista.[30] Precisamente por ello, y a nuestro modo de ver, el legislador incurre en una clara redundancia al utilizar ambos conceptos pues una consigna es un mensaje en general, ya que, por ejemplo, si una persona propaga un slogan o consigna por medio de radiodifusión, es evidente, que ello también supondrá que esté difundiendo un mensaje.

La jurisprudencia española reconoce un amplio abanico de posibles contenidos incitadores del terrorismo. Según la Sentencia 789/2014[31] la temática de los contenidos que pueden tener encaje en el comentado delito:

> (...) es amplia y abarca desde discursos y obras de índole puramente doctrinal salafista-yihadista, a vídeos reivindicativos de grupos terroristas, exaltación de 'mártires' (terroristas suicidas), noticias, manuales de formación terrorista (...) Pueden ser contenidos de exaltación a la yihad o que justifiquen de manera lógica las acciones del terrorismo yihadista.

Por lo tanto, los contenidos incitadores del terrorismo pueden ser discursos doctrinales, videos reivindicativos, exaltación del terrorismo yihadista en general o, manuales de formación terrorista.

Independiente de qué tipo de contenido sea, resulta fundamental aclarar qué características comunes habrán de tener dichos mensajes para poder estar presentes en el delito del 579,1 del Código Penal. Para conocer mejor las cualidades necesarias del objeto material se debe conocer que ese delito posee dos

29. Una consigna es definida por La Real Academia de La Lengua Española como: "1. En agrupaciones políticas, sindicales, etc., orden que una persona u organismo dirigente da a los subordinados o afiliados".

30. Acerca de la reproducción del slogan al terrorismo yihadista, se incluye la reproducción de palabras de los considerados grandes líderes de Al Qaida, como por ejemplo reproducir una frase como: "La chispa ha prendido aquí, en Irak, y su fuego continuará creciendo –con el permiso de Alá– hasta que arrase con los ejércitos cruzados en Dabiq", dicha por el Abu Musab a la revista Dabiq, una revista hecha para el enaltecimento del terrorismo y de la fuerza yihadista. In: VILLAREJO, Esteban. Estado Islámico extienden su propaganda para reclutar jóvenes yihadistas en Europa. Madrid, ABC NEWS, 2014. Disponible en: [http://www.abc.es/internacional/20140813/abci-estado- islamico-extiende-propaganda-201408130250.html]. Aceso en: 04 de julio de 2015.

31. TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO PENAL, Sentencia n. 789/2014 en la fecha 2 de diciembre de 2014.

formas comisivas, pues esa distinción va a establecer cuáles serán las características exactas de los mensajes o consignas.

La primera conducta típica se realiza con una difusión de contenidos de un mensaje o consigna con la intención o finalidad de incitar alguien a cometer un delito de terrorismo. Sin embargo, en la segunda modalidad el requisito es que el objeto material de la difusión pública sea idóneo para incitar alguien a comisión de uno de los delitos de terrorismo.

Empezando con la segunda modalidad, la que exige idoneidad del contenido, las cuestiones que surgen son: ¿Qué es un mensaje o consigna idónea a incitar? ¿Además, ese contenido tiene que ser idóneo a incitar a quién? ¿A una persona media o alguien que ya tiene históricos o simpatía por la doctrina yihadista?

Un contenido idóneo para incitar es un contenido que tiene potencial para incitar alguien a algo. La idoneidad debe ser vista como posibilidad real, muy probable de incitación a la comisión del delito, es decir, ese contenido es objetivamente peligroso al ser difundido y, cuando lo es, puede verdaderamente inducir a la comisión de un delito de terrorismo.[32]

Dicho eso, la idoneidad inductora del contenido determina que éste tenga que ser de tal naturaleza, en el caso concreto, como para que se pueda prever

32. La idoneidad es definida por VON LISZT, Franz como: "la posibilidad inmediata". In: Tratado de Derecho Penal, vol II. Madrid, Reus, 1999. p. 289. En ese sentido también BAIGÚN, David que define como: "potencialmente apto para provocar el daño". In: Los delitos de peligro y la prueba del dolo. Montevideo, BdeF, 2007. p. 5. Y en mismo sentido es definido por MERKEL, Adolf como: "la posibilidad más notable". In: Derecho Penal, vol I. Madrid, La España Moderna, 1906. p. 63. También señala RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2012): "un riesgo real de producción de una acción violenta". In: Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. p. 328. La idoneidad aparece también en la doctrina en los delitos de justificación y incitación al terrorismo como requisito para ser punible ese tipo de delitos. En ese sentido RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: "la punición del discurso enaltecedor o justificador del terrorismo sólo sería constitucionalmente legítima si tal discurso implica una incitación directa o indirecta (provocación) dolosa a la realización de actos violentos, dirigida a producirlos, cuando además la conducta enaltecedora tiene un mínimo de idoneidad objetiva para ello (genera, por tanto, un riesgo real de producción de una acción violenta) y la acción a la que se incita se producirá de forma relativamente inminente". In: Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. p. 327 y 328.

desde un punto de vista ex ante que podría llegar a generar la idea en alguno de sus destinatarios de cometer el delito en cuestión, lo que, al encontrarnos ante una conducta que habrá de estar necesariamente dirigida a un colectivo amplio e indeterminado de posibles destinatarios, entre los que, a buen seguro se encontrarán personas propensas a verse seducidos por el discurso difundido, nos ha llevado a entender que bastará con que el contenido en cuestión sea adecuado para incitar a alguno de estos últimos sujetos para que se le pueda considerar como idóneo para inducir y, por tanto, como típico de este delito.[33]

Por otra parte, resulta destacable que la presente figura sancione la realización de una incitación no dirigida específicamente a la comisión de un delito concreto entre los de terrorismo sino de cualquiera de los que se encuentran en dicha categoría de delitos, lo que permitirá que pueda llegar a sancionar conductas de inducción intentada indirecta con respecto a tales figuras.[34]

Por otra parte, en la otra modalidad aquella en que el sujeto actúa con la finalidad de incitar alguien a cometer un delito de terrorismo, parece que tan solo se exigiría que se actúase con la intención de incitar, para poder apreciar su realización, no haciendo falta, por tanto, que el contenido fuese realmente idóneo para incitar.

Sin embargo, y pese a ello, creemos que dicha exigencia está implícitamente contemplada en esta modalidad comisiva. Así se deduce, a nuestro juicio, cuando pensamos en un ejemplo. Si alguien con la finalidad de incitar otro a cometer un delito de terrorismo efectúa la difusión de un contenido absolutamente no idóneo a incitar no hay posibilidad de nadie a ser incitado por el mismo. En estos casos, aunque la conducta posea antijuridicidad formal, es decir, esté en desacuerdo con el ordenamiento jurídico debido a la finalidad con

33. Específicamente sobre el delito de difusión de contenidos terroristas, tenemos el posicionamiento de CAMPO MORENO: "...La idoneidad implica un juicio que nos permite calificar el mensaje o la consigna adecuados y apropiados para mover o estimular a alguien que lo haga o ejecute. Bien entendido que para la punición será suficiente con un juicio abstracto". In: Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: La L.O. 2/2015. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p.75.

34. Importante decir que la incitación directa puede ser entendida de diferentes maneras por la doctrina española. La definición a que me refiero en ese punto es la de concretar un delito especifico. En ese sentido señala GARCÍA ARÁN Y CÓRDOBA RODA: "... cuando se incita a través de un medio público a un conjunto de personas, no parece que el adverbio 'directamente' pueda referirse a los destinatarios de la incitación. El objeto de la incitación lo debe ser la realización de un hecho concreto constitutivo de delito". In: Comentarios al Código Penal parte general. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. p. 143.

que es cometida, no posee antijuridicidad material, es decir, no hay posibilidad alguna de que alguien sea incitado[35] y así, tampoco, hay posibilidad de ofensa al bien jurídico[36] o lo que ROXIN llama de nocividad social.[37]

Habrá que entender entonces que, el tipo objetivo del presente delito, castigará en todo caso al que difunda públicamente (por medio de prensa, Internet, radio), un contenido (mensajes o consignas) que siempre habrá de ser idóneo para incitar alguien a comisión de un delito de terrorismo, siendo innecesario, sin embargo, que su actuación se llegue a concretar en la efectiva ejecución de ningún delito de terrorismo, para poder apreciar su consumación.[38]

---

35. En ese sentido señala MUÑOZ CONDE, Francisco: "Una acción que contradice la norma de manera puramente formal no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijurídica es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuricidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción. La falsificación de la firma de un personaje famoso por puro pasatiempo o la confección de una letra de cambio con fines didácticos, etc., no constituye una acción antijurídica de falsedad documental, ya que el bien jurídico protegido en este delito, la seguridad en el tráfico fiduciario, no se ve afectada por estos hechos." In: Manual de Derecho Penal. Parte general. Tirant to Blanch, Valencia, 2010 p. 301.

36. Sobre la ofensa al bien jurídico y su importancia, lo mantengo porque parto de la concepción de que la función del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, al revés de lo que mantiene JAKOBS (in: Jakobs, Gunther. Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1995, p. 55 y ss.), todavía dentro de la teoría funcionalista del Derecho Penal, que la su función es asegurar la vigencia de la norma, lo que quitaría cualquier de los parámetros limitadores de la criminalización.

37. En ese sentido, también, ROXIN, Claus: "Cabe deducir que la base común en su contenido de la conducta antijurídica, o sea la llamada antijuridicidad material, consiste en la dañosidad o nocividad social de una conducta". In: Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas, Madrid, 1997. p.209. En sentido contrario, defendiendo un derecho penal formal en que basta la norma decir que es antijurídico independiente de otros elementos para su punición, tenemos la postura de JAKOBS, Günther: "Uma conduta é antijurídica, concretamente, (...) quando esta conducta se denomina e se trata como delito". In: A pena estatal: significado e finalidade. Contradição e produção de dor. Göttingen, EDPAL: Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano, 2014. p. 99.

38. Sobre la consumación de los delitos de peligro hipotético señala RODRIGUEZ MONTAÑES "...Ahora bien, la produción o no del resultado de peligro (la concreta puesta en peligro de un bien jurídico en los términos requeridos por los delitos de peligro concreto) es absolutamente irrelevante en todos los casos, tanto en el tipo ob-

Del análisis del tipo objetivo se deriva, por tanto, que el delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo es un delito de mera actividad y de peligro[39] que pune al que simplemente realiza una conducta de incitación pública a la comisión de delitos de terrorismo, pero lo hace de forma idónea o adecuada para poder llegar a producir el resultado que se trataba de prevenir (la inducción al delito); exigencia esta última que define el tipo objetivo de las dos modalidades analizadas[40] y que justamente por ello, nos

jetivo como en el subjetivo. Lo que interesa es la peligrosidad ex ante, como atributo de la acción, y si se da esa peligrosidad ex ante, el que ex post se haya producido o no peligro es algo que ni siquiera ha de ser considerado". Delitos de peligro, dolo y imprudencia. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2004. p. 351.

39. La punción de los delitos de peligro ocurre porque el legislador atribuí mayor relevancia a ese riesgo. En ese sentido CORCOY BIDASOLO. "...el peligro, en cuanto es un concepto extra-penal, es el punto de partida o indicio que debe servir para fundamentar y legitimar la atribución de relevancia penal a un determinado riesgo". Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídicos -penales colectivos. Revista electrónica Crítica Penal, vol 3. Disponible en: [www. criminologiamdp.com.ar/ downloads/criticapenal/numero3/corcoy.pdf]. Consulta en: 05-05-2015. p.16. En ese sentido explica la distinción entre delitos de peligro y delitos de lesión ROXIN, Claus "... Según que el objeto de la acción del tipo deba ser dañado o sólo puesto en peligro en su integridad, se distingue entre delitos de lesión y de peligro. En los delitos de lesión, que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya u hecho consumado; así sucede en los delitos de homicidio, en los delitos de lesiones, en los delitos de daños, etc. En cambio en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción". In: Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas, Madrid, 1997. p. 335. En ese sentido también ESQUINAS VALVERDE, Patricia. "...A diferencia de los delitos de resultado, los delitos de peligro en general solo requieren para su consumación de la creación de un riesgo: el riesgo de que potenciales objetos de la acción sufran una lesión". Lecciones de Derecho Penal Parte general. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p.90. En ese sentido CEREZO MIR, Jose: "En los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la ratio legis, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido". Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. Revista de derecho penal y criminología, 2. Época, n.°10, 2002, p. 47.

40. Entiendo, que si se desconsidera la necesidad de la idoneidad del objetivo material em algunas de las modalidades, hay una ampliación absurda, inadmisible y incompatible con el Estado Democrático de Derecho, en que empezaríamos a punir por un delito que ni podría llegar a herir el bien jurídico tutelado en cuestión.

obliga a entender que las dos contemplan verdaderos delitos de peligro hipotético.[41]

2.2.2 Tipo Subjetivo

El delito de difusión de contenidos, en su redacción actual, admite, como ya hemos dicho, dos modalidades comisivas: en la primera prevé que la difusión del contenido esté acompañada de la finalidad de incitar otras personas a comisión de delitos terroristas. En la segunda modalidad no hace falta la comentada finalidad.

Además de presentar las mismas características en el tipo objetivo, en el tipo subjetivo ambas presentan elementos similares. A saber, las dos modalidades comisivas son dolosas, es decir, en las dos el sujeto sabe y quiere publicar contenidos idóneos a incitar a comisión de delitos de terrorismo. Hay, entonces, dolo de difundir dicho contenido públicamente que abarca todos los elementos del tipo objetivo, con lo que si falta el conocimiento de alguno de los elementos (como por ejemplo, no conocía que el contenido difundido era idóneo) o el querer difundir un contenido idóneo a incitar, el hecho sería atípico.

Ahora bien, mientras que la modalidad que no exige la finalidad de incitar se podrá apreciar por el mero hecho de que quien realice la difusión del contenido peligroso, lo haga abarcando en su dolo la posible producción de la inducción, la que sí que exige dicha finalidad introduce con ello un especial elemento subjetivo del injusto en su injusto,[42] que hace que el mismo solo se

41. Son clasificados con nomas distintos como señala HIRSCH, Hans Joachim. "...Es cierto que en la actualidad se habla de delitos de idoneidad (Eignungsdelikte), delitos de peligrosidad (Gefährlichkeitsdelikte) y delitos de puesta en peligro potencial (potentielle Gefährdungsdelikte)." Sistemática y límites de los delitos de peligro. Revista Latinoamericana de Derecho, Año V, núm. 9-10, enero-diciembre de 2008, p. 158. Su conceptuación es señalada por TORIO LOPEZ "...se habla de delitos de peligro hipotético, en los que la conducta sí es apta para producir un peligro al bien jurídico, esto es, no basta la simple constatación de que la conducta del sujeto activo se encuentra amoldada a la descripción típica, sino que es preciso constatar que en ese caso hay posibilidad (aptitud) para producir el peligro". In: Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). 1981. p. 825 y ss.

42. En ese sentido aclara MIR PUIG, Santiago. "...El conocer y querer la realización del tipo – el dolo típico- integra necesariamente la parte subjetiva del tipo doloso, que normalmente no precisa más. Pero en ocasiones la ley requiere que, además, concur-

pueda apreciar si se comete con la intención real de alcanzar dicho resultado.[43] El sujeto activo tendrá, por tanto, que querer convencer a sus destinatarios para que cometa alguno de los delitos de entre los de terrorismo, por más que, como ya dicho, no haga falta que llegue a conseguirlo, para poder apreciar la completa realización de esta modalidad comisiva.

En cualquier caso, ha de señalarse que no debe olvidarse que si el difusor no posee intención alguna de incitar a nadie, el hecho no siempre dejará por ello de poder ser típico, ya que siempre podría pasar a ser castigado, atendiendo a lo establecido en la otra modalidad delictiva, cuando lo hubiese hecho simplemente sabiendo que podía producir dicho resultado, por más que no quisiera ocasionarlo, lo que nos lleva a considerar que esta última modalidad comisiva se presenta, en realidad, como una forma subsidiaria de la primera, que amplia el ámbito típico de este delito hasta llevarlo a un punto en que el mismo plantea serios problemas a la hora de responder a las más básicas exigencias derivadas de los principios de proporcionalidad e intervención mínima.

3. LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS INCITADORES DEL TERRORISMO COMO DELITO DIFERENTE DE LA PROVOCACIÓN EN LOS DELITOS DE TERRORISMO (579, 2 CP)

Adoptando la, ya expuesta, premisa que el delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo castiga al que intenta incentivar a otros a ser autor de alguno de estos delitos ¿podríamos entender que el delito de difusión de contenidos es una forma de tipificar la ya existente provocación de dichos delitos? O sea, ¿Es una forma de provocación más? ¿Estaria el legislador ampliando los tipos penales a una conduta que ya es punible?

El instituto de la provocación está previsto en el artículo 18.1 del CÓDIGO PENAL, en el apartado 1:

---

ras en el autor otros elementos subjetivos para la realización del tipo (...). Elementos subjetivos constituidos por una 'tendencia interna trascendente' esto es, por una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico". Derecho Penal. Parte General. Reppertor, Barcelona, 2010. p. 280 y ss.

43. Así explica ROXIN, Claus. "...En los delitos de intención se incluyen tipos en los que la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo, p.ej. a la apropiación en el hurto, al engaño en el tráfico jurídico en la falsedad documental o a dañar la saludo en el envenenamiento. En los tipos muy frecuentes de este grupo se habla también de delitos con tendencia interna trascendente." In: Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas, Madrid, 1997. p. 317.

> (...) La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, la perpetración de un delito.

La provocación pune al que invita o incita alguien a cometer un delito,[44] sin que haya necesidad que el incitador empiece a ejecutar los actos ejecutivos del delito o que el incitado decida por la comisión de dicho delito. Justamente por ello, por no ser necesario el inicio de la ejecución del delito, es considerado como un acto preparatorio punible.[45]

Los requisitos para que exista provocación son varios. El primero es que dicha incitación debe ocurrir a través de cualquier medio público masivo (imprenta, la radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante).[46] En segun-

---

44. Explica que tiene como intención punir al que: "incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. REBOLLO VARGAS, Rafael. La provocación y la apología en el nuevo código penal. Valencia, Tirant lo Blanch Monografias, 1997. p. 59. De acuerdo con ese posicionamiento señala QUINTANAR DÍEZ Y ORTIZ NAVARRO (2014) "...existe cuando directamente se incita, por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito". Elemento de Derecho Penal Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. p. 127. En ese sentido, también, GARCIA ARAN Y CORDOBA RODA "...La conducta es la de incitar directamente a la perpetración de un delito. Incitar es estimular o mover a otro para que ejecute una cosa. Incitar equivale pues a inducir". In: Comentarios al Código Penal Parte General. Tirant lo Blanch, 2010. p. 143. En las palabras de MUÑOZ CONDE. "...hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito; pero quien decir y domina la realización del mismo es el inducido". Manual de Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 443.

45. En España en general los actos preparatorios no son punibles. Hay dos excepciones a dicha regla, la primera cuando hay previsión por el legislador que un acto preparatorio es punible, como el delito de asociación ilícita, en que se pune el asociarse para cometer otro delito. O cuando expresamente previsto para algunos delitos la provocación, proposición o conspiración. En ese sentido MORENO-TORRES HERRERA "...Los actos preparatorios son punibles en dos grupos de casos: 1o) Cuando el legislador prevé expresamente que un acto preparatorio (de otro delito) debe ser un delito en sí. 2o) Cuando respecto de algunos delitos (muy graves) el legislador considera punibles (arts. 17 y 18 CP) la conspiración, la proposición y la provocación para cometerlos o su apología. In: Lecciones de Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 78.

46. En ese sentido señala CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN sobre el instituto de la provocación: "Conforme a este texto legal, los medios de la provocación lo son la

do lugar, debe darse una incitación directa[47] a la comisión de un delito, es decir, el agente debe realizar una actuación tendente a generar la idea de cometer un delito concreto en aquel al que se dirige. Se hace necesario también la presencia de la idoneidad de la provocación, idoneidad que requerirá que se verifique la presencia desde un punto de vista ex ante que podría llegar a generar la idea de comisión del delito en concreto en alguno de sus destinatarios. Además, se exigirá la voluntad y conciencia de provocar, es decir, que el dolo del agente abarque la incitación. No hará falta, sin embargo y como ya hemos señalado, que la conducta del agente llegue efectivamente a provocar que uno de sus posibles destinatarios se convenza por lo comunicado y menos aún que llegue a realizar el delito que se le pidió que cometiese,[48] bastando con que el

imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad. Esta última expresión – eficacia semejante – comporta el partir de la base que de llevarse a cabo la incitación por la imprenta o la radiodifusión, la incitación será eficaz. Y seguidamente se añade una tercera modalidad, que es la de 'cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad'. Por tal debe entenderse cualquier medio de publicidad, que pueda tener un efecto similar al de la imprenta o la radiodifusión. (...) La provocación requiere que el sujeto haya practicado todos los actos de ejecución de la incitación, que debieran producir como resultado el que la persona provocada perpetre el delito. Es pues, necesario que la palabra o la imagen haya sido emitida y haya llegado al conocimiento de sus destinatarios; pero no es necesario el que éstos tomen la resolución de perpetrar el delito, ni por supuesto que lo lleven a cabo". In: Comentarios al Código Penal. Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. p. 144 y 145.

47. Así señala GARCÍA ARÁN Y CÓRDOBA RODA: "El adverbio 'directamente' aparece referido aquí a la 'perpetración de un delito', a diferencia del art. 28.a) en el que dicho adverbio guarda relación con la persona inducida – 'inducir directamente a otro u otros a ejecutarlo'. Además, si la provocación existe cuando se incita a través de un medio público a un conjunto de personas, no parece que el adverbio 'directamente' pueda referirse a los destinatarios de la incitación. El objeto de la incitación lo debe ser la realización de un hecho concreto constitutivo de delito". In: Comentarios al Código Penal parte general. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. p.143. En ese sentido, también ORTS BEREGUER Y GONZÁLES CUSSAC: "la provocación ha de dirigirse a la realización de uno o varios hechos delictivos concretos, no siendo suficiente una invitación genérica a delinquir". In: Compendio de Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014. p. 267.

48. En ese sentido GARCÍA ARÁN Y CÓRDOBA RODA: "...La provocación requiere que el sujeto haya practicado todos los actos de ejecución de la incitación, que debieran producir como resultado el que la persona provocada perpetre el delito. Es pues, necesario que la palabra o la imagen haya sido emitida y haya llegado al conocimiento de sus destinatarios; pero no es necesario el que éstos tomen la resolución de

provocador tenga realizados todos los actos que componen la provocación, para poder considerarla como penalmente relevante.

Como fácilmente se puede comprobar, la provocación, es expresamente castigada cuando se realiza en relación a los delitos de terrorismo (art. 579,3 CP), presenta importantes puntos en común con la figura que hemos analizado con anterioridad, lo que nos obliga a tener que plantearnos, si en realidad, la introducción de esta nueva figura (la de difusión de contenidos incitadores del terrorismo del art. 579,1 CP), no sería redundante con la comentada forma de participación intentada careciendo, por tanto, su creación de cualquier sentido y utilidad.

En la comparación entre la provocación en los delitos de terrorismo y el delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo vemos que, desde el primer momento, se detectan múltiples elementos comunes entre ellos. A saber, la provocación pune al que por determinados medios de repercusión masiva intenta provocar a alguien a la comisión de un delito y, como ya hemos demostrado, la conducta prevista en el art. 579,1 del Código Penal, también, castiga al sujeto que incita a otra persona, a través de la difusión pública masiva, a comisión de uno de los delitos del Capítulo de Terrorismo. Además, en ambos resulta necesaria la idoneidad del mensaje divulgado. También, tanto en la provocación como en el delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo no se requiere el inicio de la ejecución del delito incitado para darle relevancia penal al acto de incitación intentado.

Sin embargo, en un análisis con más profundidad se pueden apreciar algunas discrepancias entre los dos institutos, como trataremos a continuación.

La provocación, como ya hemos indicado, tiene que ser directa, o sea, que el provocador tiene que pretender provocar exactamente un delito concreto, sin embargo el delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo, en las dos modalidades, no necesita concretar un delito, sino que es suficiente que con que se trate de motivar una clase de delitos, los de terrorismo en general.[49]

En la provocación debe haber dolo directo de provocar a alguien a comisión del delito, con lo que el provocador tendrá que actuar con un dolo que abarque

perpetrar el delito, ni por supuesto que lo lleven a cabo". In: Comentarios al Código Penal. Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. p. 145.

49. Lo que es objeto de crítica por la doctrina española, como señala MUÑOZ CONDE: "Este nuevo precepto puede ser aún más inconstitucional por no referirse a personas concretas" in: Derecho Penal Parte Especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 770.

la efectiva generación de la idea de cometer delitos en el provocado.[50] Sin embargo, y como ya vimos anteriormente, el autor en el delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo no siempre tiene que actuar con intención o dolo directo de inducir, ya que este delito también contempla una posible modalidad comisiva que permite castigar al que difunda un contenido peligroso simplemente sabiendo que dicho efecto se podría llegar a producir como consecuencia de su acción, por más que lo haga sin querer llegar efectivamente a ocasionarlo, lo que nos obliga a entender que dicha modalidad presenta un requisito menos para su imputación que la provocación.

De ello, se deduce que, si bien en muchos puntos hay correlación entre la provocación y el delito de difusión de contenido, también hay importantes diferencias que hacen que este nuevo delito contemple una figura mucho más amplia que aquella que se podría castigar como una simple forma de provocación en los delitos de terrorismo.

Habrá que entender, en consecuencia, que el delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo no es en realidad un acto de participación intentada en los delitos de terrorismo, sino un delito autónomo, que agrega al ordenamiento una punición en una conducta más amplia que el instituto de la provocación al no exigir que se tenga que incitar directamente a cometer un delito específico y abrir las puertas a que se pueda apreciar su realización aunque quien la ejecute no lo haga con un verdadero dolo directo de incitar a sus posibles destinatarios.

4. CONCLUSIONES

El delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo castiga un favorecimiento al terrorismo pues no tipifica la realización de un acto terrorista específico, sino actuaciones que pueden llevar a alguien a cometer eventualmente una acción terrorista. En concreto, castiga, no al que comete un acto terrorista, tampoco al que se integra o colabora con una organización terrorista, sino al que con una difusión de contenido de forma pública podría incentivar a alguien a cometer cualquier de los delitos de terrorismo. Este hecho es el que nos ha llevado a plantearnos si en realidad, no vendría a castigar

50. En ese sentido GARCÍA ARÁN Y CORDOBA RODA: "La provocación requiere la existencia de una voluntad y conciencia referida a la parte objetiva de la acción de provocar. En otras palabras, el sujeto debe saber y querer que emite una palabra o imagen para que otras personas cometan un delito". In: Comentarios al Código Penal. Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. p. 145.

nuevamente conductas que ya estaban sancionadas como modalidades de provocación; forma de participación intentada con la que la figura ahora analizada tiene, sin lugar a dudas, muchos elementos en común.

Sin embargo, y pese a todas estas diferencias, consideramos que hay dos elementos distintivos básicos entre el instituto de la provocación y dicho delito. En primer lugar, que el delito de difusión de contenidos, a diferencia de la provocación, no exige que se tienda a incitar a cometer un concreto delito, pudiendo a apreciarse cuando se trate de promover, de forma general, cualquiera de los delitos de terrorismo,; mientras que, por otra parte, contempla una modalidad comisiva que permite castigar los actos instigadores que contempla, aun cuando éstos no se hayan realizado con dolo directo o intención de llegar a inducir de forma efectiva a sus destinatarios, algo que resulta completamente ajeno a la provocación.

Todo ello nos lleva a considerar que el delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo es una figura que presenta algunas características únicas en dicha materia y da lugar a una notable ampliación de la punición de las conductas meramente preparatorias de los verdaderos actos terroristas. Supone un paso más en la tendencia legislativa supuestamente preventiva que caracteriza a la lucha contra el terrorismo yihadista, aunque sea dudable la idoneidad es es tipo de tipificación para "eliminar estes enimigos", es decir, de que realmente sirva para prevenir estos delitos.

Es por ello, por lo que, desde un punto de vista político criminal, podríamos repensar, o hasta meditar, ¿es realmente el derecho penal la mejor manera de contener el terrorismo yihadista? ¿Es la ampliación de la tutela penal y el aumento del ejercicio del poder punitivo estatal la mejor manera en el Estado Democrático de Derecho de frenar el terrorismo? Sin embargo, cuestiones complejas como esas podrán ser objeto de estudio en un próximo trabajo.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ GARCIA, Francisco Javier. *Sobre el principio de la legalidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel. *El Código Penal de 1995 y sus posteriores reformas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

ASTACIO CABRERA, Jacquelyne Guadalupe. *Tratamiento jurídico-penal de la apología al terrorismo.* Universidad de Granada, Granada, 2011.

BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo.* Montevideo, BdeF, 2007.

BESIO HERNANDEZ, Martin. *Derecho Penal Parte Especial.* Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados tomo I. Directora: Mirentxu Corcoy Bidasolo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BLANCO LOZANO. *Tratado de Derecho Penal Español.* Tomo II. El sistema de la parte especial. Barcelona, J.M. Bosch, 2013.

BUENESTADO BARROSO, Jose Luis. *Derecho Penal Parte Especial y las consecuencias jurídicas del delito en España.* Madrid, Bobok Publishing, S.L, 2011.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal.* Atlas, São Paulo, 2015.

CAMPO MORENO, Juan Carlos. *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo:* La L.O. 2/2015. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura* típica e injusto. Reus, Madrid, 2010.

CANO PAÑOS. *La reforma penal de los delitos de Terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales.* Granada, Revista General de Derecho Penal, 23, 2015.

CAPITA REMEZAL, Mario. *El concepto jurídico de Terrorismo. Los delitos en el Código Penal de 1995, un análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo individual.* Getafe, Madrid, 2007.

CARBONELL. *Islamismo Yihadista: radicalización y contraradicalización.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

CEREZO MIR, Jose. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2. Época, n. ° 10, 2002.

CLIMENT DURÁ, Carlos. *Código Penal. Jurisprudencia Sistematizada.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. p. 1125.

COLÁS TURÉGANO, Asunción. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015.* Director: José González Cussac. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

CORCOY BIDASOLO, Miretxu. Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídicos-penales colectivos. *Revista electrónica Crítica Penal,* vol. 3, 2013.

CORCOY BIDASOLO, Miretxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos- penales supraindividuales:* nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *Lecciones de Derecho Penal Parte general.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015.* Director: José González Cussac. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

GARCÍA ARÁN Y CORDOBA RODA. *Comentarios al Código Penal.* Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

GARCÍA ARÁN Y CÓRDOBA RODA. *Comentarios al Código Penal.* Parte Especial: Tomo II. Madrid, Marcial Pons, 2004.

GIMENEZ GARCIA, Joaquín. *Comentarios al Código Penal.* Tomo 5, Coordinador: Jacobo López Barja de Quiroga, 2007.

GONZÁLES CUSSAC. *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo VII. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

GONZÁLES CUSSAC. *El derecho penal frente al terrorismo.* Cuestiones y perspectivas. Castellon de la Plana, Universitat Jaume, 2005.

GÓRRIZ ROYO, Elena M. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015.* Director: José González Cussac. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. *Revista Latinoamericana de Derecho,* Año V, núm. 9-10, enero-diciembre de 2008.

JAKOBS, Günther. *A pena estatal: significado e finalidade. Contradição e produção de dor.* Göttingen, EDPAL: Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano, 2014.

KINDHÄUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal.* Barcelona, InDret: Revista para el análisis del derecho, 2009.

LAMARCA PEREZ, Carmen. *Derecho Penal.* Parte General. Colex, Madrid, 2011.

MERKEL, Adolf. *Derecho Penal,* vol I. Madrid, La España Moderna, 1906.

MIR PUIG, Santiago. *Manual de Derecho Penal.* Parte general. Reppertor, Barcelona, 2010.

MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Comentario al Código penal:* reforma LO 5/2010. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MORENO-TORRES HERRERA. *Lecciones de Derecho Penal.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de Derecho Penal.* Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

_____. _____. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

NÚNEZ CASTAÑO, Elena. *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

NÚNEZ CASTAÑO, Elena. *Análisis de las reformas penales. Presente y Futuro.* Director Francisco Muñoz Conde. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

ORTS BEREGUER Y GONZÁLES CUSSAC. *Compendio de Derecho Penal.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal.* Tomo III, Parte Especial (artículo 319 a DF 7o). Thomson Aranzadi, 2008.

QUINTANAR DÍEZ Y ORTIZ NAVARRO. *Elemento de Derecho Penal.* Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

REBOLLO VARGAS, Rafael. *La provocación y la apología en el nuevo código penal.* Valencia, Tirant lo Blanch Monografias, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal.* Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo y imprudencia.* Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2004.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito:* una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal.* Tomo II. Parte Especial. Thomson Reuters, 2011.

TORIO LOPEZ, Ángel. *Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto).* 1981.

TORRES SORIANO. *El eco del terror. Ideología y propaganda en el terrorismo yihadista.* Madrid, PYV, 2015.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA. *Código Penal Comentado.* Actualizado por las leyes orgánicas: 1/2015, de 30 de Marzo y 2/2015, de 30 de Marzo. Barcelona, Atelier, 2015.

VILLAREJO, Esteban. *Estado Islámico extienden su propaganda para reclutar jóvenes yihadistas en Europa.* Madrid, ABC NEWS, 2014.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal,* vol II. Madrid, Reus, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O Estado Islâmico e os atentados terroristas em Paris – tristezas, incertezas e suas ligações com o crime organizado, de Rodrigo Carneiro Gomes – *RT* 963/293-307 (DTR\2016\188);
- Terrorismo: uma aproximação conceitual, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCRim* 115/195-219 (DTR\2015\11452); e
- Terroristas y debido proceso: el derecho a un debido proceso para los presuntos terroristas detenidos en la Bahía de Guantánamo, de Kai Ambos e Annika Maleen Poschadel – *RBCCrim* 108/223-256 (DTR\2014\9535).

Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira)

Penal protection of assets managed by a third person in the financial system (a brief comparative of the German, Portuguese and Italian infidelity with the Brazilian fraudulent management)

Marcelo Almeida Ruivo

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Pesquisador convidado no Max-Planck--Institut für ausländisches und internationales Strafrecht em Freiburg im Breisgau, Alemanha (2009, 2011-2012, 2014 e 2016). Professor de Direito Penal das Faculdades de Direito do IPA (Porto Alegre) e da Ulbra (Torres).
marceloaruivo@gmail.com

Recebido em: 24.05.2016
Aprovado em: 11.07.2016
Última versão autor: 09.08.2016

Área do Direito: Penal; Internacional; Financeiro e Econômico

Resumo: Há diferentes formas de tutelar o patrimônio administrado por terceiro no âmbito do sistema financeiro, que decorrem das tradições dogmáticas e opções político-criminais de distintos países. O presente artigo compara o direito penal alemão, português, italiano e brasileiro a respeito da descrição do fato proibido, do bem jurídico e sua titularidade e da técnica de tutela. Por fim, identifica diretrizes dogmáticas e político-criminais capazes de orientar a análise jurídico-penal dos diversos modelos.

Abstract: There are different forms of protection of the property managed in the financial system, arising from the theoretical traditions and criminal policy options of different countries. This article compares the German, Portuguese, Italian and Brazilian criminal law regarding the description of the forbidden fact, the legal good and its ownership and protection technique. Finally, identifies theoretical and political-criminal guidelines able to direct the criminal legal analysis of the various models.

Ruivo, Marcelo Almeida. Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 127. ano 25. p. 111-132. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão fraudulenta - Infidelidade patrimonial - Bem jurídico - Patrimônio - Sistema financeiro.

KEYWORDS: Fraudulent management - Patrimonial infidelity - Legal good - Property - Financial system.

SUMÁRIO: 1. Introdução ao problema. 1.1 A economia financeira e a tutela penal do patrimônio administrado por terceiro. 1.2 Características do fenômeno criminológico. 2. Os ordenamentos dos países europeus. 2.1 Alemanha. 2.2 Portugal. 2.3 Itália. 2.3.1 O modelo geral da infidelidade patrimonial (art. 2634, CC). 2.3.2 O modelo subsidiário e específico da gestione infedele (art. 167, Testo único). 3. As particularidades do modelo brasileiro quanto ao bem jurídico supraindividual e à técnica de tutela do perigo abstrato. 3.1 A lei dos Crimes contra a Economia Popular de 1951. 3.2 A lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional de 1986. 4. Conclusões. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO AO PROBLEMA

1.1 A economia financeira e a tutela penal do patrimônio administrado por terceiro

É notável a contemporânea conscientização a respeito da importância do sistema financeiro nacional e global na realidade econômica, bem como do relevante papel que a atividade regulatória e punitiva estatal desempenha.[1] O amplo processo de "financeirização econômica"[2] não é recente, haja vista que a economia financeira já adquiriu autonomia relativa e superou o crescimento da economia real de onde se origina. Grande parte da riqueza na atualidade está acumulada na forma de valores financeiros, que, no plano microeconômico, assumem papel imprescindível ao viabilizar uma gama de negócios da vida cotidiana e, no âmbito macroeconômico, ao sustentar e financiar a atividade produtiva.[3]

1. Sobre o papel regulamentador para a eficiência dos mercados, ALEXANDRE; MARTINS; ANDRADE; CASTRO; BAÇÃO. *Crise financeira internacional*, p. 104 e 110. Especificamente quanto à intervenção penal do Estado, ver outros autores em RUIVO. *Criminalidade financeira*, p. 15 e ss., especialmente, p. 21.
2. Sobre isso, CHESNAIS. *A mundialização do Capital*, p. 29; DUPONT. *Dictionnaire des risqué*, p. 325; ALTVATER. "Uma nova arquitetura financeira", p. 89 e 101 e, no direito penal, PEDRAZZI. "La riforma dei reati contro il património", p. 351; MARINUCCI; DOLCINI. *Corso di diritto penale*, 2001, v. 1, p. 550; FOFFANI. "Escándalos económicos", p. 34; FOFFANI. "'Sicurezza' dei mercati e del risparmio", p. 1922; RUIVO. *Criminalidade financeira...*, Cit., p. 16-18.
3. Eventualmente, FOFFANI. "Le fattispecie di infedeltà patrimoniale", p. 336; FOFFANI. "Art.167 Gestione infedele", nm. 1, p. 685.

RUIVO, Marcelo Almeida. Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 127. ano 25. p. 111-132. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

Esse cenário é reconhecido na reprovação penal da infidelidade e de fraudes nos procedimentos de concessão de crédito em diversos países,[4] mesmo assima temática é ainda pouco investigada sob o prisma comparativo. Os crimes de infidelidade e de fraude na administração patrimonial no espaço de atuação financeiro apresentam diferentes elementos constitutivos, finalidades e âmbitos de proteção, de acordo com as distintas descrições ilícito-típicas e as culturas jurídico-penais, das quais são expressão positiva. Em especial, enfoca-se o núcleo e o fundamento primeiro de existir da incriminação, nomeadamente o conteúdo tutelado na norma penal. Com isso também se afere a adequação contemporânea da doutrina da exclusiva proteção do bem jurídico neste centro problemático. Bem se sabe que o processo de desenvolvimento e de afirmação histórica do bem jurídico-penal não transcorre sem evidenciar uma série de oposições oriundas de variadas orientações penais, proponentes da ampliação dos limites do ilícito. Os chamados crimes especiais, nos quais o destinatário da norma manifesta um especial dever com o bem jurídico, costumam ser convocados como argumento crítico à capacidade de resposta do bem jurídico.

Em síntese, há dois pontos de partida para a compreensão do ilícito e do direito penal. Um deles de conteúdo axiológico, que propõe o estudo do âmbito antropológico de reconhecimento e de interação com o valor.[5] Desde esse diagnóstico, realiza a identificação da relação antropológica de cuidado para evitar situações ofensivas (cuidado-de-perigo), bem como das condutas que ofendem de modo insuportável essa relação.[6] Tais elementos serviriam de base para a constituição do ilícito, o delineamento do âmbito de proteção penal e, portanto, para a criminalização da conduta.

Outro de cunho sociológico, que prefere a descrição do funcionamento de obrigações e expectativas sociais, de onde decorreria a imposição jurídica

4. Apenas a título de exemplo, pode ser referido na Alemanha, KINDHÄUSER. "§266 Untreue", 2010, nm. 77, p. 1969; FISCHER. "§266 Untreue", 2012, p. 1959 e, na Itália, FOFFANI. "L'infedeltà patrimoniale", 1995, p. 457; FOFFANI. *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi*, 1997, p. 531; FOFFANI. "Art.167 Gestione infedele"... Cit., p. 685-690.

5. Ainda que admitindo não apenas valores pessoais, como também interesses, DIAS. *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2007, p. 114 e COSTA. *Noções fundamentais de direito penal*, 2012, p. 179. E, exatamente como aqui defendido, no Brasil, D'AVILA. "Aproximação à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo", 2009, p. 21, 29-30.

6. COSTA. *Noções fundamentais*... Op. cit., p. 20 e 173-174; D'AVILA. "Aproximação à teoria da..." Op. cit, p. 23 e ss.

de deveres e a afirmação jurídica das expectativas.[7] Momento marcante desse entendimento encontra-se no direito penal nacional-socialista, quando foi defendida a noção do "crime como lesão de dever"[8] no sentido de uma proposta superadora do "direito penal do bem jurídico do passado" pelo "direito penal da traição e do princípio do modo de pensar".[9] No final do século passado, ocorreu a renovação de algum interesse por esse modo de conceber o ilícito. O fenômeno criminológico caraterístico dos crimes de infidelidade patrimonial – no qual a lealdade do administrador para com o titular do patrimônio administrado – é tomado como alicerce para incriminações. Defende-se a hipertrofia do valor lealdade informacional[10] – mesmo em detrimento do patrimônio – para se concluir não propriamente por um crime vinculado de ofensa ao patrimônio, mas por um crime de dever.[11]

Aqui o objeto de estudo extrapola os limites pontuais da parte especial, manifestando relação essencial com o núcleo da doutrina geral do direito penal e mesmo ao fundamento do ordenamento penal. Para além da análise e interpretação da legislação nacional comparada, este estudo almeja a reflexão sobre traços comuns do fenômeno criminológico e de semelhantes juízos axiológicos acerca do desvalor do fenômeno em diferentes ordens jurídicas. A partir disso, busca diretrizes dogmáticas e político-criminais capazes de servir como fio condutor da análise jurídico-penal dos modelos de incriminação dos diversos países.

1.2 Características do fenômeno criminológico

A infidelidade patrimonial em geral caracteriza-se pela existência de um(a) administrador patrimonial – responsável pela gestão de bens e direitos de terceiro, afastado da administração desses – em razão de lei, contrato ou encargo,[12] que (b) viola a confiança que lhe concederam,[13] (c) ao praticar conduta

7. JAKOBS. *Strafrecht*, nm. 3-8, p. 35-38 e, sem deixar de referir a importância do bem jurídico e da pena como defensora da norma de tutela do bem jurídico, KINDHÄUSER. "Logik des Verbrechensaufbaus", p. 84.
8. SCHAFFSTEIN. "Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?", p. 105.
9. SCHAFFSTEIN. *Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 11.
10. Em sentido crítico RUIVO. *Criminalidade financeira, cit.*, p. 103-105.
11. Contrários à substituição da tutela de bens jurídicos pela tutela de deveres, GRECO. *Lebendiges und Totes in Fuerbachs Straftheorie*, p. 353; MARTINS. "Der Begriff des Interesses", p. 257-258.
12. FOFFANI, „Art.167 Gestione infedele", cit., p. 685.
13. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD; "§266 Untreue", nm. 1, p. 576; JOECKS, "§266 Untreue", n. 1, p. 651.

RUIVO, Marcelo Almeida. Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 127. ano 25. p. 111-132. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

que ofende objetos patrimoniais, colocados sob sua esfera de decisão administrativa[14] acerca do melhor rumo a ser empreendido. Alguns consideram ser um "crime de relação", no qual o acesso do autor do delito ao patrimônio depende de prévia permissão dada pela vítima.[15] Todavia o fenômeno em questão não se restringe aos casos nos quais a vítima institui a pessoa do administrador e assim se funda uma relação personalíssima. Há situações – cada vez mais frequentes – em que o administrador, embora goze de confiança, não se encontra numa relação personalíssima, senão formal empresarial ou imposta pela lei, *v.g.*, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Importa especialmente a infidelidade na gestão patrimonial ocorrida no âmbito do mercado financeiro, mediante a conduta de administrador de patrimônios e interesses patrimoniais de terceiros, capacitado para trabalhar com intermediação financeira.

Enfoca-se, particularmente, alguns elementos dogmáticos, nomeadamente (a) a descrição do fenômeno ou fato proibido, bem como a razão manifestada para a criminalização, (b) o bem jurídico tutelado, (c) a titularidade do bem jurídico e (d) a técnica de tutela do ilícito-típico. A análise restringir-se-á o seu campo de atenção aos ordenamentos alemão, português, italiano[16] e brasileiro.

2. OS ORDENAMENTOS DOS PAÍSES EUROPEUS

2.1 Alemanha

O crime de infidelidade (*Untreue*) disposto no § 266 do Código Penal alemão (StGB)[17] possui uma longa tradição jurídica de discussão doutrinal

14. KINDHÄUSER. "§266 Untreue", 2010, nm. 43, p. 1952.

15. NELLES. *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, p. 5.

16. A escolha dos três países, entre outros possíveis, não foi aleatória. O estudo do direito penal alemão justifica-se em razão das reconhecidas amplitude e profundidade científicas dedicadas à questão. A investigação do direito penal português assenta-se na inevitável proximidade histórico-cultural que o país europeu mantém com o Brasil. A atenção ao direito penal italiano funda-se na semelhança da disciplina legal da tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro.

17. "§ 266 Untreue – (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis

acerca dos elementos estruturais e dos limites de interpretação.[18] A redação legal é bastante abrangente de modo a abarcar amplíssima variedade de condutas ofensivas ao patrimônio, independente das peculiaridades do campo de inserção[19].

O crime de infidelidade patrimonial alemão apresenta duas espécies delitivas, na primeira parte do ilícito-típico, na forma de tipo de abuso (*Missbrauchstabestand*) e, na segunda, na qualidade de tipo de quebra da fidelidade (*Treubruchstabestand*).[20] Entende-se pelo tipo de abuso, a conduta daquele que excede a disponibilidade que tem sobre o patrimônio de outros ou o dever que tem diante do patrimônio de outras pessoas físicas ou jurídicas, em razão da lei, encargo oficial (*behördlichen Auftrag*) ou negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) concedente de autorização (*eingeräumte Befugnis*).[21] O tipo de quebra de

---

zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) *§ 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend*". Em espanhol, segundo a tradução de Luis Rojas "El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le hay impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa" (ROJAS. "El tipo de administración desleal", p. 139).

18. A reflexão sobre o crime de infidelidade na doutrina alemã remonta, ao menos, a segunda metade do século XIX, tendo como exemplo o escrito de Merkel de 1867 em que leva cabo a análise da infidelidade em conjunto com o crime de estelionato (*Betrug*), MERKEL. *Lehre von Strafbaren Betruge*, 1867. E, portanto, não é por menos que tenha servido de inspiração para a tutela de bens em outras ordens jurídicas em outras ordens jurídicas, por exemplo, Portugal e, ainda mais, ostensivamente Colômbia.

19. São cobertos pelo mesmo ilícito de infidelidade patrimonial, por exemplo, a contabilidade paralela ou "caixa 2" (*Schwarze Kasse*) da empresa e as doações para financiamento de partidos políticos (*Perteinspendenverfahren*), sobre isso ver DIERLAMM. "Untreue §266", respectivamente, nm. 244-249 e 250-258, p. 627-629 e 214-218, p. 629-631. Para uma lista de atividades que a jurisprudência reconhece e nega a responsabilidade penal por infidelidade, ver FISCHER. "§266 Untreue", respectivamente, nm. 48 e 49, p. 1949-1952 e 1952-1953.

20. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. "§266 Untreue", Op. cit., nm. 1, 13 e 23, p. 576, 579 e 582; KÜHL. "§266 Untreue", nm. 5 e 9, p. 1298 e 1301; FISCHER. "§266 Untreue", Op. cit., nm. 6, 9 e 33, p. 1937, 1938 e 1945; DIERLAMM. "Untreue §266", nm. 32 e 161, p. 563 e 600.

21. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD; "§266 Untreue", Op. cit., nm. 13, p. 579; FISCHER. "§266 Untreue", cit., n. 9, p. 1938.

fidelidade consiste na lesão do interesse patrimonial de terceiro, praticada por aquele que apresenta poder de atuação, estando obrigado a defender os interesses, por força de lei, encargo oficial (*behördlichen Auftrag*), negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) ou relação de fidelidade impositiva de dever.[22]

Trata-se de delito inserido na tipologia clássica dos crimes contra o patrimônio[23] com especial destaque não apenas para o patrimônio concretamente em si, mas também para os interesses patrimoniais. O conceito de patrimônio é compreendido conforme a doutrina jurídico-econômica, segundo a qual o patrimônio não se restringe apenas aos efetivos direitos do titular, mas também inclui "sólidas expectativas" econômicas, que são reconhecidas pelo direito.[24] Certo é que o problema da definição do conceito perde consideravelmente relevância no caso em questão, dado que só interessa aquele patrimônio afeito ao sistema financeiro. Por outro lado, o abuso da fidelidade e quebra da confiança são apenas os meios de lesar o patrimônio, de modo que os valores fidelidade e confiança não alcançam reconhecimento a título de bem jurídico tutelado.[25]

A técnica de tutela adotada para a proteção do conteúdo de tutela é a tradicional dos delitos de lesão ao bem jurídico, constando o resultado "prejuízo ao patrimônio" como imprescindível para a configuração do crime.[26] Os chamados negócios de risco – ainda que tragam prejuízo ao patrimônio – não caracterizam por si só algum abuso de confiança ou quebra do dever de fidelidade. Pois o risco é inerente à atividade em questão, expressando-se na amplitude

22. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD; "§266 Untreue", Op. cit., nm. 23, p. 582; FISCHER. "§266 Untreue", cit., nm. 33, p. 1945.

23. Encontra-se o patrimônio (*Vermögen*) como o único bem jurídico tutelado na decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE, v. 126, p. 170) e do Tribunal Federal Alemão (BGHSt, v. 14, 1960, p. 47; BGHSt v. 43, 1998, p. 297), assim como é destacado pela majoritária doutrina HEFENDEHL. *Vermögensgefährdung*, p. 82; MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. "§266 Untreue", Op. cit., nm. 1, p. 576; SCHÜNEMANN. "§266 Untreue", nm. 28, p. 25; PERRON. "§266 Untreue", nm. 1, p. 2428; FISCHER. "§266 Untreue", cit., nm. 2, p. 1936; JOECKS. "§266 Untreue", nm. 2, p. 651; DIERLAMM. "Untreue §266", Op. cit., nm. 1, p. 445.

24. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. "§266 Untreue", cit., nm. 2, p. 576.

25. HEFENDEHL. *Vermögensgefährdung*, p. 82; MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. "§266 Untreue", Op. cit., n. 1, p. 576.

26. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. "§ 266 Untreue", Op. cit., n. 3 e 40, p. 576 e 587; KÜHL. "§266 Untreue", Op. cit., n. 16, p. 1305; DIERLAMM. "Untreue §266", Op. cit., n. 2 e 201, p. 553 e 613.

das variáveis a considerar e igualmente na necessidade de decidir dentro do âmbito daquilo que está em conformidade ao dever.[27]

A violação do dever indicativa da relevância penal do prejuízo patrimonial depende do fato do gestor ter realizado atos fora do âmbito do risco juridicamente permitido para tal atividade.[28] Igualmente não há relevância penal no dano ao patrimônio se o gestor praticar uma conduta que não exceda o risco considerado aceitável, mesmo que trate de uma situação na qual se percebe a insuficiência ou a até inexistência de concretos limites do seu círculo de dever (*Pflichtenkreis*).[29]

Especificamente, no caso de financiamento de investimentos, há diretrizes basilares a orientar a conduta dos titulares do poder de decisão nos processos para a concessão de crédito por bancos ou caixas de poupança, o que os obriga a executar a avaliação do risco do empréstimo. Caso intencional ou negligentemente não venham a cumprir com o dever bancário de informação e comprovação (*bankübliche Informations- und Prüfungspflicht*) dos dados essenciais apresentados pelo solicitante do crédito, causam a lesão ao dever de fidelidade (*Treupflichtverletzung*).[30] Isso não quer dizer que toda operação de "concessão problemática de crédito" signifique por si só infidelidade, de modo que mesmo com a concretização da perda posterior, nem sempre se estará diante de um indício de concessão do crédito com violação do dever.[31] Mesmo assim, a doutrina majoritária afirma ser desnecessário a prova de que a violação do dever de fidelidade seja grave para a realização do tipo.[32]

O Tribunal Superior alemão elencou os casos de violação do dever de fidelidade relacionados à concessão de crédito: (1) negligência com o dever de in-

27. Assim, BGH, v. 46, p. 34 e, no mesmo sentido, KINDHÄUSER. "§ 266 Untreue", 2010, n. 77, p. 1969.

28. FISCHER. "§266 Untreue", n. 63 e 64, p. 1957. Argumenta Kühl – com base na decisão do BGHSt v. 417, p. 84 cujo dispositivo dispõe sinteticamente ser o negócio de risco contrário ao dever (*Pflichtswidrig*) toda vez que "não observa o enquadramento estabelecido para si" – não se poder justificar o abuso diante de uma situação que não carateriza a quebra do dever" (KÜHL. "§266 Untreue", Op. cit., n. 7, p. 1300).

29. Assim, vasta doutrina, por exemplo, ROSE. "Die strafrechtliche Relevanz von Risikogeschäften", 2005, p. 289, para maiores detalhes, ver KÜHL. "§266 Untreue", n. 7, p. 1300.

30. FISCHER. "§266 Untreue", Op. cit., n. 48 e 71, p. 1950 e 1959. Nessse sentido, BGHSt, v. 46, p. 32 e v. 47, p. 152.

31. FISCHER. "§266 Untreue", Op. cit., n. 70, p. 1959.

32. FISCHER. "§266 Untreue", Op. cit., n. 64, p. 1957.

formação; (2) atuação fora do âmbito de decisão autorizado ou de uso próprio; (3) transgressão dos limites máximos para a concessão de crédito; (4) ações de ocultação ou falsas informações diante da corresponsabilidade ou órgão de controle e vigilância; (5) ação consciente contra o cuidado comercial diante do risco de perda incrementado extraordinariamente.[33]

Nas operações de concessão de crédito significativamente arriscadas, os limites do risco aceitável para as instituições de crédito devem ser observados segundo os parâmetros estabelecidos na Lei sobre o Sistema de Crédito (*Gesetz über das Kreditwesen – KWG*) para assegurar liquidez e evitar a perda do próprio capital, respectivamente nos §§ 11 e 10 do KWG. Deve ser observado, por fim, ainda quando inexistir limitação legal específica acerca do risco permitido para a realização do negócio, que a operação jamais pode assumir um patamar de risco tão alto, de modo a colocarem perigo mesmo a continuidade da existência da instituição financeira.[34]

2.2 Portugal

O Código Penal português estipula o crime de infidelidade patrimonial no art. 224, com tipologia descritiva do ilícito não muito distante da expressão alemã.[35] Consta, no ponto número 34 da Exposição de Motivos do Código, que se trata de crime, cuja finalidade é proibir situações em que não existe "a intenção de apropriação material, mas tão só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial". A fonte inspiradora, segundo o dizer da Comissão de Revisão do Código Penal de 1996, teria sido o antigo art. 159 (*Ungetreue Geschäftsbesorgung*) do Código Penal suíço na versão anterior a 1995.[36] Visou-se uma formulação

33. BGHSt v. 46, p. 32. Sobre isso, ver FISCHER. "§266 Untreue", Op. cit., n. 71, p. 1959.

34. FISCHER. "§266 Untreue", Op. cit., n. 67a, p. 1958.

35. "Artigo 224.º – Infidelidade. 1 – Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2 – A tentativa é punível. 3 – O procedimento criminal depende de queixa. 4 – É correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 206.º e na alínea a) do artigo 207º."

36. Atualmente, o mesmo crime encontra-se com a redação ampliada e recebeu a renumeração de artigo 158 e assim dispõe "Art. 158 – *Ungetreue Geschäftsbesorgung* – 1. Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt

típica mais ampla que os limites estabelecidos tanto pelo crime de *Untreue* do § 266 do StGB alemão, quanto o crime de *Untreue* do § 153 do StGB austríaco.

A doutrina portuguesa é clara ao identificar o patrimônio, vislumbrado numa especial relação de confiança fática, como o bem jurídico tutelado.[37] É por isso que se afirma textualmente que o crime não objetiva também "a proteção do bem jurídico fidelidade ou lealdade pessoal".[38] Na condição de vítima da conduta ofensiva, apresenta-se aquele titular direto do interesse patrimonial ofendido,[39] o que indica um bem jurídico individual.

Apesar de não se encontrar atenção doutrinal especialmente dedicada ao tema, a descrição do ilícito permite concluir que o crime de infidelidade português é apto para tutelar bens jurídicos patrimoniais envolvidos em relações do sistema financeiro. Relações em que nomeadamente o gestor desfruta de autonomia[40] e especial confiança por parte daquele que está afastado da gestão do seu patrimônio estão incluídas nos conceitos de "dispor" e "fiscalizar" ou, em síntese, "administrar". Ademais, entende-se o conceito de "interesses patrimoniais" com amplitude suficiente para abarcar para além dos bens móveis ou imóveis, também os "direitos de crédito" e as "expectativas juridicamente fundadas".[41]

A técnica de tutela adotada para a proteção do bem jurídico patrimônio é a própria do crime de dano, sendo exigível para a consumação do delito que

---

oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Wer als Geschäftsführer ohne Auftrag gleich handelt, wird mit der gleichen Strafe belegt. Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden. 2. Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. 3. Die ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt".

37. CARVALHO. "Art. 224 infidelidade", § 5.º, p. 364; ALBUQUERQUE. "Artigo 224º Infidelidade", n. 2, p. 698.

38. CARVALHO. "Art. 224 infidelidade", Op. cit., § 5.º, p. 364.

39. Na jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa, encontra-se mesmo o acórdão que considerou num caso de infidelidade na gestão de uma sociedade empresarial que o patrimônio ofendido era da própria sociedade e não propriamente dos respectivos sócios (TRL, de 22.09.2005 in CJ, XXX, 5, 41), assim em ALBUQUERQUE. "Artigo 224º Infidelidade", Op. cit., n. 2, p. 698.

40. Bem salienta a doutrina a fundamentalidade da autonomia do gestor que provoca a vulnerabilidade do gerido, CARVALHO. "Art. 224 infidelidade", Op. cit., § 9.º, p. 366.

41. CARVALHO. "Art. 224 infidelidade", Op. cit., § 11, p. 366.

se configure o "prejuízo patrimonial importante" aos titulares dos interesses patrimoniais, tanto na forma de diminuição dos ativos, como também por meio do incremento do passivo patrimonial.[42] Basta observar a literalidade da redação do ilícito-típico para visualizar que não está protegido o bem jurídico diante de eventuais graves perigos de dano.

Questão interessante, que deve ser salientada, diz respeito ao duplo critério, com dimensões objetivo-subjetivas, utilizado pelo direito português para determinar quando o prejuízo é importante. A dimensão objetiva orienta que se deve visualizar o "prejuízo em termos absolutos" e a dimensão subjetiva reporta qual a importância desse fato na vida particular da vítima.[43]

Caso fosse apenas considerada parte objetiva do ilícito, a administração de baixa qualidade técnica ou má administração dos recursos causadora de prejuízo importante seria suficiente para a realização do tipo, contudo é preciso enfrentar o tipo subjetivo. O tipo subjetivo exige que o gestor efetivamente tenha apresentado intencionalidade gravemente violadora dos seus deveres para causar o prejuízo o que encaminha duas consequências hermenêuticas. A primeira afasta os referidos casos de baixa qualidade técnica da gestão, vez que a observação criminológica demonstra que, nesses casos, o objetivo final do administrador é propriamente o sucesso da gestão em proveito do titular do patrimônio, todavia emprega os meios incorretos para tanto.

A segunda indica que, em razão da amplitude da redação do ilícito, são proibidas todas aquelas condutas em que o gestor demonstra especial finalidade de beneficiamento pessoal ou de outra pessoa, o que caraterizaria o elemento subjetivo especial próprio dos crimes de intenção.

2.3 Itália

2.3.1 O modelo geral da infidelidade patrimonial (art. 2634, CC)

A ordem jurídico-penal italiana passou a atender a proposta doutrinal de reprimir a conduta do gestor que administra o patrimônio de terceiro de modo infiel ou mediante o abuso da confiança em si depositada depois da reforma do Código Civil de 2002,[44] o que já era previsto como crime em outras ordens

42. CARVALHO. "Art. 224 infidelidade", Op. cit., § 12, p. 367.

43. CARVALHO. "Art. 224 infidelidade", Op. cit., § 12, p. 367.

44. Consta, hoje, no Capítulo IV do título XI "*Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*" do Código Civil italiano com a seguinte redação o "Art. 2634 *Infedeltà patrimoniale – Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con*

penais europeias.[45] A razão da incriminação *Infedeltà patrimoniale* no art. 2634 do CC é mais percebida na necessidade sistemática de suprir a insuficiente tutela que, propriamente, em decorrência do esforço de aproximação e harmonização legislativa entre países.[46]

O bem jurídico protegido é tanto o "patrimônio social" na sua complexidade, quanto também visto na perspectiva singular do "sócio individual", o qual possui o direito de propor o início da ação penal.[47] A proteção é alcançada por meio da técnica de tutela do crime de dano ao bem jurídico, de modo que o crime consuma-se com a ofensa efetivamente lesiva ao patrimônio, quando praticada em situação que simultaneamente ocorre a "violação do dever de fidelidade".[48]

A lesão refere-se à "diminuição ou privação do complexo de valores" que perfazem o patrimônio na verificação "presente" e no enfoque "futuro" como "dano emergente" e "lucros cessantes".[49] Dessa forma, a doutrina afirma não bastar a constatação do "perigo concreto" de ocorrência do resultado, pois, se eventualmente o perigo bastasse, traria significativa dificuldade na identificação do nexo de causação entre o ato de disposição e o dano patrimonial, especificamente naquelas hipóteses cujo dano é decorrente de uma "errônea política da empresa".[50]

2.3.2 *O modelo subsidiário e específico da* gestione infedele *(art. 167, Testo único)*

O âmbito de proteção penal no ordenamento italiano especializa-se por meio do crime de "gestão infiel" do art. 167 do Decreto legislativo 58/1998,[51]

---

la reclusione da sei mesi a tre anni. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale. In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa".

45. Sobre isso PEDRAZZI. "Gli abusi del patrimonio sociale", 1953, p. 537-538. Recentemente, RUGGIERO. "fattispecie di infedeltà patrimoniale", p. 1368.
46. RUGGIERO. "fattispecie di infedeltà patrimoniale", Op. cit., p. 1368.
47. RUGGIERO. "fattispecie di infedeltà patrimoniale", Op. cit., p. 1369-1370.
48. RUGGIERO. "fattispecie di infedeltà patrimoniale", Op. cit., p. 1369 e 1373-1374.
49. RUGGIERO. "fattispecie di infedeltà patrimoniale", Op. cit., p. 1374.
50. RUGGIERO. "fattispecie di infedeltà patrimoniale", Op. cit., p. 1374.
51. A gestão infiel no âmbito da intermediação financeira está prevista no "Testo único das disposições em matéria de intermediação financeira" especificamente no "*Art. 167 Gestione infedele 1. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nella prestazione del servizio di gestione di portafogli di investimento su base individuale o del servizio*

que, aliás, é o que sobretudo importa para o propósito do presente estudo comparado. O foco desse dispositivo são aquelas gestões de patrimônio adstritas às hipóteses de intermediação financeira.[52]

Trata-se de um ilícito expressamente previsto como subsidiário, dirigido aos casos em que a conduta não realize crime de maior gravidade, conforme a locução legal "*salvo che il fatto constituisca reato più grave*". Isto é, o âmbito de tutela do crime de *gestione infidele* em conjunto com o do crime de *confunsione di património* (art. 158)[53] formam um espaço de proteção subsidiário, cuja finalidade é intervir penalmente nas hipóteses em que a conduta desvaliosa não realizar os crimes de *truffa*[54] e *appropriazione indebita*[55] do Código Penal italiano.[56]

---

di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, pone in essere operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire dieci milioni a lire duecento milioni".

52. FOFFANI. "Le fattispecie di infedeltà patrimoniale", cit., p. 355.

53. "*Art.168. Confusione di património 1. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nell'esercizio di servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, ovvero nella custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide di un OICR, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viola le disposizioni concernenti la separazione patrimoniale arrecando danno agli investitori, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire dieci milioni a lire duecento milioni".*

54. O estelionato ou burla (*truffa*) enquadra-se no Título XIII dos "Crimes contra o patrimônio", Capítulo 2 relativo àqueles cometidos mediante fraude com a seguinte redação "*Art. 640 Truffa. Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a se' o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, e' punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 51 € a 1032 €. La pena e' della reclusione da uno a cinque anni e della multa da 309 € a 1549 €: 1) se il fatto e' commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare; 2) se il fatto e' commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'Autorita'. Il delitto e' punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante (1). (1) Comma aggiunto dalla L. 24 novembre 1981, n. 689".*

55. A apropriação indébita (*Appropriazione indebita*) enquadra-se no Título XIII dos "Crimes contra o patrimônio", Capítulo 2 relativo àqueles cometidos mediante fraude com a seguinte redação "*Art. 646 Appropriazione indébita. Chiunque, per procurare a se' o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, e' punito, a querela della persona offesa con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a lire due milioni. Se il fatto e' commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario, la pena e' aumentata. Si procede d'ufficio se ricorre la circostanza indicata nel capoverso precedente o taluna delle circostanze indicate nel n. 11 dell'articolo 61".*

56. FOFFANI. "Art.167 Gestione infedele", cit., n. 3, p. 686. Para fins comparativos, especificamente no sentido que interessa à gestão fraudulenta brasileira, pode-se também

A especificidade da incriminação justifica-se, segundo a doutrina, em razão da complexidade e da "peculiaridade" do campo inserção, o que requer um instrumental apto à satisfatória tutela.[57] Para isso, a redação típica assenta-se sobre três elementos fundamentais – os dois primeiros, objetivos, e o terceiro, subjetivo: (1) a "*violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse*", (2) a "*operazioni che arrecano danno agli investitori*" e (3) a intenção "*al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto*".

O núcleo material, que determina objetivamente a conduta proibida, encontra-se no conceito de "*operazione*". Conceito esse reconhecidamente "amplo e genérico", mas supostamente destinado a excluir "comportamentos meramente omissivos" e determinar os contornos do ilícito "eventualmente habitual".[58] Todavia, fenomenologicamente é possível que apenas uma única operação possa causar dano a um ou mais investidores inexistindo impedimento da redação do ilícito para verificar nesse caso a realização típica.[59]

---

destacar o novo crime de *false comunicazioni sociali* do art. 2621 do Código Civil italiano, "*Art. 2621 – False comunicazioni sociali – Salvo quanto previsto dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino a due anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento. In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta. Nei casi previsti dai commi terzo e quarto, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa.*"

57. FOFFANI. "Le fattispecie di infedeltà patrimoniale", cit., p. 336-337.
58. FOFFANI. "Le fattispecie di infedeltà patrimoniale", cit., p. 360 e, depois, FOFFANI. "Art.167 Gestione infedele", cit., n. 2, p. 687.
59. FOFFANI. "Art.167 Gestione infedele", cit., n. 2, p. 687.

Isso porque o bem jurídico tutelado é a "poupança" (*risparmio*) com expressa relevância na Constituição italiana[60] e inquestionável essencialidade na economia contemporânea.[61] A doutrina apresenta a gestão infiel como um crime com titularidade supraindividual do bem jurídico, destinado a proteger tanto a poupança "individual", quanto "coletiva" da clientela da instituição que realiza a intermediação financeira.[62]

A técnica de tutela adotada pelo legislador para a proteção do patrimônio é a do crime de dano, sendo exigível, portanto, a ofensa ao patrimônio investido na operação por meio da desvalorização dos montantes aplicados ou mesmo da obtenção de um lucro menor que poderia ser obtido naturalmente com outra operação claramente mais vantajosa (*lucrus cessant*).[63] Deve-se notar que a taxatividade da redação do crime impede a responsabilização penal do gestor pela desvaliosa exposição do patrimônio a perigo de dano, em que pese a existência de manifestação de *lege ferenda* de parte da doutrina em sentido da necessidade de punição da ofensa de perigo.[64]

O desinteresse legislativo por antecipação da tutela do patrimônio a fim de cobrir situações de perigo tem na sua base duas razões de diferentes naturezas, nomeadamente a dificuldade técnica de acertamento do resultado de perigo no dinamismo complexo do sistema financeiro e a perplexidade político-criminal mediante tão somente a introdução do crime de infidelidade.[65]

3. AS PARTICULARIDADES DO MODELO BRASILEIRO QUANTO AO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL E À TÉCNICA DE TUTELA DO PERIGO ABSTRATO

3.1 A lei dos Crimes contra a Economia Popular de 1951

A Lei dos Crimes contra a Economia Popular nº 1521/1951 foi a primeira a tratar de modo específico sobre o problema da tutela do patrimônio no

60. Consta no art. 47 da Constituição italiana "*Art. 47 – La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese*" (grifou-se).

61. FOFFANI. "Art.167 Gestione infedele", cit., n. 1, p. 685.

62. FOFFANI. "Art.167 Gestione infedele", cit, n. 2 e 5, p. 686 e 687.

63. FOFFANI. "Art.167 Gestione infedele", cit., n. 3, p. 687.

64. FOFFANI. *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi*, cit., 1997, p. 531.

65. FOFFANI. "Art.167 Gestione infedele", cit., n. 3, p. 687.

mercado financeiro. Estabelecia os crimes de gestão fraudulenta e temerária no art. 3.º, IX,[66] o qual nomeava exaustivamente todas as empresas entendidas como instituições financeiras. O bem jurídico tutelado era o patrimônio individual dos titulares da sociedade, protegido por meio da técnica de tutela do crime de dano.

Essa concepção político-criminal não se manteve na legislação posterior, em razão de quatro pontos críticos. Primeiro, o catálogo exaustivo de empresas tendia a uma rápida desatualização diante da velocidade das mudanças do mercado financeiro e, consequentemente, impedia a responsabilização penal por atos semelhantes em termos de desvalor, praticados em empresas diversas daquelas taxativamente previstas.

Segundo, pretendia-se ampliar a proteção dos valores caros ao sistema financeiro, de modo a vencer os limites do bem jurídico individual patrimônio. Terceiro, considerando-se a dinâmica do mundo financeiro e os significativos riscos de crise econômica por contágio, compreendeu-se necessário reconhecer desvalor insuportável já no perigo de dano ao patrimônio. Quarto, entendeu-se que a moldura penal era insuficiente para a justa reprovação da conduta ofensiva aos valores do mundo financeiro, imprescindíveis para a economia na atualidade.

3.2 A lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional de 1986

A proposição da Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, teve como objetivos primeiros a intensificação e a especificação da repressão penal de condutas ofensivas realizadas neste âmbito econômico. Previu dois crimes de gestão perigosa ao patrimônio no art. 4.º, *caput* e parágrafo único, respectivamente a gestão fraudulenta e temerária.[67]

---

66. "Art. 3º. São também crimes desta natureza: IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados; Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros".

67. "Art. 4º – Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

A diferença substancial entre a gestão temerária e a fraudulenta funda-se na tutela exclusiva do patrimônio na gestão temerária (art. 4.°, parágrafo único), ao passo que se tutela dois bens jurídicos em níveis diferentes de proteção na gestão fraudulenta (art. 4.°, *caput*).

Defende-se a "verdade e a transparência" das informações[68] prestadas pela instituição financeira ao público e aos órgãos de fiscalização e controle do sistema financeiro por meio da técnica de proteção do crime de dano.[69] A gestão fraudulenta em relação à gestão temerária significa a extensão da proteção patrimonial, que reconhece outro valor imprescindível para o resguardo do patrimônio neste âmbito de interação econômica. Protege, portanto, igualmente o patrimônio dos usuários do sistema financeiro, em uma clara dimensão supraindividual, do perigo de lesão.[70] Isto é, a proteção dos valores verdade e transparência ocorre apenas como meio de antecipação da tutela penal do patrimônio.

4. CONCLUSÕES

É possível destacar algumas conclusões a partir do estudo realizado. Primeiro, os modelos incriminatórios adotados nas quatro redações analisadas pode ser divididos em dois grupos, que igualmente fundam-se na proteção do bem jurídico patrimônio. A infidelidade alemã apresenta profundas semelhanças com a infidelidade portuguesa nos elementos típicos e na amplitude da cobertura, ao passo que o crime de *gestione infidele* italiano e o de gestão fraudulenta brasileiro indicam a preocupação específica com a tutela do patrimônio no sistema financeiro.

Segundo, os valores tutelados pela legislação brasileira são mais amplos que aqueles protegidos nas outras legislações. O crime de gestão fraudulenta

68. Semelhante é a preocupação dos penalistas europeus que elaboraram o projeto de harmonização da legislação penal europeia em matéria de crimes econômicos, destacando a "veracidade e integridade da informação societária de conteúdo econômico" como um dos três bens jurídicos estruturais do projeto dos chamados "eurodelitos", assim FOFFANI. "Escándalos económicos", p. 34.

69. RUIVO. *Criminalidade financeira*, cit., p. 108; RUIVO. "Brevíssimas observações sobre a gestão fraudulenta na AP 470/STF", p. 13.

70. RUIVO. *Criminalidade financeira*, cit., p. 108-109; RUIVO. "Brevíssimas observações sobre a gestão fraudulenta na AP 470/STF", cit., p. 13; MATANZAZ. "A relevância criminal da gestão fraudulenta", p. 738. Em sentido muito próximo, MALAN. "Bem jurídico tutelado pela lei 7.492/1986", p. 779 e 784.

RUIVO, Marcelo Almeida. Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 127. ano 25. p. 111-132. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

de instituições financeiras defende, em um primeiro momento, a verdade e a transparência da gestão, lesadas pela fraude, o que não alcança correspondência nos delitos de infidelidade, uma vez que não estão subscritos à tipologia dos crimes de fraude, mas, sim, de abuso de confiança.

Também o patrimônio protegido manifesta titularidade supraindividual na gestão fraudulenta, de modo a abarcar o patrimônio da sociedade, sócios, investidores e dos usuários do sistema financeiro. A formulação mais próxima à brasileira é novamente a da *gestione infedele* italiana, mesmo que essa proteja somente o patrimônio dos investidores individuais ou coletivos. Já os valores fidelidade, confiança e lealdade não alcançam tutela penal nos crimes de infidelidade alemão, português e italiano, bem como o patrimônio – na redação alemã e portuguesa – têm apenas titularidade individual, na forma do patrimônio da sociedade ou dos seus sócios.

Terceiro, evidencia-se que a técnica de tutela do crime de gestão fraudulenta é mais protetiva do patrimônio que a dos crimes de infidelidade. Os crimes de infidelidade têm como regra a descrição na forma de um crime de resultado danoso, dado que requerem a lesão ao bem jurídico para a sua consumação. Por outro lado, na gestão fraudulenta, a mera colocação do patrimônio em perigo caracteriza a ofensa significativa para a consumação do crime. Aliás, a incriminação brasileira adota especificamente a técnica de tutela do crime de perigo abstrato.

Quarto, não é correta a associação dos crimes de perigo abstrato aos crimes de mera desobediência à lei, sem qualquer produção do resultado ofensivo. Ao contrário, cabe à acusação provar todos os elementos da descrição do ilícito-típico, *v.g.* a conduta, o nexo de causalidade e o resultado de perigo abstrato de dano. Trata-se de uma exigência decorrente da legalidade e do conceito constitucional de crime como ofensa a bens jurídicos.

Por fim, os resultados obtidos com a pesquisa jurídica não permitem afirmar categoricamente qual seria o eventual melhor modelo. Existem argumentos político-criminais válidos tanto no sentido da maior, quanto da menor intervenção penal na liberdade do gestor, o que demanda a análise e ponderação específica entre a preservação do patrimônio e a proteção da liberdade. Além do mais, a indicação científica sobre a maior adequação e eficiência de algum modelo exige pesquisa empírica criminológica acerca do particular tratamento dado ao fenômeno em cada sistema penal.[71]

71. Sobre os limites científicos da pesquisa em direito penal, RUIVO. "Diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal", 2016, p. 329.

5. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. "Artigo 224° Infidelidade". *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2. ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 698-700.

ALEXANDRE, Fernando; MARTINS, Ives Gandra; ANDRADE, João de Sousa; CASTRO, Paulo Rabello de; BAÇÃO, Pedro. *Crise financeira internacional*, Coimbra: Imprensa da universidade, 2007.

ALTVATER, Elmar. "Uma nova arquitetura financeira ou o bem-público global da estabilidade financeira". *Globalização e justiça II*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Américo Taipa de. "Art. 224 infidelidade". In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Comentário conimbricense do código penal. Parte especial, artigos 202 a 307*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, v. 2, p. 362-372.

CHESNAIS, François. *A mundialização do Capital*. Tradução Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã Editora, 1996.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

D'AVILA, Fabio. "Aproximação à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2009, v. 80, p. 7-34.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*. t. I., 2. ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007.

DIERLAMM. "Untreue §266" In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 263 – *358 StGB*. 2. ed. München: Beck, 2014, v. 5, p. 547-652.

DUPONT, Yves. *Dictionnaire des risque*. Paris: Armand Colin, 2003.

FISCHER, Thomas. "§266 Untreue". *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Auflage des von Otto Schwarz begründeten, in der 23. bis 37. Auflage von Eduard Dreher und in der 38. bis 49. Auflage von Herbert Tröndle bearbeiteten Werks)*. 59. ed. München: Beck, 2012, p. 1930-1992.

FOFFANI, Luigi. *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa: profili penalistici*. Milano: Giuffrè, 1997.

_____. "L'infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale". *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. Padova: CEDAM, 1995, p. 457-477.

_____. "Le fattispecie di infedeltà patrimoniale nell'intermediazione del credito e nella gestione del risparmio". In: BONINI, Sergio. *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*. Torino: UTET, 2002, p. 333-372.

_____. "Art.167 Gestione infedele" In: PALAZZO, Francesco; PALIERO, Carlo, *Commentario breve alle leggi penali complementari*. 2. ed., Padova: CEDAM, 2007, p. 685-690.

_____. "Escándalos económicos y reformas penales. Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización". *Revista penal*, 2009, n. 23, p. 33-40.

_____. "'Sicurezza' dei mercati e del risparmio: il diritto penale dell'economia di fronte alle tensioni della 'modernità'". *Studi in onore di Mario Romano*. Napoli: Jovene editore, 2011, v. 3, p. 1921-1938.

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Fuerbachs Straftheorie, Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

HEFENDEHL, Roland. *Vermögensgefährdung und Exspektanzen: das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriffs*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

JOECKS, Wolfgang. "§266 Untreue". In: JOECKS, Wolfgang. *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*. 10. ed., München: Beck, 2012, p. 650-662.

KINDHÄUSER, Urs. *"Zur Logik des Verbrechensaufbaus"*. In: KOCH, Harald. Herausforderungen an das Recht, Alte Antworten auf neue Fragen? Berlin: Berlin Verlag Spitz, 1997, p. 77-94.

_____. "§266 Untreue". In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *St Strafgesetzbuch, [§§ 146 – 358]*. 3. ed.. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2010, v.2 , p. 1931-1989.

KÜHL, Kristian. "§266 Untreue". *Strafgesetzbuch, Kommentar*. 27. ed., München: Beck, 2011, p. 1296-1313.

MALAN, Diogo. "Bem jurídico tutelado pela lei 7.492/1986". In: BADARÓ, Gustavo. *Doutrinas essenciais – direito penal e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2015, v. 4, p. 765-790.

MARTINS. "Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutlehre". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 2013, v. 125, p. 234-258.

MATANZAZ, Sara. "A relevância criminal da gestão fraudulenta de instituição financeira". In: BADARÓ, Gustavo. *Doutrinas essenciais – direito penal e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2015, v. 4, p. 729-763.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità, Il reato: nozione, struttura e sistematica*. Milano: Giuffrè, 2001, v. 1.

MARXEN, Klaus. *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred; "§ 266 Untreue". *Strafrecht, ein Lehrbuch, Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 9. ed., Heidelberg: Müller, 2003, v. 1.

MERKEL, Adolf. *Kriminalistische Abhandlungen, Die Lehre vom strafbaren Betruge*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1867, v. 2.

NELLES, Ursula. *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*. Berlin: Duncker und Humblot, 1991.

PEDRAZZI, Cesare. "Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli administratori". *Rivista Italiana di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1953, n. 6, p. 529-583.

_____. "La riforma dei reati contro il património e contro l'economia". In: CONTENTO, Gaetano. *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 350-358. PERRON, Walter. "§266 Untreue". In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. ed., München: Beck, 2010, p. 2444-2478.

RUGGIERO, Gianlucca. "Profili di novità attinenti la fattispecie di infedeltà patrimoniale." In: COTTINO, Gastone; BONFARTE, Guido; CAGNASSO, Oreste; MONTALENTI, Paolo. *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*. Bologna: Zanichelli editore, 2009, p. 1368-1381.

ROJAS, Luis Emílio. "El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán." *Revista Penal*, 2009, n. 23, p. 138-171.

ROSE, Frank. "Die strafrechtliche Relevanz von Risikogeschäften – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH v. 4.2.2004 – 2 StR 355/03". *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, Heidelberg: C. F. Müller, Juristischer Verlag, 2005, caderno 8, p. 281-293.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. "Brevíssimas observações sobre a gestão fraudulenta na AP 470/STF". *Boletim do IBCCRIM*, 2013, p. 12-13. _____. "Diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal". In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: Gráfica Epecê, 2016, p. 325-343.

SCHAFFSTEIN, Friederich. "Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?" *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935, v. 2, p. 97-105.

_____. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935.

SCHÜNEMANN, Bernd. "§266 Untreue". In: JÄNKE, Burkhard; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ODERSKY, Walter, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 2005, v. 7, p. 1-153.

RUIVO, Marcelo Almeida. Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 127. ano 25. p. 111-132. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A relevância criminal da gestão fraudulenta de instituição financeira, de Sara Carvalho Matanzaz – *RBCCRim* 112/297-328 (DTR\2015\1991);
- Crime contra o sistema financeiro, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito – Nelson Nery Junior* 3/35-42 (DTR\2014\17296); e
- Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCRim* 111/157-176 (DTR\2015\241).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 955/471 (JRP\2015\701).

RUIVO, Marcelo Almeida. Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 127. ano 25. p. 111-132. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

A proporcionalidade como método de controle da decisão penal – Parte 1: o problema da estrutura normativa entre regras e princípios

The proportionality as control method of the criminal decision – Part 1: the problem of the normative structure between rules and principles

Cristina Sílvia Alves Lourenço

Doutorado em Direito Penal pela Universidade de Sevilha e mestrado em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Diretora Geral da Escola Superior de Advocacia do Pará. Coordenadora da pós-graduação em Ciências Criminais e da pós-graduação em Direito Público do Centro Universitário do Estado do Pará – Cesupa. Professora convidada do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professora de Direito Penal e Criminologia da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – Cesupa, da Faculdade Estácio/FAP e da Faculdade Fibra. Membro da Comissão de Estudos Penais da OAB/PA. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PA. Membro do Conselho de Política Criminal e Penitenciária vinculado à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Governo do Estado do Pará. Membro do Conselho de Justiça e Direitos Humanos vinculado à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Governo do Estado do Pará.
cristinaalveslourenco@hotmail.com

Maurício Sullivan Balhe Guedes

Extensão em Direito Constitucional Avançado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Open Course in Constitutional Law pela Universidade de Yale. Advogado constitucionalista.
mauriciosullivan1@gmail.com

Recebido em: 30.04.2016
Aprovado em: 21.07.2016

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O presente estudo tem por finalidade abordar a proporcionalidade em suas mais diversas configurações normativas, isto é, método de garantia de direitos fundamentais, regra, princípio e controle da argumentação-fundamentação judicial. A primeira parte do trabalho se

Abstract: This study aims to address proportionality in its various normative settings, i.e. protective method of fundamental rights, rule, principle and control of judicial argumentation-reasoning. The first part of the paper focuses on the problem of the normative

Lourenço, Cristina Sílvia Alves e Guedes, Maurício Sullivan Balhe. A proporcionalidade como método de controle da decisão penal – Parte 1: o problema da estrutura normativa entre regras e princípios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 127. ano 25. p. 135-166. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

concentra no problema da estrutura normativa, defende-se que a proporcionalidade precisa ser entendida como norma de aplicação de outras normas (norma de decisão), e que em sua estrutura normativa pode ser empregada como regra ou princípio. A doutrina penal majoritária aborda a proporcionalidade como princípio norteador da relação fato-punição, sem maiores considerações teóricas quanto aos resultados interpretativos decorrentes dessa assumpção, ao contrário da doutrina constitucionalista que a encara como técnica de defesa e aplicabilidade dos direitos fundamentais endereçada ao legislador pela configuração teste-resultado, e ao intérprete na relação garantia-eficácia. Neste primeiro momento, o trabalho se dedica a demonstrar a estrutura da norma jurídica no direito contemporâneo e quais implicações resultam desse entendimento.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade - Método de controle - Decisão penal - Estrutura normativa - Regras e princípios.

structure, it is argued that proportionality must be understood as norm of application of other norms (norm of decision), and in its normative structure can be used as a rule or principle. The majority criminal doctrine addresses the proportionality as a guiding principle of the relation fact-punishment without further theoretical considerations regarding the interpretation results from this assumption, on the other hand, to the constitutional doctrine it regards as defense technique and applicability of fundamental rights forwards the legislative by the setting test-result, and the interpreter in the relation guarantee-effectiveness. At first, the work is dedicated to demonstrate the structure of the norm in contemporary law and what implications result from this understanding.

KEYWORDS: Proportionality - Method of control - Criminal decision - Normative structure - Rules and principles.

SUMÁRIO: 1. Introdução: tema e problema. 2. O positivismo jurídico e o problema da norma. 2.1 Regra. 2.2 Princípio. 2.3 Distinção estrutural entre regras e princípios. 3. Conclusão da parte 1. 4. Referências citadas.

1. INTRODUÇÃO: TEMA E PROBLEMA

Na doutrina penal, a proporcionalidade é comumente estudada enquanto *princípio* que norteia a relação *lesão-razão-punição*, "praticamente toda discussão penal envolve, de algum modo, o princípio da proporcionalidade, desde a sua existência mesma, passando pelos conceitos de erro de tipo e proibição, de legítima defesa, de coação irresistível" etc., pois "o que está em causa é, em última análise, em todos esses casos, a necessidade, adequação, proporcionalidade, enfim, da intervenção jurídico-penal".[1] Em regra, os autores seguem a linha do pensamento segundo a qual proporcionalidade e razoabilidade são "princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo

1. QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal:* parte geral. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 85.

razoabilidade para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de terem origens completamente distintas"[2] e métodos de aplicabilidade incompatíveis.

O emprego do termo *princípio* é de especial relevância para o presente estudo, vez que costuma ser adotado sem qualquer justificativa ou fundamentação coerente, quase uma imposição do doutrinador – é assim porque sim. Em que pese o desenvolvimento doutrinário recente, ainda é comum encontrar nos manuais e livros acadêmicos de direito penal posicionamentos no sentido de que a proporcionalidade representaria um *princípio normativo* ou mesmo um *princípio geral de direito*,[3] algo que passa longe da majoritária doutrina constitucionalista que entende a proporcionalidade tal como um *topoi* argumentativo que pode ou não justificar racionalmente a atividade legislativa e a interpretação jurídica,[4] no mesmo passo em que funciona como *teste-resultado* de *garantia-eficácia* dos direitos fundamentais.[5]

O *teste* da proporcionalidade significa identificar se a conduta X proscrita ou permitida pela norma jurídica Y é adequada, necessária e, em sentido estrito, proporcional ao fim que se destina. O *resultado* é o fim em si mesmo, sendo este, após a análise, compatível ou não com a Constituição. Em caso de incompatibilidade, a retirada dos efeitos da norma (seja por declaração de nulidade ou outra técnica própria para tanto) funciona como *garantia*, proteção aos direitos fundamentais em apreço. Por outro lado, passar no teste significa *potencializar os efeitos* da medida adotada a partir da provável declaração de constitucionalidade.

Portanto, para a doutrina constitucional majoritária,[6] a proporcionalidade funciona como *método* de proteção dos direitos fundamentais, técnica empregada para garantir a eficácia de preceitos – bens jurídicos – constitucionalmente relevantes. Dirige-se ao legislador pelo modelo *teste-resultado*, e é importante para a teoria do discurso racional na medida em que permite uma decisão

2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.
3. Por todos, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit.
4. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114-115.
5. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159-162.
6. Por todos, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 167 e ss.

desapaixonada pelo caso concreto com elementos satisfativos pré-delimitados à vontade do intérprete.[7]

A configuração, portanto, é tal como segue:

Conduta permitida ou proibida adequada, necessária e proporcional ao fim que se destina e aos efeitos que designa? Dessa forma, é mais bem identificado o espaço de atuação do intérprete ao fazer uso da proporcionalidade, o que garante menor risco de erro e maior controle interno quanto aos fundamentos que compõem a argumentação e resultam na decisão.

O problema, no entanto, é que a doutrina penal trata a proporcionalidade como *princípio* norteador da relação *fato-punição* – ou seja, *pena proporcional a uma conduta delitiva.* Poucos são os trabalhos que vão em sentido contrário, e quando o fazem, minimizam a problemática e ignoram seus riscos interpretativos ao assumir que a proporcionalidade deveria atuar "como delimitador do direito de punir do Estado (proibição de excesso), ora como mecanismo inibidor da proteção deficiente (proibição de proteção deficiente)",[8] modelo este que não passa de mera cópia do alemão adaptado a uma realidade penal brasileira – sem maior reflexão – e que é mais danoso do que o usualmente defendido pelos penalistas, uma vez que entender proporcionalidade como *princípio* implica *força normativa* e ônus argumentativo ao intérprete (ainda que em menor extensão do que o proposto no plano constitucional), já como *limite de punir* e *mecanismo inibidor de proteção insuficiente* o que resta é tão somente

7. Sobre a proporcionalidade na teoria do discurso racional: "A regra geral de fundamentação está numa relação muito estreita com as condições ideais da situação ideal de fala. Quem fundamenta algo admite aceitar o outro, ao menos no que se refere à fundamentação, como interlocutor com os mesmos direitos que ele, e admite não exercer pessoalmente coerção nem se apoiar na coerção exercida por outros. Também, pretende poder defender sua asserção frente a qualquer um. Os jogos de linguagem em que não se admite cumprir pelo menos estas exigências não podem ser consideradas fundamentações (...). As exigências de igualdade de direitos, universalidade, e ausência de coerção podem-se formular com três regras (...): (i) quem pode falar, pode tomar parte no discurso; (ii) todos podem problematizar e introduzir qualquer asserção no discurso – todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; (iii) não se pode impedir a nenhum falante de exercer seus direitos estabelecidos em (i) e (ii) mediante coerção existente dentro ou fora do discurso" (*Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132-133).

8. CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. A proporcionalidade como instrumento de interpretação e aplicação da norma penal: possibilidades e limites. *Revista Brasileira de Direito* – IMED, v. 9, n. 2, jul.-dez./2013, p. 47-67.

uma pretensa vinculação ao legislador ordinário – quando que a essência da técnica se encontra no *controle de racionalidade* que impõe à decisão.

Tal controle é perdido quando a técnica é empregada sem maiores desenvolvimentos teóricos como mera retórica pela doutrina penal. E é justamente dessa forma que os tribunais costumam lançar mão do seu uso, como um argumento de autoridade – uma vara de condão chamado "princípio da proporcionalidade", que só pela mera menção parece ser capaz de justificar um sem-número de decisões mesmo que – conforme será defendido na parte 2 – seja impossível o emprego da técnica na maioria das situações que envolvem a seara penal.

É necessário compreender a proporcionalidade enquanto norma de aplicação de outras normas, ou *norma de decisão*, um processo interpretativo capaz de estabelecer um controle determinado (seja este adequado ou não) para a decisão penal. O desafio deste trabalho é ser capaz de explorar o mundo de conceitos que formam o instituto da proporcionalidade de forma clara e sem confusões, com ampla exposição doutrinária e escrita crítica. Adota-se como finalidade oferecer para a comunidade jurídica um modelo funcional de controle da decisão penal. Para que isto seja possível, é primeiro necessário compreender o que é a norma jurídica no espaço contemporâneo, quais são seus componentes e como eles funcionam na interpretação do direito, campo indispensável para a compreensão da proporcionalidade em sua estrutura normativa – este é o *objetivo-fim* da primeira parte deste trabalho.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO E O PROBLEMA DA NORMA

O ponto de partida:

> A decadência do positivismo jurídico começou logo quando este exteriorizou os seus sucessos mais impressivos: as grandes obras legislativas dos fins do século XIX (...). Os seus dois dogmas, de que o juiz não pode criar direito, mas que, ao mesmo tempo, não pode denegar a justiça, isto é, a proibição de criação do direito e a proibição de denegação da justiça, pressupõem, por imperativo lógico, um terceiro: de que a ordem jurídica positiva seja um todo fechado e completo. Mas essa pressuposição de ausência de lacunas das leis mostrou-se insustentável. Todavia, uma vez que não se podia abdicar da proibição de denegação de justiça, a proibição da denegação de direito teve que cair. Isto leva, porém, a que, perante uma lacuna da lei, o juiz se veja obrigado a fazer uso de critérios que se situam a jusante da lei. Assim, o positivismo rígido sofre uma mudança fundamental. A isto se somou uma circunstância mais gravosa, que, aliás, permaneceu latente

> durante muito tempo: o positivismo é impotente em face de leis injustas ou imorais.[9]

O(s) problema(s): a citação acima ilustra o que grande parte da doutrina brasileira reproduz de modo acrítico – isto é, o positivismo enquanto corrente do pensamento jurídico é insuficiente, pois afasta a moral do seu âmbito de compreensão da mesma forma que não consegue satisfazer a eventuais omissões legislativas no ordenamento jurídico, no que a *ausência de previsão legal* importaria em *ausência de direito*. Tal entendimento é uma visão *parcial* da escola positivista, vez que não considera suas mais diversas ramificações.

No que segue, será possível observar concepções doutrinárias as quais suportam tal crítica acima referida, e a forma na qual os pensadores positivistas lidaram com os problemas decorrentes da *ideologia do direito que está escrito*. O pós-positivismo representa virada *ideológica* decorrente do chamado *problema da norma* no contexto positivista, no que resulta – também – em *escrever* (positivar – dotar de normatividade) princípios – muitos – antes compreendidos como objeto do direito natural e não da *ciência jurídica*.[10]

2.1 Regra

Para Pound, as regras – em sentido estrito – são "provisões definitivas e detalhadas para estados de fatos igualmente definidos e detalhados",[11] ao ponto de incidir sobre o estado de coisas (relação factual-nexo de causalidade) ou a uma situação em concreto. Já no pensamento de Herbert Hart, o ordenamento jurídico é composto por regras que se apresentam de modo primário ou secundário. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados.

> As regras do primeiro tipo dizem respeito a acções que envolvem movimentos ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis

9. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 57-205.

10. Resta, neste particular, a diferença entre princípios gerais de direito e princípios na concepção normativa.

11. POUND, Roscoe. Mí filosofía del derecho. In CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan. *El ambito de lo juridico*. Barcelona: Crítica, 2000, p. 303-314.

> actos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação e alteração de deveres e obrigações.[12]

Contrariando a teoria do direito de Hart, e desenvolvendo obra clássica quanto a distinção entre regras e princípios, Ronald Dworkin[13] afirma que as regras jurídicas são aplicáveis à maneira de tudo ou nada – *an all or nothing*. Caso ocorram os fatos por elas estipulados, então a regra será válida e, nesse caso, a resposta que oferecer deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, então a regra nada contribuirá para a decisão, devendo, assim, ser afastada – quanto à sua validade – do sistema, por ter sido superada por outra de maior hierarquia, especialidade ou, *a posteriori*, que trate da mesma temática.

Não satisfeito com as considerações de Dworkin, Hart defendeu sua tese de regras jurídicas primárias e secundárias – e foi além –, atingindo o entendimento de que as regras, tal como os princípios, podem ser colidentes e, assim, não se poderia dizer que a regra x, quando aplicada, obrigatoriamente invalidaria a regra y, nos seguintes termos:

> Não há razões para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, excepto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso. Por isso, uma regra que seja superada, em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como princípio, sobreviver, para determinar o resultado em outros casos, em que seja julgada como sendo mais importante do que outra regra concorrente.[14]

Na esteira do pensamento de Dworkin, Robert Alexy entende que as regras são normas que somente podem ser cumpridas na sua totalidade ou não, assim, "*si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en* él ámbito *de lo fáctica y jurídicamente posible*".[15] Para o autor alemão, o conflito entre regras é solucionável desde que – e somente quando – seja introduzida uma cláusula de exceção para a resolução. "*Un conflicto entre reglas sólo puede solucionarse*

12. HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 91.
13. DWORKIN, Ronald M. The model of rules. *Yale Faculty Scholarship Series Paper 3609*, New Haven: Yale University Press, 1967.
14. HART, Herbert L.A. Op. cit., p. 324.
15. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2007, p. 68.

mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida".[16]

Para Atienza e Manero, as regras "podem ser formuladas sempre recorrendo a um esquema condicional, isto é, de correlação caso/solução (o que não significa aceitar – nem negar – que as normas sejam entidades linguísticas, mas tão somente, que podem se expressar em uma linguagem)".[17] Apresentando o caráter estrutural-funcional da norma jurídica, afirmam que nas regras "as propriedades que conformam o caso constituem um conjunto fechado" de situações a serem por ela abarcadas.[18]

Humberto Ávila entende que as regras

> (...) são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.[19]

Para Virgílio Afonso da Silva, caso um direito seja garantido por uma norma-regra:

> (...) esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que regras podem ter exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada. Assim, a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (CF, art. 5.º, XL). A norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como "é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu que a lei anterior; nesses casos deve haver retroação".[20]

16. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos...* cit., p. 69.
17. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. *Panóptica: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*. v. 4, n. 3, 2009, p. 49-68.
18. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Op. cit., p. 49-68.
19. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 85.
20. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45.

> Sendo assim, a inserção de cláusula de exceção no corpo-texto da norma-regra impossibilita – na essência – que esta apresente conflito no campo da aplicabilidade ao caso concreto frente a outra norma de mesma espécie. O conflito, portanto, seria de mera aparência, uma vez que a solução já estaria prevista no próprio corpo-texto da norma-regra, tornando-se, assim, extensão a ser lida e interpretada de modo conjunto com o comando principal do texto normativo.

Para André Rufino do Vale, seguindo uma tese de distinção forte ou qualitativa,

> a) as regras configuram seu suporte fático e as consequências jurídicas por elas prescritas de forma fechada, definida e detalhada; b) as regras fornecem razões peremptórias ou razões definitivas, pois, uma vez realizado o seu suporte fático, devem ser obrigatoriamente aplicadas; c) as regras, portanto, são aplicadas de forma disjuntiva ou à maneira do tudo ou nada; d) assim, as regras são determinações no âmbito do fática e juridicamente possível, ou, em outras palavras, são mandatos definitivos; e) o conflito entre regras acontece no plano da validade. Verificado o conflito entre regras, a solução somente é obtida pela declaração de invalidez de uma das regras ou pela introdução de uma cláusula de exceção em uma delas; f) enfim, a subsunção é o modelo adequado para aplicação das regras.[21]

As regras, enquanto espécie normativa, determinam uma ação positiva ou negativa do indivíduo (individual ou coletivamente considerado) ou do Estado (sentido amplo). Tem por pressuposto de aplicabilidade a configuração fática (suporte fático) por ela prevista a incidir, e assim o deve proporcionar o intérprete quando constata tal configuração no caso singular ou abstrato, quando, então, a incidência será sobre a hipótese de um acontecimento factual, ou configuração do *fático em tese*, gerando efeitos de natureza concreta somente quando o suporte fático for satisfeito de modo *real*, nas relações interpessoais. Ainda por pressuposto de aplicabilidade, a abstração factual corresponde a boa técnica legislativa para a produção dos efeitos de normas-regra, pois caso assim não o fosse, estar-se-ia diante de regra casuística e defronte à isonomia imposta constitucionalmente para o trato da produção legislativa, assim sendo, inconstitucional.

A diferenciação em regras primárias ou secundárias, na realidade, exprime formas diversas de afirmar, demonstrar e classificar a realidade jurídica

21. VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 227-228.

norma-regra, e que em pouco – do ponto de vista contemporâneo – acrescenta à discussão ou ao termo de um conceito do que seria regra jurídica. No todo, parece adequada a classificação de conteúdo (ou de efeitos) proposta por Dworkin e que possui ampla gama de seguidores pelo mundo. De fato, é difícil argumentar em contrário a afirmação de que regras são espécie normativa que são aplicadas no sentido de "tudo ou nada".

Cabe expor, no entanto, que se a regra é ou *não é*, demonstra-se impossível sustentar que regras são colidentes, pois o conflito sempre resultaria em uma derrota no campo da validade para um dos lados, impedindo a repetição sistemática do mesmo, que, em análise mais detida, em momento algum ocorreu de fato, pois ainda que o texto da norma-regra não apresente cláusula de exceção, o ordenamento jurídico por meio de métodos clássicos de interpretação (hierarquia, temporalidade, especialidade) cuidaria de retirar-lhe validade e, portanto, aplicabilidade.

A cláusula de exceção, portanto, é uma barreira (*shield*) contra a possibilidade de ocorrência do conflito normativo no âmbito das regras, pois apresenta pré-solução que impede o acontecimento no mundo fático do choque entre regras. A pré-solução oferecida pelo texto da norma, ou pelas vias interpretativas clássicas do ordenamento, expõe, por imposição lógica, que só há conflito entre institutos jurídicos se estes não possuem solução pré-pronta quanto ao modo de aplicabilidade, dotando o intérprete do exercício do ônus argumentativo para a construção da solução mais adequada ao caso. Em questão, o choque não é o percebido aqui, pois as regras podem apresentar exceção, no que passam a ser lidas conjuntamente em seu mandamento de obrigação com a cláusula que o excepciona, e ainda ficam à mercê dos métodos da hermenêutica clássica, impossibilitando, assim, o conflito de aplicabilidade, que é de mera aparência.

2.2 Princípio

No pensamento pós-positivista, os princípios deixaram de figurar no ordenamento jurídico tão somente como maneira complementar de resolução de conflitos quando da omissão legislativa,[22] e não mais se referem apenas ao alicerce lógico-racional do sistema,[23] desprovidos de força normativa,[24] ou a uma

22. Neste sentido, deve ser considerado por não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o art. 4.º do Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942, que dispõe: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

23. Em sentido contrário, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 450-451.

24. No atual desenvolvimento da teoria geral do direito constitucional, não é correto afirmar que os princípios não possuem força normativa. Entretanto, não são poucos

categoria metafísica do conhecimento humano sem incidência material que servia como norte (suporte de validade) para a legislação ordinária (no sentido empregado: normas-regra).

Nesse sentido, é vasta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF ao considerar a força normativa e aplicabilidade direta dos princípios constitucionais em situações concretas.[25] Tal entendimento é fortemente influenciado pelas pesquisas de Robert Alexy, em especial pelo seu trabalho *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que apresenta em um dos alicerces teóricos desenvolvimento acerca da natureza deontológica dos princípios, normatividade e métodos de aplicação, tal como a conhecida *lei de colisão*.

A temática a ser enfrentada não é recente, e possui longo debate jurídico por gerações de pensadores.

Para o autor norte-americano Roscoe Pound, adepto da jurisprudência sociológica – que em muito se aproxima do realismo jurídico –, os princípios são premissas gerais a serem utilizadas pelo raciocínio do intérprete, e funcionam como: (1) fonte de regras (*directly applied rules*), ao fim de que a interpretação de um princípio possa resultar na criação de uma regra aplicável ao caso particular, a qual ensejaria na resolução da demanda; (2) bem como poderiam – os princípios – ser utilizados de modo a ser ponto de partida para a interpretação das regras em vigência no ordenamento, em referência, aqui, aos princípios expressos em um texto constitucional que seja posterior ao ordenamento jurídico infraconstitucional, tendo-o recepcionado, ao ponto de que, então, a legislação infraconstitucional seria lida a partir dos princípios da Constituição "nova", conformando a ordem jurídica dentro da constitucionalidade (*constitutionality*); (3) limites à aplicação das regras, pois uma norma-regra somente teria incidência ao caso concreto se não fosse incompatível com um princípio da ordem constitucional; (4) maneira de resolução de conflitos entre regras,

os autores brasileiros que apresentam capítulos dedicados aos "princípios e normas", como se distintos fossem. Como exemplo: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 93; ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 52; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96; NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 83; NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47; dentre outros.

25. Em pesquisa livre realizada em 21.03.2015 no sítio virtual do STF ([www.stf.jus.br]) com os termos "Princípio" e "Força Normativa", foi possível a verificação de, ao menos, 3.622 acórdãos que sustentam o entendimento expressado.

onde, para o autor, deveria prevalecer a regra que não fosse incompatível com os princípios do ordenamento jurídico.[26]

Esser, também um dos primeiros autores, já nos idos dos anos de 1950, a enfrentar a problemática da normatividade dos princípios, conclui em seus estudos que, ao contrário do que a corrente majoritária entendia por correto, os princípios deveriam ser tratados como institutos jurídicos que somente dentro do funcionamento de seu suporte de validade teriam normatividade, a qual, entretanto, não seria vinculante ao intérprete.

Na doutrina de Esser, os princípios são normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja alcançado, encontrado, e tenha seus fins satisfeitos. Portam-se, assim, como mecanismo de validade (suporte de validação) para um determinado mandamento a ser encontrado:[27]

> (...) um princípio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma forma jurídica em sentido técnico, porquanto não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões (...). Os princípios jurídicos são conteúdo em oposição à forma.[28]

Para o autor, os princípios apontam um caminho ideal material e hipotético (dever ser pleno) e não se relacionam com a forma, o que seria papel exercido pelas regras (meios de alcance do dever ser).[29]

---

26. "É usual descrever o direito como um conjunto de regras. Mas, a menos que a palavra regra seja utilizada numa concepção tão lata, tal definição, enquadrada na referência a códigos ou por juristas que fixam seus olhos no direito de propriedade, fornece uma inadequada imagem de múltiplos componentes de um moderno sistema jurídico. As regras, isto é, provisões definitivas e detalhadas, para estados de fato igualmente definidos e detalhados, constituem o fundamento dos princípios jurídicos. (...) Em lugar das regras detalhadas, determinando exatamente o que acontecerá em face uma situação de fato precisamente detalhada, passa-se a confiar em premissas gerais para o raciocínio jurídico. Esses princípios jurídicos, como os chamamos, são utilizados para criar novas regras, interpretar as antigas, medir seu âmbito de aplicação e reconciliá-las quando entram em conflito" (POUND, Roscoe. *The application of norms*. An introduction to philosophy of law. New Haven: Yale University Press, 1922. p. 114).
27. ESSER, Josef. *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts*. Tubingen, Mohr, Siebeck, 1990, p. 51.
28. ESSER, Josef. Op. cit., p. 65.
29. "Assim, para Esser, os princípios são tópicos (*topoi*) a serem descobertos pelo julgador na busca pela solução mais justa pelo caso concreto. Como verdadeiros topoi, tais princípios não seriam obtidos dedutivamente a partir de uma ordem natural e universal, como postulariam os jusnaturalistas, nem mesmo das regras vigentes de um

Nos estudos de Larenz, os princípios assumem caracteres de historicidade, sendo, portanto, compostos a partir de situações históricas orientadas pelo senso de justiça que deveria nortear o Direito, e teriam sua realização no plano fático-jurídico a partir de graus de aplicabilidade, onde o último momento seria seus meios de materialização (pressupostos de incidência) pacificados na jurisprudência dos tribunais, que, por sua vez, expressam o último grau de concretização da ideia diretiva contida no princípio.

Para Larenz, os princípios são "pautas directivas de normação juríca que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas".[30] Seriam manifestações especiais do Direito, dotadas de especial grau de evolução histórica, conformando-se em "ideias jurídicas materiais". E ainda, "os princípios jurídicos não tem o caráter de regras concebidas de forma muito geral, as quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem, antes, sem excepção, de ser concretizados".[31] O autor alemão aponta que os princípios devem ser concretizados em graus distintos, de acordo com a sua complexidade própria, e à luz do caso concreto.[32]

---

sistema jurídico fechado, na concepção positivista, mas da *naturalis ratio*, da natureza da coisa, da *aequitas* e da chamada lógica jurídica" (VALE, André Rufino do. Op. cit., p. 46).

30. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 674.

31. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 674.

32. "No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma ideia jurífica geral, pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor. Desta espécie são, por exemplo, o princípio do Estado de Direito, o princípio do Estado Social, o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e da responsabilidade pessoal. Os primeiros indícios de uma especificação de previsão e consequência jurídica e, portanto, do começo da formação de regras, mostram-nos princípios tais como o preceito de igual tratamento jurídico de situações de facto idênticas, o princípio da confiança, nas suas diversas vertentes, como, por exemplo, enquanto proibição de retroactividade de leis desvantajosas ou como base de uma responsabilidade por confiança no Direito privado, o preceito da salvaguarda da boa-fé em todas as relações jurídicas especiais, o princípio da culpa, o princípio da responsabilidade pelo risco e o de uma imputação por aqueles riscos que alguém há-de suportar mais directamente que outrem, enquanto critérios de uma responsabilidade por danos. Mas tais subprincípios estão ainda longe, todavia, de representar regras de que pudessem resultar directamente a resolução de um caso particular. Ao invés disso, são aqui precisas concretizações ulteriores, que, em primeiro lugar, já o legislador levou a cabo. Da lei decorre sob que pressupostos emerge uma responsabilidade pelo risco, que

Na doutrina de Dworkin, que tece severas críticas ao trabalho de Hart,[33] os princípios possuem importância especial para a argumentação jurídica,[34] ao conduzir à construção do âmbito de proteção normativa de tal preceito e apresentam uma dimensão de peso. É possível notar o berço da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, onde os princípios são igualmente importantes – tanto quanto as regras – para o ordenamento jurídico, não sendo possível estabelecer uma diferenciação de efeitos, ou uma hierarquia entre os mesmos, devendo – para o autor – ser estabelecida uma única distinção de aplicabilidade, de peso, diante da controvérsia a ser julgada:

> *Principles have a dimension that rules do not-the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often*

---

riscos especiais se hão-de imputar e a quem, quando um dever de indemnizar tiver fundamento só em caso de culpa daquele que causou o dano. Mas também o critério de culpa da lei necessita de uma concretização ulterior (...). A concretização final efectua-a sempre a jurisprudência dos tribunais, atendendo ao caso particular em concreto" (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 674-675).

33. "Segundo Dworkin, a teoria positivista de Hart, ao tratar o direito como um sistema formado unicamente por regras, não conseguia compreender o processo de argumentação desenvolvida nos chamados casos difíceis (*hard cases*), onde operam normalmente outros tipos de padrões jurídicos distintos das regras propriamente ditas, como os princípios e as diretrizes políticas (*principles and policies*). Os princípios não poderiam ser reconhecidos por meio de um critério formal (*test of pedigree*), como a regra de conhecimento de Hart, de modo que o modelo de regras positivista deveria ser substituído por um modelo compreensivo de princípios e outros padrões jurídicos" (VALE, André Rufino do. Op. cit., p. 62-63).

34. "*Once we identify legal principles as separate sorts of standards, different from legal rules, we are suddenly aware of them all around us. Law teachers teach them, lawbooks cite them, legal historians celebrate them. But they seem most energetically at work, carrying most weight, in difficult lawsuits like Riggs and Henningsen. In cases like these, principles play an essential part in arguments supporting judgments about particular legal rights and obligations. After the case is decided, we may say that the case stands for a particular rule (e.g., the rule that one who murders is not eligible to take under the will of his victim). But the rule does not exist before the case is decided; thecourt cites principles as its justification for adopting and applying anew rule*" (DWORKIN, Ronald M. Op. cit.).

> *be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is.*[35]

Herbert Hart, por sua vez e voz, afirma que "Para Dworkin, o direito abrange não só as regras de 'tudo ou nada', como também os princípios 'não conclusivos' [denominação dada por Hart a partir da interpretação da doutrina de Dworkin]" e "ele pensa que essa distinção entre eles seja uma questão de grau. Mas eu não acho que a posição de Dworkin possa considerar-se coerente". Pois, "continuam a existir grandes diferenças teóricas entre o meu ponto de vista e o de Dworkin. Porque Dworkin rejeitaria, seguramente, o meu tratamento do seu teste interpretativo para os princípios jurídicos", os quais seriam, "simplesmente, uma forma específica tomada, em alguns sistemas jurídicos, por uma regra de conhecimento convencional, cuja existência e autoridade dependem da sua aceitação pelos tribunais".[36]

Bem da verdade, se na proposição de Dworkin os princípios são espécie normativa dotada de peculiaridade própria quanto ao aspecto interpretativo e aplicativo, na doutrina de Hart, os princípios não são reconhecidos como tal, pois seriam *regras de conhecimento convencionais,* não vinculativas, subespécie de norma-regra, onde o seu caráter de abertura quanto à possibilidade de reconhecimento ou não pelos tribunais sugere que há discricionariedade valorativa por parte do respectivo tribunal que esteja ao debruço da questão principiológica (regra de conhecimento convencional), equiparando-se, assim, à *moral.*

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, em *Sobre princípios e regras*, apontam – em lista não exaustiva – que os principais significados de princípios jurídicos são: (1) norma muito geral; (2) norma redigida em termos particularmente vagos; (3) norma programática ou diretriz; (4) norma que expressa os valores superiores de um ordenamento jurídico; (5) norma especialmente importante; (6) norma de hierarquia elevada; (7) norma dirigida aos órgãos de aplicação jurídicos e que define, com caráter geral, como se deve selecionar a norma aplicável, interpretá-la etc.; (8) enunciado ou máxima da ciência jurídica de um grau de generalidade considerável e que permite a sistematização do ordenamento jurídico ou de um setor do mesmo, podendo ou não estar incorporados ao direito positivo.[37]

35. DWORKIN, Ronald M. Op. cit.

36. HART, Herbert L.A. Op. cit., p. 324-330.

37. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Op. cit., p. 49-68.

Os autores afirmam que existem princípios em sentido estrito, os quais seriam as normas que apontam os valores superiores de um ordenamento jurídico, no que, neste particular, seriam exaustivos e excludentes. Ainda em sentido estrito, estão contidos os princípios expressos em diretrizes ou normas programáticas. Em outro momento, podem ser distintos "entre princípios no contexto do sistema primário ou sistema de súdito e princípios no contexto do sistema secundário ou sistema do juiz", ou seja, "entre os princípios (padrões de comportamento formuláveis como princípios em sentido estrito ou como normas programáticas) quando dirigidos a guiar a conduta das pessoas que não consiste no exercício de poderes normativos (a criação ou aplicação de normas) dos órgãos de produção jurídica", e, por fim, classificam princípios entre explícito e implícito no ordenamento jurídico.[38]

Na doutrina brasileira, Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva defendem os trabalhos mais completos acerca da temática. Para Ávila, "os princípios são *normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos", e a intepretação demanda "uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária". E arremata que os princípios "consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais" pois abrangem "apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão".[39]

Quanto aos princípios, Virgílio Afonso da Silva aponta que não é possível falar em realização total daquilo que a norma exige. "Ao contrário: essa realização é apenas parcial. Isso porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente".[40] Para o autor, os princípios são entendidos como mandamentos de otimização – seguindo a doutrina de Alexy – que podem ser realizados em diversos graus, ao contrário do que acontece com as regras jurídicas. "A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideias, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis". Isto se dá porque, "ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um

38. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Op. cit., p. 49-68.

39. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 78-83.

40. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 45.

princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios". Nesse sentido: "É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em 'condições jurídicas' (...). É dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a subsunção e o sopesamento".[41]

Na teoria do direito contemporâneo, a concepção principiológica de Robert Alexy é bastante influente. No Supremo Tribunal Federal – STF, rápida pesquisa jurisprudencial dá conta de que o autor alemão é citado em centenas de acórdãos e decisões monocráticas.[42] Do ponto de vista quantitativo, Maria Tereza Dias aponta que "o uso das teorias de Alexy fizeram parte dos principais debates realizados pelo STF na última década" e que suas teorias "efetivamente contribuíram para a solução do conflito e não apenas serviu de suporte para discussões incidentais nos julgados estudados".[43]

Nos estudos de Alexy, os princípios podem assumir facetas diversas. Aparecem como *topoi* argumentativo em *Theorie der Juristischen Argumentation*, que valida o fundamento da decisão judicial que pretere um princípio ao outro (face argumentativa dos princípios),[44] e em *Eine Theorie des praktischen Diskurses und andere*, onde o autor desenvolve e fundamenta as normas-princípio como nucleares ao discurso ideal prático, em obra que pode ser entendida como continuação da anteriormente citada.[45] Já em *Begriff und Geltung des Rechts*, os princípios aparecem dentro da argumentação jurídica a partir de três teses possíveis: incorporação, moral e correção.[46]

41. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 46.

42. A pesquisa teve como parâmetro a palavra "Alexy" e pode ser conferida no sítio virtual do STF: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 19 mar. 2015.

43. DIAS, Maria Tereza. Robert Alexy na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma abordagem quantitativa. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (orgs.). *Anais do Congresso Brasil-Alemanha de teoria do direito e direito constitucional:* conceito e aplicação do direito em Robert Alexy. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2014, p. 82-85.

44. No Brasil, a obra conta com tradução de Zilda Huthinson Schild Silva: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

45. No Brasil, a obra conta com tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivosonno: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

46. No Brasil, a obra conta com tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes: ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

No entanto, é em *Theorie der Grundretchte* que Alexy apresentou sua mais aceita contribuição à ciência jurídica. Nesse trabalho é quando aparece o entendimento dos princípios enquanto possuidores de força normativa plena, mandamentos de otimização, com caráter deontológico, e aplicáveis por meio da ponderação.[47]

Das doutrinas mais notáveis, o sopesamento (ponderação) é a forma de resolução de conflitos entre princípios, e, conforme Alexy, meio adequado para sua aplicação. Se dois princípios colidem, um deles terá que ceder, "o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições".[48] É nesse sentido que, enquanto colisões entre regras são resolvidas no plano da validade, os conflitos entre princípios ocorrem na dimensão do peso.[49-50] Para o autor alemão:

> *(...) los principios son normas que ordenan que algo seja realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios solo mandatos de optimización [mandamentos de otimização], que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El* ámbito *de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.*[51]

Os princípios, devido seu grau de abstração, frequentemente colidem em concreto ou abstrato, e para a resolução do conflito, Alexy desenvolve a *lei de colisão*, que é "um dos fundamentos da teoria dos princípios"[52] por ele defendida, e "reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização:

---

47. No Brasil, a obra conta com tradução de Virgílio Afonso da Silva: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

48. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 93.

49. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 94.

50. "*Cuando dos principios entran en colisión (...) uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar invalido al principio desplazado ni que en el principio desplazado* há de introduzir una cláusula de *excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso*" (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., p. 70-71).

51. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., p. 67-68.

52. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 99.

em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência, e em segundo lugar, sua referência à ações e situações que não são quantificáveis".[53] Em síntese:

> (...) a satisfação das condições de prioridade de um princípio leva consigo a aplicação da consequência jurídica por ele estabelecida. Assim, se dada certas circunstâncias C, o princípio P1 prevalece sobre o princípio P2, e se o princípio P1 estabelece a consequência jurídica R, então vale a regra que contém C (circunstâncias do caso) como suporte fático e R como consequência jurídica estabelecida pelo princípio prevalecente. Simplificando, pode-se dizer que dado C, aplica-se R.[54]

Para Alexy, os princípios são espécie de norma jurídica que expressam mandamentos de otimização, devendo ser satisfeitos à medida das possibilidades fáticas. Cumprem, na seara constitucional, o papel de direitos fundamentais, os quais devem ser, por vezes, relativizados para satisfazer seus fins. Na realidade, "*es fácil argumentar en contra de la validez de los princípios absolutos en un ordenamiento jurídico que reconece derechos fundamentales*".[55]

Sendo assim, pode-se concluir que não há direito que absoluto seja. Todo e qualquer direito fundamental é passível de relativização diante do caso concreto, pois, se assim não fosse, estar-se-ia diante de verdadeiro *paradoxo jurídico*. A figura do paradoxo jurídico tem por resultado a perda da própria razão de existência dos princípios constitucionais, pois estes, para Barroso, "dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas".[56]

De tal forma conclui Alexy:

> *Por lo tanto, vale el enunciado según el cual los principios absolutos o bien no son conciliables con los derechos individuales o bien sólo lo son cuando los*

53. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 99.

54. VALE, André Rufino do. Op. cit., p. 71-72.

55. "*Cuando el principio absoluto se refiere a derechos individuales, su falta de limitación jurídica conduce a la conclusión de que, en caso de colisión, los derechos fundamentados mediante el principio, de todos los individuos, tienen que ceder frente al derecho fundamentado en el principio, perteneciente a cada individuo, lo que es contraditorio*" (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., p. 86).

56. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 122.

> *derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un solo sujeto jurídico.*[57]

Se direitos fundamentais são tidos como absolutos, não passíveis de relativização, quando diante de um caso que envolva o conflito de dois dentre eles, em choque, o intérprete não teria como resolver a questão, pois não poderia preterir um ao outro, nem sequer por adequação, balanceamento ou qualquer outra técnica interpretativa; afinal de contas, se um direito é absoluto, não é passível de relativização.

Na teoria dos princípios de Robert Alexy, uma norma somente pode ser considerada princípio quando sua estrutura for mandamental de satisfação progressiva de natureza relativa, e que possa resultar em choque com outro princípio, sem que, com isso, seja estabelecida relação de hierarquia, mas sim de precedência conforme situação fática concreta. Enquanto regras são comandos definitivos e absolutos aplicáveis por meio da subsunção,[58] os princípios são aplicáveis por meio da ponderação resultado da lei de colisão.

2.3 *Distinção estrutural entre regras e princípios*

Virgílio Afonso da Silva aponta que é comum que se classifiquem as teorias de distinções entre regras e princípios em três grandes categorias: (a) teorias que propõem uma distinção forte, segundo a qual princípios e regras são normas que possuem uma distinção quanto à estrutura lógica de formatação – no que resulta em modos diversos de aplicabilidade –, onde não seria correto afirmar que existe mera distinção gradual entre ambos os tipos de norma; (b) teorias que propõem uma distinção débil, que afirmam que "a distinção entre eles não é assim tão marcada como propõe a teoria acima mencionada. Entre princípios e regras haveria somente uma diferença de grau"; (c) teorias que rejeitam a possibilidade de distinção, que

> (...) sustentam que todas as qualidades lógico-deônticas presentes nos princípios estão presentes nas regras. Por isso, ou são princípios e regras absolutamente idênticos, ou o grau de semelhança é tão grande que uma diferenciação definitiva se torna impossível.[59]

57. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., p. 86.

58. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito* cit., p. 168-186.

59. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização...* cit., p. 30-31.

Via de regra, as distinções entre regras e princípios são defendidas doutrinariamente como: (1) grau, onde os princípios possuem um grau normativo mais importante do que as regras; (2) abstração e generalidade, onde os princípios são normas jurídicas que detêm maior *abertura* quanto à interpretação e aplicação de seus postulados; (3) qualitativa, onde há uma "função de fundamento normativo para a tomada da decisão";[60] (4) estrutural, onde são apresentados como normas de estruturas diferentes quanto ao método interpretativo e aplicativo etc.

Entretanto, "(...) não há o que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna". As "classificações ou são coerentes e metodologicamente sólidas, ou são contraditórias – quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintivos – e, por isso, pouco ou nada úteis".[61] Não cabe, aqui, especular sobre a melhor ou pior forma de serem distinguidos, ou ainda, adotar essa ou aquela teoria acerca de regras e princípios. Resta-nos, tão somente, expor que existem várias visões doutrinárias acerca de tais espécies normativas.

Cuidaremos, entretanto, por via de exemplo, dos pensamentos de Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva, os quais, na doutrina brasileira, contrapõem-se em absoluto.

Humberto Ávila[62] apresentou os seguintes critérios de distinção entre regras e princípios: do caráter hipotético-condicional, do modo final de aplicação e do conflito normativo.

Afirma Ávila que "o critério diferenciador referente ao caráter hipotético-condicional é relevante na medida em que permite verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz". O autor, então, passa a apresentar análise crítica sobre tal critério distintivo, em três argumentos: (1) "embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar o primeiro passo para encontrar a regra"; (2) "a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elementos distintivos de uma espécie normativa"; (3) "mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado

60. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 38.

61. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras, mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, ano 1, 2003, p. 607-630.

62. AVILA, Humberto. Op. cit., p. 31-55.

de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como um princípio". E segue: "A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para realização que elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação, nem incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação".[63]

Quanto ao critério do modo final de aplicação, afirma Ávila – de modo crítico – que: (1) "o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar". No que resulta:

> (...) muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. (...) Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias não previstas pela própria ou outra regra.[64]

Quanto ao critério do conflito normativo, afirma Ávila que: (1) não é apropriado afirmar que a ponderação é método aplicável somente aos princípios, e que os princípios possuem medida de peso; (2) devendo ser aceita a técnica da ponderação também no tocante às regras de natureza abstrata; (3) pois há casos – defende o autor – em que as regras também entram em conflito sem perder sua validade, e utiliza dois exemplos para a defesa do ponto de vista: no primeiro, um médico é vinculado por norma-regra do código de ética a dizer toda a verdade para o paciente, porém há outra regra que se contrapõe, segundo a qual, o médico deve dispor de todos os meios necessários para a cura do paciente, então, pergunta o autor: "mas como deliberar no caso em que dizer a verdade ao paciente irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade?". Em um segundo exemplo, expõe que uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso, regra essa que proíbe ao magistrado, por via de liminar, conceder medicamentos pelo Sistema Único de Saúde para quem deles necessitar para viver. Em contrapartida, há regra que determina que o Estado deva fornecer de modo gratuito medicamentos excepcionais para pessoas que não possam prover as despesas com tais medicamentos. "Embora essas regras constituam comportamentos contraditórios, um determinando o que a outra proíbe, elas ultrapassam o conflito abstrato

63. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 44-45.

64. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 49.

mantendo sua validade. Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas"; (4) e ainda que, "as regras também podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões".[65]

Então, Humberto Ávila propõe dissociação entre regras e princípios baseada nos fundamentos: (1) justificante, onde se prioriza o caráter justificativo dos princípios e seu uso racionalmente controlado, onde se abandonam os valores em jogo em busca de uma racional interpretação e aplicação dos princípios; (2) abstrato, segundo o qual há configuração argumentativa da diferença entre graus de generalidade e abstração entre princípios e regras; (3) heurístico, onde "as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual"; (4) em alternativas inclusivas, que "admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo".[66]

Como critérios distintivos, aponta o autor: (1) critério da natureza do comportamento prescrito, segundo o qual "as regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como prescrevem o comportamento*. Enquanto as regras são *normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e descrições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são *normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos"; (2) critério da natureza da justificação exigida, onde "as regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto a justificação que exigem*. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte", e ainda, "ao passo que a interpretação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária"; (3) critério da medida de contribuição para a decisão, no que as regras são dissociadas dos princípios "*quanto ao modo como contribuem para a decisão*". "Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão".[67]

65. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 57-59.

66. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 70-75.

67. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 78-83.

Virgílio Afonso da Silva apresenta duras críticas à obra de Ávila, nos seguintes termos: (1) quanto à ponderação de regras: "é ponto pacífico que a distinção entre regras e princípios não é uma distinção entre textos, mas entre normas". Nesse sentido, portanto, "não há grandes problemas no fato de que o texto e seus operadores deônticos não deem indicações precisas sobre o tipo de norma que surgirá de sua interpretação". Assim sendo, "é tarefa do intérprete definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou princípio. Qualquer distinção das normas jurídicas em mais de uma categoria – e, a ênfase no qualquer, é, aqui, fundamental – terá que seguir sempre esse raciocínio". E aponta que nos exemplos propostos por Ávila, "em todos eles, uma regra 'aparentemente absoluta' foi relativizada em sua aplicação, não produzindo os efeitos que teria produzido se, de fato, tivesse sido aplicada em sua inteireza"; (2) quanto ao peso das regras: "Uma questão parece-me fundamental para o início da análise desse caso: com base em que parâmetro essas duas normas em colisão foram classificadas como regras?". E prossegue: "Ora, parece-me claro que ambas as normas do código de ética médica mencionadas por Humberto Ávila, ao contrário do que ele afirma, não são regras, mas princípios". E assim sendo, "como princípios, o caso mencionado, que depende de ponderação para ser decidido, segue perfeitamente o modelo proposto pela teoria dos princípios".[68]

O autor defende que o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, "é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou deveres) *prima facie*". Isto é,

> (...) esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que regras podem ter exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada. Assim, a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (CF, art. 5.º, XL). A norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como "é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu que a lei anterior; nesses casos deve haver retroação".
>
> No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: essa realização é apenas parcial. Isso,

68. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 56-61.

> porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.[69]

Para o autor, os princípios são entendidos como mandamentos de otimização – seguindo a doutrina de Alexy – que podem ser realizados em diversos graus, ao contrário do que acontece com as regras jurídicas. "A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis". Isso pois, "ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios". E segue: "É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em 'condições jurídicas'". É que "no caso das regras, a condição não depende de condições jurídicas do caso concreto, pelo menos não nesse sentido apontado". E é justamente dessa "diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a subsunção e o sopesamento".[70]

Silva, divergindo de Ávila, aponta que o conflito entre regras deve ser resolvido no plano da validade, nos seguintes termos:

> (...) se duas regras preveem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo ou em parte. Caso contrário não apenas haveria um problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação das regras – dever-ser definitivo – cairia por terra.

E segue:

> No caso de incompatibilidade apenas parcial entre os preceitos de duas regras a solução ocorre por meio da instituição de uma cláusula de exceção em uma delas. Em alguns casos, no entanto, a incompatibilidade entre duas regras poderá ser total, quando seus preceitos, para o mesmo fato ou ato, em todas as circunstâncias, sejam mutuamente excludentes. Quando isso ocorre, a única solução é a declaração de invalidade de uma delas.[71]

69. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 45.

70. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 46.

71. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 48.

Para sustentar a proposta, o autor apresenta dois exemplos: (1) Na regra que prevê que a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, a qual é complementada por outra, que define o conceito de herdeiro legítimo, que inclui, dentre outros, os descendentes. Entretanto, pondera o autor,

> (...) ocorre que o mesmo código civil estabelece que "aqueles que houverem sido autores (...) de homicídio doloso (...) cuja pessoa de cuja sucessão se tratar" estão excluídos da sucessão; (...) *isoladamente consideradas*, ambas as regras são aplicáveis à seguinte situação: está aberta a sucessão de um pai-de-família que foi morto por um de seus filhos. A primeira regra exigiria a transmissão da herança ao filho; a segunda exige que o filho seja excluído da sucessão. Qualquer operador do direito percebe, no entanto, que a segunda regra institui uma exceção à primeira. A razão, aqui, é simples, e se baseia na regra lei especial derroga lei geral. Trata-se, portanto, de um conflito parcial entre duas regras.[72]

Num segundo exemplo, defende Silva, pode-se pensar em duas regras da seguinte maneira: "(2) uma delas prevê que, salvo manifestação de vontade em contrário, presume-se autorizada doação pós-morte de órgãos para finalidades de transplantes ou terapêutica"; "a outra regra, no entanto, prevê que a retirada de órgãos de pessoas falecidas, para fins de transplante, dependerá da autorização de cônjuge ou parente, firmado por documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Para o mesmo fato – morte de alguém sem declaração expressa, daquele que morreu ou de um parente acerca de transplante de órgãos – as duas regras têm consequências jurídicas totalmente incompatíveis: uma delas autorizaria o transplante, a outra proibiria". "Uma delas, com certeza, é inválida – seja por ser anterior ou por ser de hierarquia inferior."[73]

Os exemplos apontados pelo autor, com conflitos de natureza total e parcial entre regras, buscam, afirma Silva, expor que todo caso em que isso aconteça deve ser resolvido no plano da validade: "Sempre que há um conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade. No segundo exemplo, a declaração de invalidade é mais clara. Mas no primeiro está ela também presente".[74] Isto se dá porque é possível construir o primeiro exemplo apostando em uma declaração parcial de invalidade da norma.

---

72. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 48-49.
73. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 49.
74. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 49.

Para colisões entre princípios, Virgílio Afonso da Silva adota em sua integralidade a teoria dos princípios de Alexy. Quanto à colisão entre regras e princípios, afirma o autor que: "quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento. Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis", afinal, não possuem dimensão de peso. "Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia". E, sendo assim: "(...) Em geral não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário".[75] Sendo assim: "A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser aplicada por subsunção".[76]

Nesse cenário, a proporcionalidade já teria atuado como *teste-resultado* da proposta legislativa, restando tão somente o crivo judicial.

Na doutrina brasileira, o pensamento de Marcelo Neves também merece consideração, para o autor da escola de Brasília, as regras e os princípios representam o paradoxo do sistema jurídico quando desenhados em níveis absolutos, isto é, diante da incerteza da regra (ou ausência desta) com a queda teórica do positivismo, e a ascensão demasiada da figura dos princípios no chamado movimento pós-positivista, faz com que a postura do intérprete seja determinante para a solução do caso concreto, visto que os caminhos hermenêuticos a serem respeitados podem variar para diversos lados, retirando do ordenamento um mínimo nível de segurança. Daí que o paradoxo surge: ao tentar atender a todas as concepções possíveis de mundo, o juiz Hércules[77] domina o imaginário processual, tendo por Hidra o seu verso.

75. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 52.

76. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 52.

77. O juiz Hércules é aquele – seguindo a formulação de Dworkin, que é "capaz de identificar os princípios adequados à solução do caso, possibilitando a única resposta correta ou, no mínimo, o melhor julgamento. Nesses termos, pode-se dizer também que os princípios são hercúleos (...). Em nossa formulação, ao contrário, os princípios têm o caráter de Hidra, enquanto as regras são hercúleas. (...) Ela relaciona-se à flexibilização que os princípios ensejam ao sistema jurídico, ao ampliarem as possibilidades de argumentação (Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules:* princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do ordenamento jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013).

Não satisfeito, o autor propõe uma terceira construção do surreal: o juiz Iolau, aquele que tenta adequar em constante movimento o ordenamento jurídico ao que ele vive em seu cotidiano. O que há de comum entre eles? Defende o autor que são todos os três modelos impossíveis de existir, uma vez que o problema é de natureza normativa-deontológica, na medida em que regras e princípios convivem no ordenamento jurídico mesmo que se constituam elementos paradoxais para a harmonia do sistema.[78]

3. CONCLUSÃO DA PARTE 1

A partir das doutrinas acima colocadas de maneira crítica, é possível traçar linha do pensamento doutrinário e extrair uma narrativa de natureza conclusiva, ainda que parcial. Ao que é sensível a este trabalho, entendemos já não ser possível defender passagens como a seguinte: "Há, no entanto, quem conceba regras e princípios como espécies de norma, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas", e segue: "A compreensão dessa doutrina exige conceituação precisa de normas e regras, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro o seu ensinamento".[79]

Quando José Afonso da Silva escreveu o parágrafo acima entre aspas no seu *Curso de direito constitucional positivo* pela primeira vez, o desenvolvimento da teoria dos princípios enquanto fonte normativa – talvez – permitisse a adoção de tal posicionamento. A manutenção deste, até pelo menos a trigésima sexta edição do livro, de 2012, não é defensável. Não só não reproduz a realidade doutrinária de seu tempo, como, por vezes, confunde normas com regras e princípios com normas, no que entra em contradição por diversos momentos. O autor defende que princípios são mandamentos nucleares de um sistema, e que, enquanto normas, "são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo" – modelo este de natureza estritamente positivista analítica[80] –, os princípios "são ordenações que se irradiam e imantam os sis-

78. NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 221-228.

79. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 94, grifos no original.

80. O positivismo analítico é uma "preocupação em determinar os contornos do direito e em analisar seus conceitos numa perspectiva que levasse em conta o contexto linguístico em que estivessem inseridos" (Cf. OLIVEIRA, Carlos Frederico Delage Junqueira de; SGARBI, Adrian. *Identidade do direito e razões para a ação:* um estudo sobre as contribuições de Joseph Raz. Rio de Janeiro: PUC/RJ, 2006, p. 126. Disser-

temas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais".[81]

A compreensão dessa doutrina depende, bem da verdade, de conceituação precisa de *princípios* e regras, para então poder determinar o que é o fenômeno *norma* para o mundo jurídico. Todas as obras analisadas e aqui expostas apresentam tais características.

Com tais considerações, conclui-se de modo parcial que a norma jurídica (regras e princípios) possui como características: (1) generalidade, pois não se destina a um ser individualizado, sendo preceito de natureza genérica a ser por todos cumprida; (2) abstratividade, pois não parte de um caso singular particularizado. Tenta-se, assim, atingir o maior número de situações – ainda que análogas – possível; (3) imperatividade, que parte dos instrumentos de força coercitiva do Direito para o cumprimento de suas pretensões.

Há autores que incluem a bilateralidade como característica da norma jurídica, pois ela envolveria uma relação com dois lados, um ativo e outro passivo,[82] no que discordamos, visto esta ser uma construção meramente contratualista, que já não cabe na teoria geral do direito contemporâneo, onde a norma não necessariamente compreende uma relação bilateral, caso dos processos de natureza abstrata (controle abstrato de constitucionalidade das leis, onde não há partes envolvidas), ou das normas constitucionais que projetam um futuro para o Estado.[83]

Sendo assim, é possível entender *norma* como dispositivo escrito ou convencionado entre as partes processuais ou grupo social, historicamente desenvolvido ou fruto de um processo político majoritário, ao descrever o que deve ser feito pelos indivíduos (única ou coletivamente considerados) enquanto integrantes

---

tação de mestrado), daí o motivo da sequência de expressões desprovidas de sentido material empregadas pelo autor, tais quais princípios como "ordenações que irradiam o sistema de normas" ou mesmo "núcleos de condensações de valores e bens", sem qualquer justificativa metodológica ou suporte doutrinário robusto.

81. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 93-94, grifos no original.

82. Por todos, ver: NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 87.

83. Caso, por exemplo, do art. 3.º da Constituição: "Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

de uma determinada sociedade (ou espaço comunitário – caso dos blocos de integração jurídica, i.e., União Europeia) – organização –, rege o comportamento da pessoa física ou jurídica – conduta. Norma tem como elemento nuclear, portanto, a *organização social da conduta humana quando juridicamente relevante.*[84]

No contexto da modernidade, as normas são entendidas como gênero do qual as regras e os princípios são espécies.

Regras jurídicas são aplicadas enquanto tudo ou nada – *an all or nothing* –, porque, de fato, determinam situações da vida, devidamente previstas pelo constituinte originário ou legislador ordinário, e apresentam como mecanismo próprio o silogismo. Por sua vez, princípios – para além de serem satisfeitos de modo progressivo dependendo do caso concreto – possuem previsões normativas *prima facie*,[85] a serem satisfeitas ou não num primeiro momento, e, então, com a análise carecida, podem resultar em: (1) aplicabilidade direta à situação da vida, com a incidência de seus efeitos conforme a interpretação construída argumentativamente pelo intérprete; (2) incidência direta por meio da utilização de regras de aplicabilidade; (3) *topoi* argumentativo para a justificação da solução *justa* (justificativa interna e externa do argumento).[86] O distanciamento é relativo ao modo de ver e pensar o mundo que o intérprete assume (*Weltanschauung*),[87] o qual é diretamente influenciado pela doutrina por ele seguida (discricionariedade controlada por meio da argumentação).

No momento seguinte – parte 2 –, as regras aparecem (parcialmente) na concepção positivista clássica, de aplicação enquanto tudo ou nada – de modo *absoluto* – pela técnica da *subsunção*, enquanto aos princípios cabe o método do *sopesamento*, por meio da proporcionalidade. Os princípios sofrem o seguinte corte metodológico: permanecem os pontos (1) e (2) que são objeto da pesquisa, e é abandonado o item (3) por não caber espaço para a discussão de teorias da justiça e do justo, sendo este um outro momento – a parte 3.

---

84. No que o elemento *relevância jurídica de proteção* deverá assumir contornos diferentes em cada seara do direito. Pela via do exemplo, no direito civil, é relevante de proteção a família e os bens para fins sucessórios, porém, tal ingerência legislativa parece indevida quando a mesma matéria é tratada no âmbito penal, salvo ocorrência de fraude não reparável e configuração de dolo em conduta que afete negativamente em demasia bem jurídico de outrem.

85. Este escrito seguiu, portanto, uma teoria externa (núcleo aberto a efeitos externos) dos direitos fundamentais.

86. Cf. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica... cit., 2011.

87. UNDERHILL, James W. *Humboldt, world view and language*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2009, p. 53.

4. REFERÊNCIAS CITADAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales.* 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. *Teoria discursiva do direito.* Trad. de Alexandre Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. *Panóptica: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito.* v. 4, n. 3, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro:* contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. A proporcionalidade como instrumento de interpretação e aplicação da norma penal: possibilidades e limites. *Revista Brasileira de Direito* – IMED, v. 9, n. 2, p. 47-67, jul.-dez./2013.

DIAS, Maria Tereza. Robert Alexy na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma abordagem quantitativa. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (orgs.). *Anais do Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional:* conceito e aplicação do direito em Robert Alexy. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

DWORKIN, Ronald M. The model of rules. *Yale Faculty Scholarship Series Paper 3609.* New Haven: Yale University Press, 1967.

ESSER, Josef. *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts.* Tubingen, Mohr, Siebeck, 1990.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito.* 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules:* princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do ordenamento jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Frederico Delage Junqueira de; SGARBI, Adrian. *Identidade do direito e razões para a ação:* um estudo sobre as contribuições de Joseph Raz. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2006, dissertação de mestrado.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

POUND, Roscoe. Mí filosofía del derecho. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan. *El ambito de lo juridico*. Barcelona: Crítica, 2000.

_____. *The application of norms*. An introduction to philosophy of law. New Haven: Yale University Press, 1922.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal:* parte geral. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Princípios e regras, mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. ano 1. p. 607-630. 2003.

UNDERHILL, James W. *Humboldt, world view and language*. Edimburgo: Edinburg University Press, 2009.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2012\8128 e JRP\2012\1326.

Veja também Doutrina

- A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações, de Marcelo Lima Guerra – *RePro* 141/53-71 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/691-712 (DTR\2006\693); e
- O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 118/93-121 (DTR\2016\670).

Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental

Cosmopolitan constitutionalism, equality of arms and defense investigations: notes on a fundamental and human right

Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social (Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (PPGDJS/FURG). Investigador Visitante na Universidade de Castilla-La Mancha (2014) e na Corte Interamericana de Direitos Humanos (2011). Advogado.
eduardo.pitrez.correa@furg.br

Recebido em: 13.06.2016
Aprovado em: 26.07.2016

Área do Direito: Constitucional; Penal; Processual; Fundamentos do Direito

Resumo: Muito se discutiu acerca da possibilidade de expansão dos atores estatais aptos a conduzir investigação criminal, especialmente do Ministério Público, o que acabou por ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal *(RE 593727/MG)*. Outras instâncias estatais, como Receita Federal do Brasil (RFB), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e Banco Central do Brasil (Bacen), dispõem de poderes investigatórios capazes de reunir elementos a ser fornecidos ao titular da ação penal para a formação da *opinio delicti*. Mas, e os indivíduos, ao mesmo tempo que se expandem as instâncias estatais aptas a reunir elementos de persecução, não estão habilitados a praticar ou a contratar a prática de atos de investigação defensiva? Não detém a Defensoria Pública o direito ou o dever

Abstract: Much has been discussed about the possibility of expanding state actors able to conduct criminal investigation, particularly prosecutors, which was finally recognized by the Brazilian Supreme Court (RE 593727/MG). Other state agencies such as the Federal Revenue of Brazil, the Administrative Council for Economic Defense and Central Bank of Brazil, have investigative powers able to gather information to be provided to prosecutors for the formation of *opinio delicti*. At the time that there is an expansion on investigative powers, the individuals are not able to perform or hire the practice of defense investigations? It does not hold the Public Defender right or duty to the establishment of administrative procedures to gather information to support the defense on

Corrêa, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 127. ano 25. p. 167-198. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

de instaurar procedimentos administrativos destinados a colher elementos de informação para subsidiar defesa em procedimento investigatório ou processo penal? O presente artigo articula algumas referências normativas nacionais e internacionais, desde uma perspectiva do direito humano-fundamental ao *processo justo*, para sustentar de modo introdutório a existência de um direito fundamental à investigação defensiva.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal - Internacionalização - Direitos humanos - Processo equitativo - Paridade de armas.

criminal procedures? This article brings together some national and international references, based on the right to a *fair trial*, to suggest the existence of a fundamental right to defense investigations.

KEYWORDS: Criminal Procedure - Internationalization - Human rights - Fair trial - Equality of arms.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Mundialização e constitucionalismo. 3. Internacionalização do direito penal. 4. Fair trial, equality of arms e a investigação defensiva. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a dialogar com referências jurídico-normativas nacionais e internacionais em matéria de direitos humanos-fundamentais, extraindo dessa interlocução fundamentos para a proposição de um direito à investigação defensiva, isto é, à prática de atos de investigação pelo indivíduo implicado ou potencialmente implicado em uma investigação ou processo penal, assistido ou não por defesa pública ou privada, com o objetivo de subsidiar sua resistência.

Deste diálogo, procura demonstrar a existência de um conteúdo de sentido jurídico-humanitário presente no direito a um processo equitativo (*fair trial, giusto processo, procès* équitable) – que no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos é reconhecido como direito ao processo com as *garantias devidas* e em nosso sistema constitucional, como *devido processo* –, consistente na compreensão de que o direito a conduzir uma investigação, *vis-à-vis* com a produzida pelo Estado-acusação, é um direito individual que pode ser exercido sem a necessidade de intervenção legislativa prévia, em virtude do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda que nas diferentes tradições nacionais as noções correspondentes ao devido processo não traduzam necessariamente as mesmas garantias, tendo em vista as diferentes formas de regulação nacional, o fenômeno da internacionalização do direito, inserido no quadro maior de mundialização, promove

observação mútua e *aprendizagem recíproca* entre as diferentes experiências nacionais e internacionais, contexto no qual os direitos humanos exercem uma *função mediadora.*[1]

Para promover essa interlocução mediada, nossa abordagem alterna do global ao local e vice-versa, explicitando o fenômeno contemporâneo de constituição de sentidos jurídico-fundamentais que se estabelece transnacionalmente, a sua relação e implicações com o direito penal (*lato sensu*), e aponta, introdutoriamente, a experiência italiana de regulamentação da investigação defensiva, realizada como concretização legislativa da noção de *giusto proceso* no contexto de um sistema de tradição inquisitiva, como uma possível experiência modelar de processo equitativo, na perspectiva da paridade de armas entre acusação e defesa.

No direito brasileiro, não apenas as autoridades policiais, mas uma série de outros atores dispõem de poderes de investigação, com maior ou menor intensidade, capazes de adentrar em âmbitos materiais protegidos por direitos humanos-fundamentais (liberdades, propriedades, intimidades, sigilos). Não apenas o Ministério Público (MP) tem capacidade de investigação (*RE 593727/MG*), mas outras instâncias estatais, como Receita Federal do Brasil (RFB), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e Banco Central do Brasil (Bacen), possuem poderes investigatórios capazes de, adentrando nestes âmbitos materiais protegidos, reunir elementos com o propósito de ser fornecidos ao titular da ação penal para a formação da *opinio delicti*.

Embora esta expansão da aptidão investigatória com dimensão penal não seja imprescindível para que se indague sobre o direito dos indivíduos de dispor de meios razoavelmente equivalentes para resistir a pretensões acusatórias, trata-se, a expansão, de um importante elemento objetivo de evidência da *desigualdade de armas* de que dispõe o indivíduo na sua relação com o poder penal. Isto é mais visível na medida em que se consolida, ainda que tardiamente – em comparação com sua contraparte institucional, o Ministério Público – a instituição Defensoria Pública no quadro jurídico-administrativo brasileiro, órgão também público, porém constitucionalmente afetado à defesa penal.

2. MUNDIALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

A mundialização e a tecnologia produzem, para além de suas normalmente enfatizadas repercussões econômicas, significativas modificações no campo do

1. Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito*: do Código Penal aos Direitos Humanos. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005. p. 286-287.

jurídico, tanto na produção quanto na interpretação do direito, de modo que a própria *globalidade dos fenômenos e do conhecimento*, ocorrente em outras ciências, parece reproduzir-se no campo das ciências jurídicas, produzindo uma *transnacionalidade na construção do sentido dos direitos humanos-fundamentais*.

De um lado, acontecimentos os mais diversos, de feição ambiental, política, econômica ou social, ocorridos nas mais diversas partes do mundo, repercutem em âmbito local, com afetação dos bens jurídicos localmente tutelados pelas constituições. De outro, a natureza dos direitos constitucionalmente consagrados, a despeito de sua positivação local, faz com que tenham, na sua essência e pretensão, alcance universal, traduzindo aspirações civilizatórias mundializadas, de modo que suas violações repercutem qualquer que seja o local em que se verifiquem.[2] Como estamos em rede, e as constituições nacionais e os tribunais constitucionais se conectam com as convenções de direitos humanos e seus tribunais, desenvolve-se um processo de fertilização cruzada (*cross fertilization*), mediado pelos direitos humanos-fundamentais, que promove significação e conhecimento do jurídico ao modo já tradicional em outras ciências: *compartilhamento*. Nesse sentido, Jeremy Waldron, a propósito de sentenças constitucionais fundadas em referências ao direito estrangeiro ou internacional, afirma a existência de um modelo de agir em rede, análogo ao da pesquisa científica, em que se debruçam diversos agentes para a resolução de um problema comum, com avaliação e reavaliação de resultados, experimentações e elaborações a partir dos trabalhos dos outros.[3]

No que toca aos direitos humanos-fundamentais, parte mais expressiva e interconectada deste fenômeno, acontecimentos havidos fora do âmbito de validez e eficácia de uma dada constituição, bem como dos poderes de regulação da sociedade que a formulou, desencadeiam processos que afetam a proteção local dos bens constitucionais, bem como, em contrapartida, fenômenos jurídicos locais produzem consequências para o âmbito de proteção de outras constituições.[4]

Mesmo nos Estados Unidos da América, que nega assinatura aos mais importantes tratados e convenções internacionais, sobretudo em matéria de di-

2. ZAGREBELSKI, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI. Trad. Eduardo Ferrer MacGregor. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. n. 10. jul.-dic. 2008. p. 257.

3. WALDRON, Jeremy. Foreign Law and The Modern Ius Gentium. *Harvard Law Review*. v. 119. n. 1, nov 2005. p. 145 et seq.

4. ZAGREBELSKI, Gustavo. Op. cit., p. 257.

reitos humanos, e constitui, em verdade, um exemplo de isolacionismo no ocidente, ressoam as decisões das Cortes Constitucionais alienígenas e dos Tribunais de Direitos Humanos.[5] Em *Knight v Florida*, por exemplo, a despeito de vencido, o juiz Breyer cotejou decisões das Cortes Supremas da Jamaica, da Índia, do Zimbábue, do Canadá e da Corte Europeia de Direitos Humanos, especificamente o caso *Soering v. United Kingdom*, para sustentar – ao enfrentar a questão da garantia contra *cruel and unusual punishments* da oitava emenda, no caso em que a pena de morte demorava mais de vinte anos para ser executada – que:

> Um crescente número de Tribunais fora dos Estados Unidos – Tribunais que aceitam ou reconhecem a legalidade da pena de morte – tem considerado que a demora prolongada em executar a pena de morte torna a pena capital inumana, degradante, ou excepcionalmente cruel.[6]

O mesmo ocorreu em *Lawrence v Texas*, agora obtendo na Corte Europeia de Direitos Humanos referenciais argumentativos, especificamente do caso *Dudgeon v UK*, para assentar proteção constitucional a práticas homossexuais de indivíduos adultos. Contra sua própria jurisprudência anterior (*Bowers v Hardwick*) reconheceu a Suprema Corte Americana – não sem uma violenta polêmica interna a propósito do uso de referências estrangeiras[7] – que:

> Na medida em que o acórdão Bowers se baseou em valores que partilhamos com uma civilização mais alargada, convém referir que tanto os fundamentos como a solução adotados pelo acórdão Bowers foram rejeitados em outros países.[8]

No Brasil, a prática não é diferente, especialmente no STF, embora se trate de uma abertura ao direito estrangeiro dominante e de fechamento ao direito internacional e ao direito estrangeiro sul-americano. Isso porque, conforme apontou pesquisa de Virgilio Afonso da Silva, ao mesmo tempo que é abundante a citação de precedentes dos tribunais constitucionais alemão e americano, "não temos a menor ideia do que (e como) se decide na Corte Suprema de Justiça da Argentina, no Tribunal Constitucional do Chile ou na Corte

5. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*. v. 44, 2003. p. 199.

6. UNITED STATES. Supreme Court. *Knight v Florida* 528 US 995, 996 (1999).

7. Cf. GARAPON, Antoine. ALLARD, Julie. *Os juízes na mundialização*: a nova revolução do direito. Lisboa: Piaget, 2006. p. 17-18.

8. GARAPON, Antoine. ALLARD, Julie. *Os juízes na mundialização*... cit., p. 17.

Constitucional da Colômbia" e "a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não tem ressonância nas decisões dos tribunais nacionais".[9] Ainda sem mudança substancial na prática jurisprudencial, esboça-se um esforço institucional de integração, e o Brasil e o Supremo Tribunal Federal integram a *Global Legal Information Network*,[10] a Comissão de Veneza,[11] participam do Repositório de Jurisprudência Constitucional da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) e do Fórum Permanente de Cortes Supremas do Mercosul, *redes de integração jurisprudencial e constitucional* que visam estimular as *trocas jurídicas* entre os países.[12]

Este modelo de observação mútua também ocorre entre os tribunais internacionais de direitos humanos e tribunais penais internacionais,[13] em uma *interação interpretativa* que contribui para a universalização e uniformização do *corpus juris* do direito internacional dos direitos humanos,[14] que acaba por

9. SILVA, Virgílio Afonso. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: Armin Von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América Latina.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 523.

10. A *Global Legal Information Network* (GLIN) é uma rede de cooperação global, composta de países das Américas, Europa, África e Ásia, que disponibiliza um banco de dados on-line em matéria jurídica, como ferramenta de pesquisa de dados dos diversos países integrantes do grupo (Disponível em: [www.glin.gov/search.action]; [www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=159823]. Acesso em: 28 maio 2016).

11. A Comissão Europeia para Democracia pelo Direito é o órgão de assessoramento do Conselho da Europa para assuntos constitucionais, disponibilizando, pela ferramenta denominada Codices, o acesso a uma base de dados, sobretudo jurisprudência em matéria de direitos fundamentais, de 60 países membros, dentre os quais o Brasil. Disponível em: [www.venice.coe.int]. Acesso em: 28 maio 2016.

12. Cf. STF. Internacional. Disponível em: [www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verPrincipal.php?idioma=pt_br]. Acesso em: 28 maio 2016.

13. Já nos seus primeiros pronunciamentos, v.g., no caso *Th.Lubanga Dyilo*, o Tribunal Penal Internacional citou expressamente a jurisprudência da Corte Interamericana, referindo-se aos casos *Blake vs Guatemala* (1998); *Niños de la calle vs Guatemala* (1999); *El Amparo vs Venezuela* (1996); *Neira Alegría vs Perú* (1996); *Paniagua Morales vs Guatemala* (2001); e *Baena Ricardo y otros vs Panamá* (2001).

14. Sobre a referência recíproca de julgamentos, Cançado Trindade pontua: "A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem referido a jurisprudência de sua similar Europeia constantemente, durante toda a sua produção jurisprudencial até os dias atuais. A Corte Europeia, de sua parte, está cada vez mais fazendo o mesmo (...)" (CANÇADO TRINDADE, A. A. The Development of International Human Rights

penetrar os sistemas jurídicos nacionais por intermédio de cláusulas de abertura presentes nas constituições, como a do art. 5.º, § 2.º, da brasileira, ou por simples fertilização cruzada derivada do processo de observação mútua e aprendizagem recíproca.

Em todos esses espaços de interlocução, a referência cruzada de julgados ou fundamentações não ocorre na perspectiva da vinculatividade – relação vertical –, mas na de um diálogo em que as referências recíprocas adquirem um caráter persuasivo – relação horizontal –, daí a pertinência da noção de rede e sua *lógica de conexões*,[15] representando de maneira mais adequada a fisionomia policêntrica da nova arquitetura normativa e organizacional emergente com a internacionalização. De fato, em cenários de cruzamentos normativos, a lógica dos relacionamentos não se guia por uma perspectiva meramente piramidal, mas

> (...) pela colaboração e complementaridade; pela interconexão; pela coordenação; pela convergência; pelo entrelaçamento de normas ou pela interdependência entre elas; pela interação; pela cooperação e pela aprendizagem mútua.[16]

Com a circulação de ideias e informações que somente a rede mundial de computadores – a rede que interliga todas as outras redes[17] – pode proporcionar, produz-se um fenômeno de intercâmbio entre Cortes Constitucionais, Tribunais Internacionais de Direitos Humanos e Tribunais Penais Internacionais, no que se pode designar uma *comunidade global de tribunais*.[18] Da tradicional

---

Law by the Operation and the Case-Law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights. *European Court of Human Rights*. Annual Report 2003. Strasbourg: Council of Europe, 2004, § 26. p. 34). Veja-se, ainda, ECHR. *References to the Inter-American Court of Human Rights in the case-law of the European Court of Human Rights*. aug. 2012. Disponível em: [www.echr.coe.int]. Acesso em: 28 maio 2016.

15. Cf. KASTRUP, Virginia. A rede: uma figura empírica da ontologia do presente. *Tramas da rede*: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação. André Parente (org.). Porto Alegre: Sulina, 2010. p. 80.
16. BUSTOS GISBERT, Rafael. *La Constitución Red*: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución. San Sebastian: IVAP, 2005. p. 181.
17. Cf. CASTELLS, Manuel. *A era da informação*: economia, sociedade e cultura. v. I. A sociedade em rede. Trad. Roneide Venancio Majer. 13. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 440-441.
18. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*. v. 44, 2003. p. 191-220.

existência de dois sistemas, nacional e internacional, forma-se um, no qual juízes nacionais e internacionais aplicam direito internacional, direito nacional, ou uma mistura de ambos,[19] desconstituindo a tradicional teoria das fontes e a própria concepção de ordem jurídica estatal.

Não é possível mais pensar, neste quadro, em "constituições cerradas",[20] ou em sistemas monolíticos. Acham-se superadas, ou fortemente reduzidas, as separações em que se basearam as *concepções de ordenamentos jurídicos autor-referenciados*. De efeito, "aumentam as implicações constitucionais que prescindem da divisão da terra em territórios, da divisão dos povos da terra em populações submetidas a soberanias distintas."[21]

Funda-se, assim, um *constitucionalismo cosmopolita*, que se baseia em um círculo de relações, intercâmbios de experiências, estabelecendo um diálogo fecundo a propósito das diversas proposições e soluções comparadas, capazes de subsidiar *processo de aprendizagem compartilhada* entre os diversos ordenamentos. Diferentemente do que ocorria em outros tempos, em que a observação dos ordenamentos jurídicos de outros povos buscava explicitar semelhanças ou diferenças entre os elementos em comparação, ocorrendo, sobretudo, em âmbito acadêmico, "*agora se trata de outra coisa*, precisamente da *comparação cooperativa das experiências particulares em vista de um horizonte constitucional comum* no qual convivam e interatuem unidade e pluralidade",[22] com grande relevância para as práticas jurisprudenciais das Cortes Constitucionais e Tribunais de Direitos Humanos.

Estas interações contribuem tanto para a construção de uma *jurisprudência global* como para qualificar a tomada de decisões localmente, ora adotando-se soluções alcançadas internacionalmente, ora mantendo-se as abordagens locais,[23] mas com o ônus argumentativo de explicitar convincentemente as razões da dissonância de uma eventual referência internacional persuasiva.

Há assim, uma incidência específica da mundialização sobre o direito, produzindo substanciais alterações em conceitos fundantes da concepção tradicional

19. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*... cit., p. 192.

20. "A redução de todo o direito à lei soberana; relevância pelo direito de todo o que é interior ao âmbito da soberania e sem relevância de tudo o que é externo: assim podemos traduzir o que entendemos por particularismo constitucional ou direito constitucional cerrado" (ZAGREBELSKI, Gustavo. Op. cit., p. 256).

21. ZAGREBELSKI, Gustavo. Op. cit., p. 257.

22. ZAGREBELSKI, Gustavo. Op. cit., p. 262, grifamos.

23. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*... cit., p. 195.

do sistema jurídico-constitucional, como território, soberania, povo, governo e hierarquia normativa. Quanto ao último destes pressupostos, especialmente, "Assiste-se a uma transformação de toda a teoria das fontes do direito devido à abertura ao patrimônio jurídico mundial."[24]

Essa incidência da mundialização sobre o direito não é imune a críticas, e seria ingênuo conceber que se desenvolve tendo como mola propulsora a difusão e a garantia dos direitos humanos. Pelo contrário, a tentativa de afirmação de direitos inalienáveis em nível internacional é mais adequada como resistência ao processo global de concentração técnica, econômica e militar que se desenvolve no contexto de mundialização capitalista com baixos níveis de regulação e controles. Ademais, é preciso estar advertido de que o universalismo não raro comporta dominação cultural, política e econômica, de modo que a apropriação de "direitos universais" somente pode ser concebida em um quadro de preservação das identidades locais (sociais, econômicas e culturais), para permitir, ao mesmo tempo, *a proteção daquilo que nos distingue e a tutela daquilo que nos é comum.*[25] Sem prejuízo de sua pretensão de homogeneização dominadora, é também inegável que esse mesmo processo de mundialização, por sua complexidade, gerou as condições informacionais necessárias para criar uma estrutura jurídico-normativa internacional de garantias, que pode permitir uma apropriação mais igualitária dos benefícios desses avanços, desde que os instrumentos normativos construídos adquiram suficiente densidade para resistir aos poderes de fato que atuam contra a sua concretização.[26]

A despeito das dificuldades e das dúvidas que podem suscitar tal configuração, não parece possível objetar a existência de um patrimônio comum de direitos humanos-fundamentais, que não pode ser renegado por qualquer legislador, por qualquer juiz, e por nenhuma doutrina, sem prejuízo de sua legitimidade substancial, a atrair um repúdio não somente valorativo, mas também de dimensão prática, com sanções internacionais diretas e indiretas, exclusão de convênios, e repercussões na vida político-institucional de um país. Zagrebelsky salienta não ser imaginável, diante de um *ethos* já incorporado ao nosso tempo, que uma constituição desrespeitasse a dignidade da pessoa

24. GARAPON, Antoine. ALLARD, Julie. *Os juízes na mundialização*... cit., p. 87.

25. SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.48, Coimbra, junho 1997, p. 11-31.

26. Cf. PISARELO, Gerardo. Globalizacion, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. In: CARBONEL, Miguel (ed.). *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 162-178.

humana, admitisse a discriminação, proscrevesse as liberdades, ou elevasse a injustiça à categoria de valor, contra o que valeria, em qualquer caso, a fórmula de Radbruch.[27]

3. INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A internacionalização é uma das características que, nas suas diferentes exteriorizações e consequências, provavelmente mais identifica a sociedade atual. Ela naturalmente se projeta sobre os mais diversos aspectos de nossas vidas, e também sobre o direito, em particular sobre o direito penal. Embora isso ainda não pareça bem claro para os juristas, o tempo em que o direito penal era um produto nacional passou à história.[28] O direito penal não só se insere, como é um ator importante no fenômeno de internacionalização do direito. A imbricação do direito penal com os direitos humanos – quer na perspectiva da vítima, quer na do imputado – garante um âmbito de interação privilegiado entre direito penal e direitos humanos, fazendo dos direitos humanos o mais importante elemento de conexão entre o nacional e o internacional em direito penal.

Esta imbricação corresponde, no direito internacional dos direitos humanos, a dois espaços de institucionalização distintos. Ambos reafirmam a centralidade do penal na consolidação de arenas de jurisdição internacionais e, em uma perspectiva mais ampla, no fenômeno de internacionalização do direito como um todo.

De um lado, os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Corte Africana de Direitos Humanos) julgam ações ou omissões estatais internacionalmente qualificadas como violatórias de direitos humanos, ocorridas tanto em estados "de exceção" como durante períodos de regularidade democrática. No que diz respeito ao conteúdo das decisões, as deliberações desses Tribunais invariavelmente impõem medidas a ser executadas em âmbito doméstico, como reformas legais, a formulação de políticas públicas, a adequação de estabelecimentos prisionais, a investigação e a punição de responsáveis por violações, a capacitação de agentes públicos, o controle de pessoas detidas, a

27. ZAGREBELSKI, Gustavo. Op. cit., p. 260.

28. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Acerca de la Internacionalización del Derecho Penal. *El Principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Ana Isabel Pérez Cepeda (dir). Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 23 et seq.

libertação de presos e as reparações pecuniárias.[29] Os resultados desses julgamentos modificam substancialmente a política criminal e o direito penal dos Estados não só de maneira direta, pela força vinculante das sentenças internacionais para os envolvidos no caso sob julgamento, mas também pela influência da jurisprudência destes Tribunais, invocada dentro e fora do sistema regional em que estão inseridos.[30]

Por outro lado, a Justiça Penal Internacional (Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio; Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para ex-Iugoslávia, Ruanda, Camboja e Serra Leoa; e o Tribunal Penal Internacional – TPI, criado pelo Estatuto de Roma) julga indivíduos acusados da prática de condutas internacionalmente qualificadas como crimes (crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão), também designados no direito internacional como graves violações de direitos humanos. Os deveres de adequação da legislação nacional para as finalidades de cooperação com o Tribunal (art. 88 do Estatuto) e o interesse do país em exercer jurisdição sobre os crimes ali definidos, evitando a jurisdição subsidiária do TPI, impulsiona a atividade normativa nacional em pelo menos dois sentidos: (i) na construção de um aparato legal regulador da cooperação e (ii) na tipificação dos delitos definidos na norma internacional, isto é, na *harmonização do direito penal nacional* com as descrições típicas estabelecidas internacionalmente. No caso brasileiro, o PL 4.038/2008, de autoria do Poder Executivo, promove ambas as medidas.

Enquanto os tribunais internacionais de direitos humanos dão lugar à subjetividade jurídica ativa internacional, os tribunais penais internacionais expressam a subjetividade jurídica passiva do indivíduo perante o direito internacional, consolidando-o como titular de direitos e deveres internacionalmente,[31]

29. Para um estudo da implementação nos países do sistema interamericano das decisões proferidas no âmbito do sistema interamericano, veja-se CEJIL. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Centro pela Justiça e o Direito Internacional (org.). Trad. Rita Lamy Freund. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009.

30. Sobre o diálogo jurisprudencial entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional, relativamente ao direito de defesa, veja-se CORQUET, Nicolas A. J. The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence? *Human Rights Law Review*. v. 11. n. 1. Oxford Univ Press, 2011. p. 91-131.

31. CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XX. *Revista IIDH*. v. 46. San José: IIDH, 2007. p. 289.

com relativa independência do quanto estabeleça o direito interno dos países. As subjetividades jurídicas ativa e passiva, com efeito, expressam cada qual uma face da *relação paradoxal* que se dá entre direitos humanos e direito penal: o direito penal atua simultaneamente como proteção e ameaça aos direitos humanos-fundamentais, apresentando-se ora como espada, ora como escudo.[32]

Ademais, no seio da justiça penal internacional unem-se dois ramos do direito tradicionalmente incompatíveis, o direito internacional e o direito penal clássicos, à medida que, na sua concepção histórica, o primeiro só conhecia o Estado, e o segundo, somente o indivíduo.[33] Possivelmente, desta concepção originária dicotômica advenham as dificuldades colocadas pela justiça penal internacional ao direito penal em sua elaboração clássica, relativamente a categorias tradicionais como legalidade, irretroatividade, coisa julgada e prescrição, cujo enfrentamento desborda das pretensões deste artigo.

A história da internacionalização do direito penal é, marcadamente, a da consolidação de um direito internacional dos direitos humanos. Jorge Miranda[34] identifica três momentos desta consolidação, podendo-se visualizar a centralidade do direito penal em todos eles. *Primeiro*, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a que se seguiu uma série de instrumentos regionais e universais, consolidando uma normativa internacional relacionada à proteção dos indivíduos, em que se destacam princípios de direito penal como legalidade, devido processo, presunção de inocência e humanidade das penas. *Segundo*, a consagração de um direito de reclamação dos indivíduos perante instâncias internacionais de direitos humanos, consagrada nas Convenções Europeia e Americana, com o dever de sujeição dos Estados às decisões daí advindas. A dimensão penal dessa via de internacionalização pode ser percebida a partir do conhecimento de que *todos* os casos sentenciados na Corte IDH relacionados ao Brasil, por exemplo, possuem na sua base questões de natureza penal. Neles, a Corte decidiu sobre deveres de investigação e aplicação da lei penal, interceptação telefônica, desaparecimento forçado e anistia a crimes. Os casos

32. TULKENS, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. *J Int Criminal Justice*. I. 3. v. 9. Oxford Universtity Press, jul. 2011. p. 578.

33. GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*: para uma justiça internacional. Lisboa: Piaget, 2002. p. 43.

34. MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. *Revista CEJ*. v. 4. n. 11. Brasília, mai.-ago 2000.

não sentenciados objeto de medidas provisórias (decisões liminares) da Corte em face do Brasil não fogem à regra: todos eles têm ao fundo questão penal. Estes casos não sentenciados dizem respeito ao problema das condições carcerárias de estabelecimentos brasileiros, é dizer, da execução penal. *Terceiro*, a criação do Tribunal Penal Internacional, constituindo uma jurisdição internacional de direito penal, com atribuições investigatórias, acusatórias, processuais e executivas penais.

No que diz com a qualificação de condutas como crimes em âmbito internacional, é possível distinguir dois momentos de regulação distintos. Em um primeiro momento, prevalecia a proteção de interesses estatais, de ordem financeira, comercial, ou de segurança nacional, ainda presente a concepção do sistema de relações internacionais instituído com a Paz de Westfália (1648), tendo como pedra angular a soberania dos Estados. Em um segundo momento, destaca-se a ideia de direito humanitário, a proteção dos direitos humanos, marcando a garantia dos indivíduos *contra* a ação do Estado.

Enquanto os instrumentos internacionais designativos de fenômenos como "crimes", vinculados à proteção dos interesses estatais, figuram desde as primeiras convenções internacionais, tendo como pressuposto o rompimento de fronteiras ou interesses nacionais (comercialização de escravos, produção de moedas falsas, pirataria), somente após a Segunda Guerra é que, sob a perspectiva dos direitos humanos, uma série de instrumentos internacionais surge, tendo o indivíduo, em particular, como destinatário da tutela, sem importar o caráter transfronteiriço da conduta. Neste segundo momento, a proteção humanitária foi estabelecida ora definindo condutas como crimes, como genocídio, discriminação racial, tortura, crimes contra a humanidade, dentre outros,[35]ora estabelecendo um conjunto de direitos inalienáveis, pertencentes aos indivíduos *per se*, subtraídos à disponibilidade de quaisquer governos, os direitos humanos (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948; Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948; Convênio Europeu para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, 1950).

Pedra angular desta alteração de rumo é o fato de que "o direito internacional deixou de estar limitado aos Estados e à relação entre eles, para abarcar os indivíduos como portadores de direitos e deveres",[36] acabando por conduzir

35. MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Ed.34/Edesp, 2004. p. 33.

36. MACHADO, Maíra Rocha. Op. cit., p. 17.

a que o direito nacional se internacionalize e a que o direito internacional se "nacionalize",[37] em um quadro de interação local global e vice-versa.

O marco histórico da Segunda Guerra não produziu, como se sabe, somente um giro humanitário no direito internacional. Também o constitucionalismo, e a própria concepção de direito, sofreu profunda alteração mediante a positivação constitucional de valores objetivos, direitos fundamentais vinculantes, sob uma perspectiva material, de toda a atividade dos poderes constituídos, alterando as bases positivistas de compreensão do direito até então prevalecentes. Nesta refundação do direito constitucional, com a substituição do Estado Legal pelo Estado Constitucional, institui-se um modelo de produção e interpretação do direito para sobrepor-se a uma concepção de direito livre de vínculos substanciais, capaz de atribuir aparência jurídica a atrocidades históricas.[38]

Todavia, mesmo nesta nova configuração do constitucionalismo do segundo pós-guerra, partia-se da arraigada concepção westfaliana de Estado e soberania, espaço no qual são antitéticas as ideias de direito internacional e direito penal, fundado cada qual nos antagônicos conceitos da extraterritorialidade e da territorialidade. Ademais disso, a despeito da existência de instrumentos internacionais relacionados à matéria penal e humanitária, a efetiva aplicação destes instrumentos carecia da consolidação de tribunais internacionais destinados a sua aplicação e de um ambiente político adequado, tendo em vista a Guerra Fria.

Quanto à Justiça Penal Internacional, o ambiente para sua implementação desenvolveu-se de maneira lenta e seletiva, situação, registre-se, ainda presente, como se infere do fato de serem os destinatários da jurisdição do TPI somente os países africanos.

A aplicação internacional do direito penal é um processo que tem Nuremberg como marco inicial e passa por um trabalho de afirmação ainda em construção. Como aponta Garapon, após Nuremberg e Tóquio – que se podem caracterizar tanto como atos finais de guerra, como quanto de início de um direito penal internacional[39] –, a polarização da Guerra Fria não permitiu o de-

37. SLAUGHTER, Anne-Marie.The future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*. Oxford: OUP, 2007. p. 112 et seq.

38. FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19.

39. E, portanto, sem que, pelo fato de também poderem ser considerados uma mácula no direito internacional público, tenha de se descuidar de que deram início a um processo que culminou na institucionalização da jurisdição penal internacional.

senvolvimento de uma justiça internacional. A bipolaridade marcava todos os conflitos periféricos, encarados como manifestações do conflito central capitalismo *versus* comunismo, não havendo espaço para o desenvolvimento de uma justiça internacional. Com a queda do muro de Berlim, entretanto, abre-se espaço para os direitos humanos e para os tribunais internacionais, que passam a tentar ocupar um lugar importante, sobretudo nos contextos proporcionados pelas diversas transições para a democracia.[40]

No que diz com os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, a previsão e o funcionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, são os mais significativos avanços do controle internacional da observância pelos Estados das Convenções de direitos humanos, produzindo substanciais alterações nos ordenamentos jurídicos internos e desconstruindo antiga visão das relações internacionais nas quais somente os Estados tinham lugar. A consolidação destas Cortes, para além do necessário ambiente político, pressupôs a *revolução jurídica* da segunda metade do século XX consistente no reconhecimento do indivíduo como sujeito ativo de direitos internacionalmente, dotado de capacidade jurídica internacional (*locus standi*), sem o que não seria possível o estabelecimento de um foro no qual é colocado *vis-à-vis* com o Estado internacionalmente.[41]

Este *giro humanitário*, consolidando um processo de *humanização* do direito internacional, opera tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, e é uma oposição à personificação de um Estado todo-poderoso, dotado de vontade própria, capaz de restringir os direitos dos indivíduos àqueles que lhes forem "concedidos", numa matriz positivista de concepção do direito.[42] Ao revés, a ideia que se acha na base de um direito internacional com estas feições é a de que a soberania estatal não prevalece, senão que está submetida à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.[43]

40. GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*: para uma justiça internacional. Lisboa: Piaget, 2002. p. 29.

41. CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. *El Sistema Interamericano de Protección de Los Derechos Humanos en El Umbral del Siglo XXI*. 2. ed. t. I. San José: CIDH, 2003. p. 12.

42. CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. La persona humana como sujeto del derecho internacional... cit., p. 277-278.

43. MIRANDA, Jorge. Op. cit.

A internacionalização do direito penal por força do trabalho desenvolvido pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos ocorre em virtude de que, embora não se dediquem exclusivamente à matéria penal, estes organismos, pela relação umbilical entre direito penal e direitos humanos, decidem tendo questões de fundo de natureza penal mais do que de qualquer outra matéria, com destacada presença dos direitos humanos vinculados ao processo.[44] Esta característica, associada às referências cruzadas que se estabelecem entre Tribunais de Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional e Tribunais Constitucionais, produz um fértil terreno de investigação e produção jurídico-penal (material ou processual) vinculada aos direitos humanos/fundamentais.

Não bastasse a viabilidade da utilização desse *patrimônio jurídico-humanitário* como referência persuasiva, é possível a sua incorporação ao "direito interno", aqui sob uma perspectiva de direito positivo, por força do que se contém no art. 5.°, §§ 1.° ao 4.°, da Constituição, quando a regulação internacional seja mais favorável à proteção dos direitos humanos do que a normativa nacional sobre o mesmo tema, em virtude do princípio *pro homine*.

Partindo desta compreensão, que enfatiza os processos de observação mútua e aprendizagem recíproca que se desenvolvem com o fenômeno da internacionalização do direito, exploramos, a seguir, com base na articulação de conteúdos normativos atribuídos ao *fair trial* em nível internacional e, ainda, na sua incorporação ao direito constitucional-processual-penal italiano – colhido como experiência de guinada adversarial de sistema tradicionalmente inquisitivo, por força de desenvolvimento do direito internacional dos direito humanos –, a existência de um direito à investigação defensiva, integrante do direito humano-fundamental ao processo com igualdade de armas.

Trata-se, tão somente, de explorar de modo introdutório uma opção regulatória, em um sentido evolutivo, dando curso a um pensamento de possibilidades, no sentido de Haberle. Mais apropriado à pós-modernidade, esse "modo de pensar" cuida do "pensamento *de* e *em* alternativas", não no sentido lógico-binário de "uma coisa ou outra", mas em um sentido complexo em que são admitidas terceiras e quartas possibilidades, alternativas várias, abrindo espaço às decisões, à liberdade e à argumentação, pressupondo comunicação.[45] Como

44. Cf. GARCIA RAMÍREZ, Sérgio. El debido proceso: Concepto general y regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie. año XXXIX. n.117. sep.-dic. 2006. p. 667.

45. Cf. HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico: UNAM, 2003. p. 49-50.

esclarece o autor alemão, "o pensamento jurídico das possibilidades e das alternativas (pluralistas)" atua como "um meio para manter e recriar a liberdade da comunidade, para alcançar o equilíbrio justo e razoável dos interesses, a conservação da Constituição no tempo, o desenvolvimento da *res publica do* ser humano e *para* o ser humano." Trata-se de um modo de pensar *evolutivo*, e não *revolucionário*, que certamente encontra limites "no pensamento da realidade" e no "pensamento das necessidades". "O pensamento das possibilidades pressupõe a abertura da Constituição, do Estado, da sociedade, do pensamento e cria ao mesmo tempo dita abertura".[46]

Em um pensamento de possibilidades, outras alternativas regulatórias, diversas da italiana, poderiam ser apontadas, o que foge às pretensões deste breve esboço teórico que, em verdade, trata do tema *independentemente* de sua regulação por lei interna. Na Espanha, por exemplo, a Lei 5/2014, sobre *Seguridad Privada*, regulamenta a investigação privada, circunscrevendo-a, todavia, no que toca ao direito penal, aos crimes processáveis por ação privada (art. 48.1, *c*, da Lei), o que desde logo não insere o modelo espanhol em uma lógica de paridade de armas relativamente à acusação estatal. Nos Estados Unidos, por sua vez, não se trata apenas de um direito do acusado, mas de um dever de seu defensor, como indicado no *Standard* 4, "dever de investigar", do *Standards for Criminal Justice: Prosecution and Defense Function* da *American Bar Association*.[47] No Brasil, o PLS 156/2009, que reforma o Código de Processo Penal, regulamenta em seu art. 13 a identificação e obtenção de fontes de prova pelo investigado, utilizando a expressão "investigação defensiva" (art. 13, § 2.º).[48]

46. Cf. HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 53-54.

47. ABA. *Standards for Criminal Justice Prosecution Function and Defense Function*. 4. ed. Washington: ABA, 2015. Disponível em: [www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition-TableofContents.html]. Acesso em: 28 maio 2016.

48. Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1.º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de e clarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2.º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3.º Na hipótese do § 2.º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4.º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5.º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a

Ainda que apontemos o direito à investigação defensiva independentemente de regulação infraconstitucional, é evidente que a existência de lei interna é extremamente importante para estabelecer os parâmetros dessa atividade, para que não se torne, ela mesma, violadora de direitos fundamentais de terceiros.

4. *FAIR TRIAL, EQUALITY OF ARMS* E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Antes de adentrarmos especificamente nos temas destacados nesta seção, importa esclarecer de que modo podemos postular a existência de um direito fundamental à investigação defensiva, independentemente de regulação expressa, na medida em que, é induvidoso, ainda não se acha *explicitamente* estabelecido na lei, na Constituição e mesmo nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário. Inicialmente, já o dissemos, a asserção sobre o direito à investigação defensiva no âmbito do direito ao processo com igualdade de armas é aqui articulada por intermédio de um *diálogo de fontes* nacionais e internacionais, com base na ideia de um constitucionalismo cosmopolita, de um direito penal internacionalizado, e na abertura material a direitos fundamentais (regra da não tipicidade) consagrada em nossa Constituição (art. 5, § 2.º), no âmbito de uma racionalidade orientada à fertilização cruzada e à aprendizagem recíproca.

Um direito fundamental, considerado na sua perspectiva integral (direito fundamental como um todo), é um *conjunto ou feixe de posições* de vantagem jurídico-fundamentalmente tuteladas, reconduzíveis ao mesmo direito fundamental, ou à mesma norma de direito fundamental. É certo, nem todas as normas de direitos fundamentais são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, de modo que muitas das normas de direitos fundamentais são normas *atribuídas* às normas de direito fundamental diretamente estabelecidas. Em verdade, grande parte da discussão que se estabelece em torno dos direitos fundamentais cuida de debater sobre quais normas devem ser atribuídas a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida.[49] Nesse sentido, as normas de direitos fundamentais podem ser, com Alexy, divididas em dois

critério da autoridade policial. § 6.º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos (BRASIL. SENADO FEDERAL. PLS 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645]. Acesso em: 29 maio 2016).

49. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 73.

grupos: normas de direito fundamental *estabelecidas diretamente* pelo texto constitucional e normas de direito fundamental *atribuídas*.[50]

Mas como saber a validade de tal atribuição? Para o autor alemão:

> (...) uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*.[51]

Trata-se de um problema argumentativo. Para além de explicitar uma ideia crucial para a compreensão do direito numa perspectiva argumentativa, uma das vantagens do conceito de norma de direito fundamental atribuída é que, com ele, pode-se falar em *descoberta* de novas normas direitos fundamentais,[52] o que é apropriado para uma sociedade informacional no âmbito da qual as experiências e observações sobre os direitos serão necessariamente compartilhadas.

Para o presente escrito, o conceito de *norma de direito fundamental atribuída* – que desvela, de fato, o modo de expressão de grande parte dos direitos fundamentais – é importante por reafirmar a existência de direitos fundamentais "não explícitos", capazes de ser *descobertos* no processo de evolução jurídico-civilizatória, por referência ou *refinamento* de normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas, o que permite a compreensão do direito em uma perspectiva evolutiva.

De fato, a efetividade dos direitos e garantias fundamentais depende, justamente, de processos discursivos e institucionais capazes de definir e consolidar os seus conteúdos de sentido, sem o que não se tornam realidade.[53] Ou, na expressão de Ferrajoli, "(...) no direito tanto a ciência quanto seu objeto são um produto dos homens e dependem do quanto eles, por interesse e cultura, pensam e querem em torno do direito".[54]

Fora da referência à teoria dos direitos fundamentais de Alexy, mas no ponto com ela coincidente, diz-se que as garantias processuais – um direito

50. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 73.

51. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 74.

52. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 74. n .57.

53. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípiosda definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24.

54. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 64.

fundamental, sob formulações linguísticas as mais diversas, nos variados sistemas – têm uma característica *atributiva e progressiva*. No direito internacional dos direitos humanos, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já ressaltou que a cláusula do devido processo tem uma *natureza progressiva e evolutiva*, à medida que o desenvolvimento histórico do processo, na perspectiva da proteção do indivíduo e da realização da justiça, traz consigo a *incorporação progressiva de novos direitos processuais*, citando como exemplos o direito a não autoincriminação e a não prestar declarações sem a presença de um advogado.[55]

Assentadas estas características dos direitos humanos-fundamentais e, especialmente, dos direitos humanos-fundamentais vinculados ao processo, é possível prosseguir, identificando que no direito internacional dos direitos humanos as referências normativas pertinentes ao direito a um *fair trial* encontram-se no art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCP, art. 7 da Carta Africana de Direitos Humanos, art. 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH e art.6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH. Referências adicionais encontram-se nos Regulamentos do Tribunal Penal Internacional e dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para a ex-Iugoslávia.

Esta noção de *fair trial* se contém, no sistema interamericano de direitos humanos, na ideia de *garantias devidas*, e desenvolve garantias mínimas tendo como base um *princípio de igualdade*.[56] Como afirma a ex-juíza da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Medina Quiroga, "La expresión 'debidas garantías' alude al concepto de *fair trial* del derecho anglosajón."[57] É importante reafirmar, aqui, o papel mediador desenvolvido pelos direitos humanos em virtude das diferentes tradições, no quadro da internacionalização. Tendo em vista que é da natureza das normas internacionais que sejam versadas em

55. CORTE IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 01 de octubre de 1999. Serie A. N. 16. § 117.

56. MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana*: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. San José. Costa Rica, 2003. p. 303.

57. MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana*: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. San José. Costa Rica, 2003. p. 303.

diferentes línguas e se apliquem para sistemas nacionais os mais distintos, o direito internacional dos direitos humanos frequentemente opera traduções de linguagem, no sentido literal, mas também funcionalmente, para o fim de definir harmonizadamente o conteúdo das garantias asseguradas pela norma internacional. Somente por esta tradução mediadora, certamente portadora de conteúdos, é que um conceito anglosaxão como *fair trail* transforma-se, por exemplo, na Itália de tradição inquisitiva, em *giusto processo*, "carregando" consigo procedimento adversarial e igualdade de armas.

Com efeito, no desenvolvimento dado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH ao conteúdo normativo do *fair trial*, é assente a afirmação de que o direito a um *processo equitativo* pressupõe duas exigências básicas e complementares: o *princípio de igualdade de armas* e um *procedimento adversarial*.[58]

As ideias de paridade de armas e de procedimento adversarial operam articuladamente, em uma conexão que não permite, por vezes, identificar qual dos dois conceitos informa uma determinada conclusão. De fato, são muito próximas as formulações usadas pelo Tribunal Europeu, e é fácil confundi-las.[59] Certo é, contudo, que um processo para ser equitativo e justo demanda que a parte possa submeter seus argumentos e provas de maneira a não ficar em uma posição de desvantagem *vis-à-vis* em relação ao outro litigante.[60]

A igualdade de armas, essencial ao processo equitativo, pode ser concebida como uma consequência da incorporação da divisão de funções do modelo acusatório e significa que sempre deverá ser alcançado um equilíbrio (*balance*) entre as partes.[61] É dizer, o *direito a um tratamento igualitário pela jurisdição* significa, em primeiro lugar, que tanto a defesa quanto a acusação devem ter *oportunidades iguais* para *preparar e apresentar* a acusação e a defesa durante o processo.[62]

58. UN. *Human Rights in the Administration of Justice*: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers. New York and Geneva: United Nations, 2003. p. 253.

59. SUMMERS, Sarah J. *Fair trials: the European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007. p. 111.

60. FANEGO, Arangüena. Introducción al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidoas en el art.6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un Tribunal.. In *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Javier García Roca. Pablo Santolaya (Coords.).Madrid: CEPC, 2005, p. 234.

61. SUMMERS, Sarah J. Op. cit., p. 111.

62. UN. Op. cit., p. 259.

Em um sentido equivalente, mas enfatizando que o alcance deste equilíbrio opera pelo reconhecimento de um *desequilíbrio inerente* à relação Estado-cidadão, a ideia de igualdade de armas já foi salientada no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos por Cançado Trindade. Na oportunidade, o internacionalista brasileiro salientou que no:

> (...) domínio de la protección de la persona humana, la igualdad procesal de las partes (égalité *des armes/equality of arms*) consiste más bien en *equilibrar el desequilibrio factual* entre, por un lado, el Estado ("personalizado", a lo largo de los siglos, como detentor del uso de medios coercitivos, por Jean Bodin y Thomas Hobbes, entre otros, y, de modo particularmente nefasto y con consecuencias desastrosas, por Georg W.F. Hegel, como repositorio final de la libertad humana), y, por otro lado, las presuntas víctimas (en su mayoría en una situación de gran vulnerabilidad y adversidad, si no indefensión).[63]

Esta perspectiva revela uma compreensão mais adequada à ideia de igualdade, que é a de igualdade material. No âmbito do sistema de justiça criminal, é da natureza da atividade persecutória do Estado, como ensina a experiência histórica, que o indivíduo esteja numa relação de sujeição e desvantagem, de modo que a expressão adequada da noção de igualdade deve incorporar a ideia de "*equilibrar o desequilíbrio factual*".

Na formulação do TEDH, nem tanto atenta à igualdade material, cada parte deve ter a oportunidade de apresentar-se em juízo em condições tais que não seja colocada em desvantagem *vis-à-vis* com o seu oponente.[64] No estabelecimento destas condições, importa também a *aparência do tratamento em igualdade* (aspecto objetivo externo), e uma elevada sensibilidade de administração equânime da justiça.[65]

De fato, a *aparência de tratamento igualitário* tem um papel extremamente importante na observação do atendimento da *igualdade de armas*.[66] Evidentemente, isso não quer significar que a égalité *des arms* reste atendida simples-

63. CORTE IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C. N. 173. Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade. § 43, grifamos.

64. ECHR. *The Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands* judgment of 27 October 1993. Series A. N. 274. p. 19. § 33; ECHR. *Bulut v. Austria*, judgment of 22 February 1996. Reports 1996-II. p. 359. § 47.

65. ECHR. *Bulut v. Austria*... cit., § 47.

66. ECHR. *Borges v Belgium*, judgment of 30 october 1991. § 24-29.

mente quando houver uma *mise-en-scène* de igualdade e, no fundo, seja ela inexistente. Pelo contrário, em uma definição pela negativa, quer dizer não estar observada a paridade quando, objetivamente, *nem em aparência* ela se verifique.

Nesse sentido, articulam-se direito à igualdade de armas e a um procedimento adversarial para apontar violação ao processo equitativo quando um órgão do Estado se manifesta contrariamente à defesa sem que esta tenha a oportunidade de se manifestar posteriormente. Não importa que esta manifestação seja submetida por um órgão considerado *neutro, ou imparcial,* pelo direito interno, como no caso de um membro do Ministério Público em segundo grau ou um Tribunal de instância inferior, ou ainda no caso do Advogado-Geral.[67] Ao oposto, o desrespeito ao processo equitativo é *agravado* quando este órgão tem espaço no assento privado do Tribunal,[68] isto é, ao lado dos juízes que o compõem, como ocorre com o Ministério Público em segunda instância. A exigência de um procedimento adversarial envolve a preocupação com a garantia de que ambas as partes tenham a chance de se manifestar sobre as postulações do adversário,[69] consagrado o direito da defesa à "última palavra".

Ademais, pouco interessa o juízo que façam as autoridades, especialmente o Tribunal responsável pelo julgamento, sobre a influência que esta manifestação "neutra" tenha tido sobre a decisão futura, à medida que, na concepção do direito fundamental a um *fair trial*, somente as partes na disputa podem decidir adequadamente se lhes cabe ou não fazer alguma consideração sobre ela.[70] Como assentado pelo TEDH, relativamente ao tema em um processo penal: "*It is a matter for the defence to assess whether a submission deserves a reaction*".[71]

Mudanças evolutivas no sentido da garantia do *direito a um processo equitativo*, e seus necessários componentes, paridade de armas e procedimento adversarial, podem bem ser representadas pelas modificações havidas na Itália, constitucional e infraconstitucionalmente. O exemplo italiano é representativo para o sistema brasileiro à medida que compartimos da mesma

67. Cf. ECHR. *Niderost-Huber v Switzerland* [1997] ECHR 18990/91, 18 February 1997, §§ 25-30. ECHR. *Borgers v. Belgium*... cit., § 26; ECHR. *Lobo Machado v. Portugal*, judgment of 20 February 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-I. p. 206-207, §§ 29-31. ECHR. *Bulut v. Austria*... cit., § 48.

68. ECHR. *Lobo Machado v Portugal*... cit. § 32.

69. SUMMERS, Sarah J. Op. cit., p. 111.

70. Cf. ECHR. *Niderost-Huber v Switzerland*... cit. § 29.

71. ECHR. *Bulut v. Austria*... cit., § 49.

tradição inquisitorial e, particularmente, fomos fortemente influenciados pelo Código Rocco (1930), aqui ainda vigente, a despeito de revogado em sua terra natal.

Giusto processo é a noção que reflete, em âmbito italiano, a ideia de *fair trial*, de matriz anglo-saxônica, incorporada ao direito constitucional italiano[72] por força da mediação operada pelo art. 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.[73] As reformas italianas, que incluíram a constitucionalização da ideia de *giusto* processo e a regulamentação legislativa da investigação defensiva – "*investigazioni difensive* ou *indagini difensive*" –,[74] são um claro exemplo de tentativa de guinada de uma tradição inquisitorial para um modelo adversarial de processo penal[75] realizada para abrigar as garantias contidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Cuida-se de uma *revolução ideológica* relativamente ao fascista Código Rocco, e tem clara inspiração no modelo anglo-americano de processo penal,[76] amparando-se constitucionalmente nos artis. 24.2 e 111 da Constituição da Itália, que garantem, respectivamente, o direito de defesa e o processo equitativo.[77]

Como anotado pela Corte Constitucional italiana, especialmente porque se reconhece a diversidade de poderes de que dispõe a parte pública e a parte privada em âmbito jurídico-penal, a disciplina da investigação defensiva, introduzida no ano de 2000 naquele país, declaradamente em seguimento à reforma do art. 111 da Constituição, foi proposta com o objetivo de obter um *menor desequilíbrio* entre as posições do Estado-acusador e do imputado (*parità delle*

72. Constituição Italiana – Art. 111 – "*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizionii di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*" Redação dada pela *legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.*

73. AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law*: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003. p. 133.

74. Art. 391-bis et seq do Codice di Procedura Penale Italiano, na redação dada pela *legge n. 397 del 2000.* ITALIA. Codice di Procedura Penale. Disponível em: [www.imolin.org/doc/amlid/Italy/Italy_Codice_di_Procedura_Penale.pdf]. Acesso em: 26 maio 2016.

75. SUMMERS, Sarah J. Op. cit., p. 9.

76. CAIANIELLO, Michele. Italy Country Report. In: CAPE, Ed et al. *Effective Criminal Defence in Europe.* Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010. p. 8.

77. MACHADO, Andre Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p. 112.

armi tra accusa e difesa), delineando uma tendencial *identidade de valor* entre a investigação defensiva e a da acusação.[78]

A atividade investigatória defensiva:

> (...) pode ser promovida por defensor particular ou dativo, em qualquer estado e grau da persecução criminal, na execução penal, para promover a revisão criminal e até mesmo de forma preventiva (...) não obstante esta atividade se manifestar com maior frequência na fase de persecução prévia.[79]

Refogem ao objeto do presente escrito as minudências procedimentais relativas à regulamentação do direito à investigação defensiva. Trata-se, aqui, tão somente, de demonstrar que a incorporação da ideia de processo equitativo, com seus necessários conteúdos de paridade de armas e procedimento adversarial, podem conduzir ao reconhecimento de um direito à investigação defensiva.

De fato, desde a perspectiva do direito brasileiro, e recorrendo ao exemplo privilegiado da Defensoria Pública – que desconstitui as desconfianças que, numa tradição inquisitorial estadocêntrica, recaem sobre os atos da parte privada –, é de causar perplexidade que se venha a reconhecer o direito de o Estado-acusação conduzir uma investigação para subsidiar a imputação penal, e ao Estado-defesa não seja, em igualdade de condições, permitida semelhante conduta.

Como seria possível sustentar, sem giros retóricos e desvios semânticos, que o órgão de acusação pública aparelhado pelo Estado pode, em seus escritórios reservados, preparar elementos para subsidiar uma acusação, e o órgão de defesa pública aparelhado pelo mesmo Estado, em seus escritórios próprios, não pode preparar elementos para subsidiar uma defesa?

Como advogar a uma inteligência minimamente democrática, que o juízo de recebimento de uma acusação penal – a decisão sobre a submissão de um cidadão em um Estado Democrático de Direito a um processo penal – seja realizado com elementos colhidos exclusivamente pelo órgão que formula a acusação, sem que ao órgão de defesa do acusado, em igualdade de condições, sejam alcançadas semelhantes possibilidades factuais e procedimentais?

78. ITALIA. Corte Costituzionale Italiana. *Sentenza n. 184/2009*. Disponível em: [www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=184]. Acesso em: 25 maio 2016. § 3.5.

79. MACHADO, Andre Augusto Mendes. Op. cit., p. 116.

Mesmo que os órgãos do Estado-acusação tendencialmente disponham de maior arsenal de posições jurídicas para fazer valer o poder punitivo, o que é próprio ao exercício do *poder penal*, o direito à investigação defensiva se insere numa perspectiva de balanceamento, com o objetivo de obter um menor desequilíbrio entre as posições contrapostas, viabilizando ao implicado ao menos não depender do próprio Estado para obter os elementos materiais que subsidiam sua defesa. Ora, as garantias são vínculos normativos *idôneos a assegurar a efetividade* dos direitos subjetivos.[80] Se se pretende realmente um processo com paridade de armas, é preciso reconhecer este "vínculo normativo" que concretiza a paridade que é o direito de o implicado obter por si elementos probatórios, independentemente da "boa vontade" e mesmo condições técnicas, humanas e materiais do Estado.

Portanto, não sucumbindo à tradição estadocêntrica, os indivíduos são titulares de um direito a um processo equitativo, com igualdade de armas, em um procedimento adversarial, o que implica o direito de, *em resistência* a uma ação estatal tendencialmente restritiva de sua liberdade, produzirem investigação capaz de garantir o seu *status libertatis*. Aliás, parece não haver espaço de relacionamento constituinte-constituído (cidadão-Estado) em que se manifeste de maneira mais direta o exercício da resistência do que na defesa penal. Não por outra razão, em uma perspectiva garantista, adequada ao modelo de Estado Democrático de Direito, o processo penal é concebido como exercício de *resistência ao poder punitivo*,[81] e uma série de direitos reconhecidos aos indivíduos contra a persecução penal é reconduzida ao direito de resistência ao Estado (direito de defesa,[82] direito de não produzir prova contra si mesmo,[83] direito ao recurso[84]). Nesse sentido, o direito à investigação defensiva, inserido em uma compreensão evolutiva de devido processo (equitativo, com igualdade de armas e em procedimento adversarial), surge como uma garantia dos cidadãos à resistência contra ações estatais invasivas do *status libertatis*, uma garantia de controle social dos atos públicos e autodefesa na preservação de seus direitos

80. FERRAJOLI, Luigi. Op.cit, p. 16.

81. CASARA, Rubens R.R.. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*: dogmática e critica – conceitos fundamentais. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 53-54.

82. LOPES, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 90.

83. CASARA, Rubens R.R.. MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 472.

84. LOPES, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 451.

fundamentais, especialmente liberdade e dignidade humanas, diretamente afetadas pelo poder de punir.

Trata-se de algo que diz com a percepção dos indivíduos como agentes morais autonômos, constituintes de uma ordem estatal voltada à proteção de seus direitos humanos-fundamentais, titulares de uma liberdade de ação e de uma capacidade de autodeterminar-se na escolha de suas ações, tornando-os, por outro lado, responsáveis pelos seus atos, dispensando o *favor* das autoridades estatais para a tutela de seus direitos, como aquele (favor) que se "*defere*", como que a título de benemerência, no art. 14 do CPP.[85]

No ponto, o modelo infraconstitucional brasileiro, o do velho Código Rocco, nem mesmo em *aparência de tratamento em igualdade* (aspecto objetivo externo) atende à noção de processo equitativo, à medida que, para o atendimento ao requerimento por provas feito pelo órgão de acusação, não só não se faz julgamento discricionário pela autoridade policial, como ocorre com o requerimento defensivo, mas, ao extremo oposto, concede-se ao titular da ação penal o poder de requisição, com o que toda a máquina estatal lhe responde *incontinenti*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da internacionalização do direito, inserido no quadro maior de mundialização, promove observação mútua e aprendizagem recíproca entre as diferentes experiências nacionais e internacionais, contexto no qual os direitos humanos exercem uma função mediadora. Mesmo reticente à incorporação do direito internacional dos direitos humanos, o Brasil não deixa de inserir-se em redes de integração jurisprudencial e constitucional que estimulam as trocas jurídicas entre os países, em um processo de fertilização cruzada que produz uma transnacionalidade na construção do sentido dos direitos humanos- fundamentais.

Diferentemente do que ocorria em outros tempos, em que a observação dos ordenamentos jurídicos de outros povos buscava explicitar semelhanças ou diferenças entre os elementos em comparação, agora se trata de uma comparação cooperativa de experiências desenvolvidas em um quadro de direitos humanos--fundamentais compartilhado e desafios de concretização que podem ser comuns.

Partindo desta compreensão, dando curso a um pensamento de possibilidades (Haberle), pudemos articular conteúdos normativos reconhecidos ao *fair trial* no direito internacional dos direitos humanos e, de modo associado, à significação que veio a ser dada a esta cláusula de processo justo no direito constitucional-processual-penal italiano, um exemplo – emblemático para o

85. Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

processo penal brasileiro, herdeiro do Código Rocco – de guinada adversarial de sistema tradicionalmente inquisitivo por força da incorporação do direito internacional dos direitos humanos.

Explorando algumas dessas referências normativas nacionais e internacionais vinculadas à ideia de processo penal equitativo (*fair trial, giusto processo, procès* équitable), procuramos desvelar, em uma perspectiva progressiva e evolutiva de garantias processuais, o direito à investigação defensiva como instrumento concretizador da paridade de armas entre acusação e defesa, orientado a equilibrar o desequilíbrio factual e institucional entre o indivíduo e o Estado.

Instrumento concebido, na perspectiva desenvolvida, como uma norma de direito fundamental atribuída, integrante do direito humano-fundamental ao processo equitativo, com igualdade de armas e em um procedimento adversarial, que encontraria sede normativa no direito ao processo com as garantias devidas, do art. 8.º da CADH, do art. 14 do PIDCP, e do art. 5.º, LIV e LV, da Constituição.

Assim sendo, aplica-se independentemente de intervenção legislativa prévia. De fato, a *qualidade de direito imediatamente aplicável* dos direitos humanos-fundamentais significa, em primeiro lugar, a afirmação do caráter não *meramente programático* das disposições relativas aos direitos, liberdades e garantias. Já não se diz que os direitos e garantias dotadas de fundamentalidade só ganham existência jurídica por força de lei que os "regulamente" *ou que valem somente com o conteúdo que por estas lhes é dado.* Pelo contrário, cuida-se de afirmar os princípios da constitucionalidade e da convencionalidade, segundo os quais os atos estatais devem conformidade à Constituição e à CADH ao nível da prática, independentemente de "concessão" legislativa estatal. Sobretudo no caso da *falta de lei*, o princípio da aplicaçao direta vale como *indicador da exequibilidade imediata* dos direitos e garantias fundamentais, a impor "o *dever* dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a *autorização* para com esse fim os concretizarem por via interpretativa".[86]

Seria, por outro lado, bastante curioso que no contexto brasileiro se objetasse a ausência de regulamentação da investigação defensiva para impedir o seu exercício. É que se produziria o paradoxo – que a visão estadocêntrica não percebe – de permitir-se que numa relação de direito público, potencialmente violadora de direitos fundamentais, de legalidade estrita portanto, como a que desenvolve o poder penal estatal, fosse regulamentada por uma Resolução;[87] e a investigação

86. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1998. p. 254-257.

87. CNMP. RESOLUÇÃO n. 13, de 02 de outubro de 2006. Regulamenta a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público.

defensiva, atividade privada – ou exercida em nome do titular da parte privada –, orientada por um princípio geral de liberdade e pela garantia expressa de aplicação imediata do direito humano-fundamental a um processo equitativo, não fosse permitida por "falta de regulamentação". Por falta de uma "resolução" talvez.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABA. *Standards for Criminal Justice Prosecution Function and Defense Function*. 4. ed. Washington: ABA, 2015. Disponível em: [www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition-TableofContents.html]. Acesso em: 28 maio 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law:* dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ARANGUENA FANEGO, Coral. Introducción al Derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH, en particular, el Derecho de acceso a un Tribunal. *La Europa de los Derechos:* El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Javier García Roca y Pablo Santolaya (coord.). Madrid: CEPC, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Acerca de la Internacionalización del Derecho Penal. *El Principio de justicia universal*: fundamentos y límites. Ana Isabel Pérez Cepeda (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

BRASIL. SENADO FEDERAL. PLS 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645]. Acesso em 29 maio 2016.

BUSTOS GISBERT, Rafael. *La Constitución Red*: un estudio sobre supraestatalidad y constitución. San Sebastian: IVAP, 2005.

CAIANIELLO, Michele. Italy Country Report. In: CAPE, Ed et al. *Effective Criminal Defence in Europe*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010.

CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XX. *Revista IIDH*. v. 46. San José: IIDH. p. 273-328, 2007.

CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. *El Sistema Interamericano de Protección de Los Derechos Humanos en El Umbral del Siglo XXI*. t. I. 2. ed. San José: CIDH, 2003.

CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights. *European Court of Human Rights*. Annual Report 2003. Strasbourg: Council of Europe. p. 29-35, 2004.

CASARA, Rubens R.R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*: dogmática e critica – conceitos fundamentais. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação*: economia, sociedade e cultura. v. I. A sociedade em rede. Trad. Roneide Venancio Majer. 13. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CEJIL. *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos:* jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Centro pela Justiça e o Direito Internacional (org.). Trad. Rita Lamy Freund. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009.

CNMP. RESOLUÇÃO n. 13, de 02 de outubro de 2006. Regulamenta a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público.

CORQUET, Nicolas A. J. The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: a mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence? *Human Rights Law Review.* v. 11. n. 1. Oxford Univ Press. p. 91--131, 2011.

CORTE IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C. N. 173, Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade.

CORTE IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/1999 del 01 de octubre de 1999. Serie A. N. 16.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito*: do Código Penal aos Direitos Humanos. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005.

ECHR. *Borgers v Belgium*, judgment of 30 october 1991, Series A. N. 214-B.

ECHR. *Bulut v. Austria*, judgment of 22 February 1996. Reports 1996-II. p. 359.

ECHR. *Lobo Machado v. Portugal*, judgment of 20 February 1996. Reports of Judgments and Decisions 1996-I. p. 206-207.

ECHR. *Niderost-Huber v Switzerland* [1997] ECHR 18990/91, 18 February 1997.

ECHR. *References to the Inter-American Court of Human Rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, August 2012.

ECHR. *The Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands* judgment of 27 October 1993, Series A. N. 274. p. 19.

FANEGO, Arangüena. Introducción al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidoas en el art.6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un Tribunal.. In *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Javier García Roca. Pablo Santolaya (Coords.).Madrid: CEPC, 2005.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GARAPON, Antoine. ALLARD, Julie. *Os juízes na mundialização*: a nova revolução do direito. Lisboa: Piaget, 2006.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*: para uma justiça internacional. Lisboa: Piaget, 2002.

GARCIA RAMÍREZ, Sérgio. El debido proceso: Concepto general y regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* Nueva serie. año XXXIX. n. 117. sep.-dic. 2006.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional.* Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico: Unam, 2003.

ITALIA. Codice di Procedura Penale. Disponível em: [www.imolin.org/doc/amlid/Italy/Italy_Codice_di_Procedura_Penale.pdf] Acesso em: 26 maio 2016.

ITALIA. Corte Costituzionale Italiana. *Sentenza n. 184/2009.* Disponível em: [www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=184]. Acesso em: 25 maio 2016.

ITALIA. Costituzione Italiana. Disponível em: [www.senato.it/documenti/repository/.../costituzione.pdf]. Acesso em: 26 maio 2016.

KASTRUP, Virginia. A rede: uma figura empírica da ontologia do presente. *Tramas da rede*: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação. André Parente (org.). Porto Alegre: Sulina, 2010.

LOPES, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, Andre Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.* Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 2005.

MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. *Revista CEJ.* v. 4. n. 11. Brasília, mai.-ago. 2000.

PISARELO, Gerardo. Globalizacion, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. In: CARBONEL, Miguel (ed.). *Teoria del neoconstitucionalismo.* Madrid: Trotta, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.48, Coimbra, junho 1997, p.11-31.

SILVA, Virgílio Afonso. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: Armin Von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América Latina.* Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*. v. 44. p. 191-220, 2003 .

SLAUGHTER, Anne-Marie. The future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*. Oxford: OUP, 2007.

SUMMERS, Sarah J. *Fair trials*: the European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

TULKENS, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. J Int Criminal Justice. I. 3. v. 9. jul. 2011, Oxford Universtity Press, p. 577-595.

UN. *Human Rights in the Administration of Justice:* A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers. New York and Geneva: United Nations, 2003.

WALDRON, Jeremy. Foreign Law and The Modern *Ius Gentium*. *Harvard Law Review*. v. 119. n. 1. p. 129-147, nov. 2005.

ZAGREBELSKI, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI. Trad. Eduardo Ferrer MacGregor. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. n. 10. p. 249-267, jul.-dic. 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2011\8391, JRP\2011\7976 e JRP\2011\8226.

Veja também Doutrina

- *Layout* processual penal na perspectiva constitucional, de Paulo Maycon Costa da Silva – *RT* 914/267-282 (DTR\2011\4973); e
- Paridade de armas no processo penal, de Renato Stanziola Vieira – *RBCCrim* 105/271-300 (DTR\2013\11622);

Processo penal, estado de exceção e o Volksgerichthof: o Tribunal do Povo na Alemanha nazista

Penal Procedure, State of Emergency and the Volksgerichhtof: Remarks on the Nazi Germany Popular Court of Justice

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Pós-doutor pela Universidade de Brasília (2012) e pela Boston University (2003). Doutor (2002) e mestre (2000) em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP (2013). Professor do programa de pós-graduação em Direito do UniCEUB (DF).
asmgodoy@gmail.com

Recebido em: 30.04.2016
Aprovado em: 21.07.2016
Última versão autor: 01.08.2016

Área do Direito: Penal; Processual; Internacional

Resumo: O ensaio explora o tema "estado de exceção" a partir de um tribunal popular alemão, o *Volksgerichhtof*, que julgou crimes de traição na Alemanha nazista. Enfatiza-se o papel de Roland Freisler, que presidiu essa Corte e que fanaticamente acusava e julgava, simultaneamente, em nome da ordem nazista, com a qual era absolutamente comprometido. Ao longo do ensaio, problematiza-se tese de senso comum que nos dá conta de que o positivismo jurídico fora característica do direito totalitário nazista. Registra-se o funcionamento de um processo penal de exceção, fortemente inquisitório e absolutamente descomprometido com a verdade real e com a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Processo penal - Estado de exceção - Tribunal Popular Alemão - *Volksgerichhtof.*

Abstract: The paper explores the concept of "state of emergency" in the context of a popular German Court, *Volksgerichhtof*, which adjudicated crimes of treason during the Nazi regime. There is some emphasis on Roland Freisler, who presided the Court, and who fanatically accused and judged, at the same time, on behalf of a Nazi order, with which he was absolutely compromised. The paper also investigates a common sense thesis, which proclaims that positivism was a characteristic of a totalitarian model of Nazi law. It register the functioning of a penal procedure of exception, strongly inquisitive and totally disconnected towards actual truth as well as the dignity of the human person.

Keywords: Penal procedure - State of emergency - Popular German Court - *Volksgerichhtof.*

Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes. Processo penal, estado de exceção e o Volksgerichthof: o Tribunal do Povo na Alemanha nazista.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 127. ano 25. p. 201-223. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O *Volksgerichhtof-VGH*, criação e linhas gerais de funcionamento. 3. Os presidentes do *Volksgerichhtof-VGH*. 4. Os fundamentos hermenêuticos e operacionais do VGH: o *Führerprinzip*. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O *estado de exceção* revela-se em toda sua expressão na Alemanha Nazista (1933-1945), qualificando-se como paradigma de governo, regra, modelo, estudado como uma questão de fato, e não como um problema jurídico; é o resultado de um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo (AGAMBEM, 2005). A exceção tornou-se regra, o transitório tornou-se definitivo, o totalitarismo aniquilou a democracia, cujo limite de possibilidades redundou, objetivamente, em sua própria destruição.

Formulado conceitualmente como resultado imprescindível de um momento que é definido apenas pelo soberano (que é quem decide sobre o estado de exceção) (SCHMITT, 2006, p. 7), o *estado de exceção* é instância política marcada pela confirmação do poder de quem toma decisões, despontando, assim, como indício de uma teoria constitucional decisionista (cf. HOLMES, 1996, p. 46). O *estado de exceção* é categoria originária e ordinariamente pensada como uma dinâmica para enfrentamento de crises e emergências, marcada por elementos de integração e de desintegração de uma situação anômala e intermediária entre a guerra e a paz (cf. SCHIMITT, 2007, p. 11); desdobrou-se, no entanto, especialmente na experiência nazista, como mecanismo de tentativa de uma estabilização forçada e imposta.

As relações entre o *estado de exceção* e o processo penal são de uma quase absoluta antinomia, levando-se em conta que a liberdade e a legalidade prestigiadas por este último são substancialmente desprezadas por aquele primeiro. No *estado de exceção* há fortíssima ameaça ao Direito, situação paradoxal, justamente porque concebida como forma de proteção da ordem ameaçada. Há farto material histórico ilustrativo dessa premissa, a exemplo do que ocorreu na Alemanha, ao longo da ditadura nazista.

O art. 48 da Constituição de Weimar dispunha que o Presidente da República poderia adotar medidas de exceção nas hipóteses de ameaça à segurança pública e à ordem; a excepcionalidade da medida tornou-se regra a partir de 1933, com a ascensão do nazismo. Com base no mencionado art. 48 da Constituição de Weimar, mediante um decreto, formulado para a "proteção do povo e do Estado", Hitler suspendeu os artigos da Constituição então vigente, relativos às liberdades individuais, perenizando o que se suponha constitucionalmen-

te transitório. Assim, uma atmosfera de crise possibilitou, do ponto de vista constitucional, a ascensão do nacional-socialismo (cf. KOCH, 1984, p. 296); a violência do regime que os alemães viveram até 1945 decorreu também de uma formatação jurídica, e que contou com o apoio da inteligência jurídica alemã.

Essa ascensão, que radica em gravíssima crise econômica acentuada também por agudíssima crise política, foi fomentada por intensa publicidade; os líderes do nacional-socialismo inventaram uma propaganda totalitarista que encantava uma sociedade de massas (ARENDT, 1976, p. 341 e ss.); essa propaganda enfatizava o papel de uma liderança (NEUMANN, 1963, p. 83), cujo principal nome exercia inegável carisma sobre os alemães (TOLAND, 1992, KERSHAW, 2010, SPEER, 1969, RICHEZZA, 2015).

Os efeitos do regime a partir de então instaurado foram sentidos de modo mais brusco na esfera processual penal, ambiente burocrático no qual se cumpriram formalidades que resultaram em cerca de 31 mil mortos em Dachau, 56 mil em Buchenwald, 102 mil em Mauthausen, 202 mil em Auschwitz, 250 mil em Sobibor, 904 mil em Treblinka e 900 mil em Auschwitz-Birke, apenas para citar os centros de extermínio mais conhecidos (cf. AMADO, 2009, p. 31-32), e nos quais ocorreram situações de limite de aflição e desespero, que informam vasta literatura (RASHKE, 2011, LEVI, 1998), que inclusive explora a culpa dessa circunstância decorrente (SCHLINK, 2010, JASPERS, 2000, HABERMAS, 2003, p. 61 e ss.).

Os arranjos institucionais no *estado de exceção* revestem-se de formulação instrumental e de aparência constitucional e legal, confundindo-se com uma realidade normativa substancialmente aceita. É nessa premissa que radica sua inequívoca força para fragmentar e desintegrar o Direito, em nome de sua defesa e de sua manutenção. Circunstância peculiar da Alemanha Nazista, o *estado de exceção* articulou-se em arranjos institucionais de pretensa legalidade, a exemplo do *Volksgerichthof*, o Tribunal do Povo que vicejou em uma ordem ditatorial calcada no carisma (KITCHEN, 2009) e na irracionalidade de uma teoria racial excludente (LEVI, 1998). É esse o tema do presente ensaio.

Com tal objetivo, apresenta-se as linhas gerais do *Volksgerichhtof*, doravante VGH, inclusive com uma síntese da trajetória de seus principais responsáveis, Otto Thierack (1889-1946) e Roland Freisler (1893-1945); este último, um fanático nazista que esbravejava com os réus e que sentenciava recorrentemente com a pena de morte, comprovando-nos a validade de um emblemático mote que repudia a injustiça extrema, classificada como um *não direito* (VIGO, 2006). O funcionamento desse bizarro tribunal de triste recordação é de algum modo sumariado no presente ensaio, no contexto do regime político de força que o possibilitou.

Tem-se exemplo histórico de lamentável recordação, mas cuja alusão e lembrança é perene alerta para com a radicalização da política que também ameaça a estabilidade das instituições democráticas. Afinal, teme-se em todos os lugares um paralelismo com a queda da República de Weimar, vítima de uma jurisprudência de crise (JACOBSON & SCHLINK, 2002) que redundou em grande convulsão do Judiciário (CALDWELL, 1997), ocorrida em país reputado como a pátria da ciência (WATSON, 2010) e da cultura (DUPEUX, 1992).

A República de Weimar foi marcada por sistema político que perdeu "(...) *sua legitimidade e capacidade de funcionamento à medida em que (...) confrontado com crises profundas no tocante à modernização econômica, social e cultural*" (BERCOVICCI, 2004, p. 21). De suas inconsistências e aporias surgiu um regime de terror centrado na figura de um líder messiânico (cf. SPIELVOGEL, 2004), no qual os juristas protagonizaram um vergonhoso e acovardado papel, se submetidos a crivos contemporâneos, democráticos e humanitários.

Carl Schmitt, Karl Larenz, Theodor Maunz e Edmund Mezger são exemplos da cooptação de juristas pela doutrina nazista (MUÑOZ CONDE, 2005). Esses autores, especialmente Schmitt e Larenz, são conhecidos e estudados no Brasil. Trata-se de assunto que requer enfrentamento e explicação, especialmente porque nesse minado campo da ideologia do Direito "*mitos adulterados podem trazer novos males*" (RÜTHERS, 2004, p. 24).

2. O *VOLKSGERICHHTOF-VGH*, CRIAÇÃO E LINHAS GERAIS DE FUNCIONAMENTO

O *Volksgerichhtof-VGH* conheceu sua forma definitiva no contexto de uma lei datada de 24 de abril de 1934, que lhe conferia competência para julgar causas anteriormente enviadas para a então Suprema Corte Alemã (que não deve ser confundida com o atual Tribunal Constitucional Federal – TCF), em matérias que tratassem de traição, de ataques ao Presidente do Reich, de destruição de propriedade militar, bem como de assassinatos e tentativas de assassinatos de autoridades governamentais (cf. MÜLLER, 1991, p. 140).

Essa lei de 24 de abril de 1934 (*Reichsgesetz blatt, I, 341*) qualificou-se como marco normativo que fixava as leis gerais desse tribunal, definindo as linhas procedimentais que seriam a partir de então seguidas (cf. MÜLLER, cit., loc. cit.). Em princípio, deveria se atentar também para o Código de Processo Penal então vigente (o *Strafprozessordnung*, datado de 1871, e revisado em 1924), o qual, no entanto, não iria ser aplicado pelo VGH, como resultado da suspensão de sua utilização, para alguns casos, como resultado das leis de exceção, da década de 1930.

Utilizava-se também a regra disposta no § 5.º da Lei Marcial então vigente, que datava de 1933, e que representou uma resposta dos nazistas ao incêndio do Parlamento (*Reichtag*), que fora imputado aos comunistas. Em linhas gerais, a lei de 24 de abril de 1934 alterou os §§ 80-93 do Código Penal vigente (o *Strafgesetzbuch fuer das Deutsche Reich,* que era de 5 de maio 1871), conceituando traição, que se identificava com qualquer forma de oposição ao regime nazista (HOEFER, 1945, p. 387).

Nesse contexto, e com esse propósito, a ordem nazista elegeu cinco tipos principais, alusivos à traição, em torno dos quais se elegeram as condutas escrutinadas pelo VGH. Nomeadamente, os tipos de alta traição (*Hochverrat*), de espionagem (*Landesverrat*), de traição no contexto de operações militares (*Kriegsverrat*), de tentativa de subversão junto às forças militares (*Wehrkraftzersetung*), bem como o tipo de objeção de consciência (*Kriegsdienstverwigerung*). Este último, aberto, e desprovido de contornos definidos, possibilitou uma amplitude desmedida nos procedimentos de acusação (cf. KOCH, 1991). Virtualmente, qualquer tipo de crítica ao regime nazista, privada ou pública, era reprimida com aprisionamento mínimo por cinco anos (cf. HOEFER, cit., p. 388).

Bem entendido, o VGH não detinha competência para julgar militares, que era exclusiva das Cortes Marciais. Como se observará mais adiante, os líderes nazistas evitavam julgar militares acusados de traição em tribunais do Exército, desligando-os sumariamente das posições ocupadas, para que, de tal modo, pudessem ser julgados pelo VGH. As forças aliadas, quando ocuparam a Alemanha, valeram-se da mesma técnica, mimetizada em jurisprudência, garantindo o julgamento de militares nazistas junto a uma corte de feição civil, que foi o Tribunal de Nuremberg.

O VGH, em suas primeiras formulações, remontava à República de Weimar, cujos acenos para com *estados de exceção* são recorrentes (cf. HENIG, 1998, p. 70 e ss.). Há registros de um tribunal similar, que funcionou na Baviera, a partir de 1919, sob inspiração e organização de Kurt Eisner, que foi Primeiro-Minsitro naquele estado alemão (cf. KOCH, 1991, p. 15). Deve-se registrar também o efusivo apoio que a ideologia nazista angariou na Baviera, já na primeira tentativa de tomada de poder, que fora o *Pütch* de 1922.

Centrado nos princípios de *Trau und Glauben* (*Lealdade e Boa Fé*) do direito público alemão, o VGH ascendeu na cultura política germânica do início da década de 1930 como mecanismo de controle e combate a políticas supostamente entreguistas e derrotistas, a exemplo do que se justificou como causa da derrota na Primeira Guerra Mundial: a traição interna, em momento no qual a guerra se combatia fora do território alemão. Diversamente do que ocorreu no

fim da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha perdeu a Primeira Guerra sem que os inimigos de então tivessem invadido seu território; essa situação foi explorada por Adolf Hitler, para quem a derrota fora culpa exclusiva da falta de ação parlamentar, a quem imputava imperdoável traição para com o povo alemão (2002, p. 225).

O VGH consistiu em sistema judicial de partido que com o tempo ganhou jurisdição exclusiva para processar acusações de traição, com exceções daqueles cujos acusados detinham foros militares. Contava com estrutura dividida em Câmaras (Senados); o primeiro deles era chefiado pelo presidente do tribunal, a quem competia julgar os casos mais rumorosos (cf. KOCH, 1997, p. 3). Ordinariamente, revelava-se como um tribunal organizado nos moldes dos demais tribunais alemães que funcionavam desde a ação unificadora de Otto von Bismarck em 1871. O tema da unificação jurídica da Alemanha fora recorrente durante o processo de unificação política, proposta que triunfou com a uniformização do Direito e das fórmulas processuais que resultaram da criação do II Reich (1871-1919).

O VGH funcionava efetivamente fracionado em três Câmaras, as quais, como dito acima, denominavam-se Senados, o que é característico na tradição da organização judiciária alemã. Cada um desses Senados contava com cinco magistrados. Pelo menos dois deles deveriam ser juízes de carreira; os demais eram servidores públicos identificados com a ordem nazista; de igual modo, os juízes de carreira. O prestígio do VGH junto a Hitler pode ser comprovado com o fato de que os membros do Tribunal foram autorizados a vestir uma toga vermelha, até então prerrogativa exclusiva dos juízes do Tribunal Superior Alemão (cf. MÜLLER, cit., p. 141).

Era condição para recrutamento para atuação no tribunal comprovadas aliança e lealdade para com o partido nazista. Juízes e demais funcionários do VGH mantinham vínculos de muita proximidade com o partido nazista, o que indubitavelmente colaborou na obsessão para com o julgamento (e consequente condenação) dos acusados de traição. Eram servidores de um sistema judicial típico de um Estado totalitário, comprometidos com o regime, e não com a efetiva apuração ou com o necessário julgamento dos casos levados ao Tribunal. O VGH, nessa linha, revelou-se como típico tribunal de exceção.

Era também condição para recrutamento para atuação no tribunal a comprovação de que o indicado não detinha origem ou alguma relação de sangue com o que então se entendia como *raça semita*, porquanto – especialmente – seriam também julgados casos de ofensas criminais ao *estatuto da raça* (*Rassenschande*) (cf. HOEFER, cit., p. 388). Nesse passo, aplicou-se um decreto datado de 7 de abril de 1933, ironicamente denominado *Decreto de Restauração*

do Serviço Civil, com base no qual se expulsaram todos os judeus e não arianos do serviço público alemão, o que, por consequência, afastou judeus e não arianos da administração da justiça.

Os membros do VGH eram indicados pelo partido, referendados pelo Ministério da Justiça e nomeados pelo Chanceler do Reich, Hermann Göering (cf. MÜLLER, cit., p. 145). A nomeação garantia ao nomeado as prerrogativas de alto funcionário do Estado, isto é, a confirmação da participação nos mais importantes níveis da Administração nazista (cf. MÜLLER, cit., loc. cit.). Deve-se ter em mente que, ao longo da ordem nazista, não se observou a independência do judiciário: assim, a lealdade ao partido era, ao mesmo tempo, fator de recrutamento e de manutenção da função judicante (cf. HOEFER, cit., p. 392).

O VGH propiciou a realização de um sonho dos nazistas da velha guarda, para quem era absolutamente necessária a criação de um tribunal revolucionário (cf. MÜLLER, 1991, loc. cit.). Com jurisdição sobre 70 milhões de cidadãos alemães, cuja lealdade ao Estado nazista era permanentemente testada, o VGH não alcançava judeus, sobre quem não detinha competência, sob o argumento de que a alegada inferioridade racial dos judeus os desprovia do império e da segurança da lei (cf. KOCH, 1997, p. 5). O VGH foi, efetivamente, um tribunal de exceção. À época, exigia-se do alemão uma lealdade ritualística, especialmente no exército e no partido (cf. LONGERICH, 2013, p. 312); o VGH transformou-se em agência de controle externo dessa fidelidade demandada pelo regime: era um tribunal que julgava consciências.

Entre 1933 e 1944, o VGH pronunciou cerca de 13.000 sentenças de morte; o número de condenações aumentava na medida em que a guerra avançava. Operava-se com base no então vigente Código Penal Alemão (que era de 1871), no qual se encontrava um conceito de traição que vigia na cultura alemã desde a Idade Média, e que na década de 1930 tinha por objetivo proteger o Estado, a Constituição (que paradoxalmente a ditadura não respeitava), bem como o Chefe de Estado (cf. KOCH, 1997, p. 4). O VGH funcionou como um tribunal ideológico, agente de extermínio e de execução formal da decisão política que fundamentou sua criação. O VGH foi a expressão jurídica do sistema jurídico da Alemanha nazista, cuja preocupação maior consistia no controle absoluto dos dissidentes, sobre quem pesou ameaça perene de destruição.

O VGH tinha competência para fixar penas de morte, de prisão com trabalhos forçados e de multa. As matérias julgadas variavam de tentativas de assassinato de Hitler a audição de rádios de países que eram inimigos na guerra (cf. KOCH, 1997, p. 5). Não havia uma atuação seletiva pautada pela gravidade dos delitos ou pela dimensão efetiva do que se pretendia reprimir. Tem-se a impressão que a atuação desse tribunal era randômica, multifacetária, e que

sua ira punitiva voltava-se contra todos os delitos perseguidos, não importando o potencial ofensivo e o resultado prático. Era um tribunal espalhafatoso, com grande acompanhamento midiático; a frequente revelação de suas ações e intransigências exerciam papel pedagógico, na visão dos líderes nazistas, que utilizavam as sentenças do tribunal como ferramentas de intimidação.

Como já observado, os juízes eram indicados pelo partido; o funcionamento que se esperava do tribunal exigia magistrado que professasse a ideologia nacional-socialista e que defendesse ideais de "comunidade nacional" e de "valores raciais" (GELLATELY, 2011, p. 74). Uma odiosa função *exterminacionista* (GOLDHAGEN, 1997, p. 326) estimulava os julgadores, em ambiente no qual aos acusados se vedava o direito de apelação (cf. KOCH, 1997, p. 6). Não se previa a imparcialidade. O juiz do VGH era agente da repressão nazista, aliado ao regime, comprometido com resultados que indicassem que o regime era implacável com os dissidentes.

Esse recrutamento não se revelou problemático, levando-se em conta a massiva adesão dos cidadãos para com o regime, ainda que nos anos imediatos do pós-guerra a República Federal Alemã tenha tentado sustentar uma mitologia de que o regime nazista contara com grande número de opositores. Há relatos de visitantes brasileiros, antes e logo em seguida ao fim da guerra, que comprovam essa afirmação (COLLOR, 1989, TAVARES, 1951).

Lindolfo Collor, por exemplo, em viagem pela Alemanha em 1939, observou que *"para comemorar o 50º aniversário do sr. Adolf Hitler os quarteirões centrais de Berlim se transformaram num colossal cenário wagneriano"* (1989, p. 128). O ex-ministro do trabalho de Vargas impressionou-se com o modo como os alemães entusiástica e freneticamente seguiam o ditador; Lindolfo Collor equiparou o auge e a fama de Hitler com vitórias de Augusto na Europa do primeiro século (1989, p. 129). O então Coronel Lyra Tavares, que viveu na Alemanha ocupada, a serviço do Exército e do Itamaraty, na qualidade de Subchefe da Missão Militar Brasileira em Berlim, horrorizou-se com cenas impressionantes, a exemplo de um carteiro que procurava o que comer em uma lata de lixo (1951, p. 34), num contexto punitivo, no sentido de que a punição se radicalizava nas próprias condições da derrota (1951, p. 94).

Do ponto de vista ideológico, o VGH foi organizado com o objetivo de referendar o partido nazista como o único representante de uma "comunidade nacional", um antídoto para os problemas detectados por Hitler e apontados como responsáveis pelo colapso alemão na Primeira Guerra Mundial, designadamente, a urbanização excessiva, a queda de padrões éticos, o alargamento de posturas materialistas, a arrogância das classes superiores, a influência dos judeus e a degeneração das lideranças políticas (cf. KOCH, 1997, p. 23), cir-

cunstâncias esgotadas na argumentação do chefe do nazismo, em infame livro (cf. HITLER, 2002, p. 373 e ss.). A glória nazista foi construída a partir do não reconhecimento da derrota de 1919, situação fomentada pelas imposições do Tratado de Versalhes. Não há como se abandonar, nesse tema, linha historiográfica tradicional, que imputa à paz de 1919 as condições que possibilitaram a guerra que irrompeu em 1939.

Aos juízes membros do VGH incumbia-se também a atuação acusatória, o que caracteriza o modelo processual que informava o tribunal do povo como parcialmente inquisitivo, porquanto aos juízes era dado acusar e julgar, bem como a exercer o controle sobre o conjunto probatório. Não se destacava da função judicante a atuação de uma promotoria. O magistrado simultaneamente acusava e julgava, ainda que em momentos procedimentais distintos. Do ponto de vista de uma prática procedimental, o magistrado era também um promotor especial com poderes de supervisão sobre outros promotores (*Oberreichsanwalt*) (cf. KOCH, cit., p. 90).

Os acusados eram representados (formalmente) por advogados livremente por eles escolhidos. A fúria acusatória dos membros do Tribunal, e as fórmulas de procedimento, nas quais apenas os acusados respondiam diretamente questões que lhes eram formuladas, retirava do julgamento uma mínima aparência de administração judicial, na qual duas partes iriam debater junto a um magistrado neutro. O magistrado, por ser também o acusador, retirava do acusado qualquer possibilidade de defesa técnica. A cúpula nazista entendia que ao Judiciário caberia uma tarefa substancialmente política (cf. KOCH, cit, p. 4), pelo que formalidades de um procedimento livre deveriam ceder em face de um bem maior perseguido, que consistiria na manutenção da ordem nazista, com a eliminação dos opositores do regime. Era um simulacro de justiça. Sob uma concepção doentia de *tribunal do povo*, efetivou-se, na verdade, *um tribunal do regime*.

No contexto de uma absoluta fúria acusatória, a representação dos acusados se fazia, em regra, por eles mesmos, respondendo a perguntas durante as sessões de instrução, ainda que formalmente acompanhados por advogados, aos quais se incumbia tão somente um acompanhamento regulamentar do desdobramento procedimental.

Há registros de situações inusitadas, também do ponto de vista ideológico, a exemplo do debate que o VGH conduziu em torno do "catolicismo político", isto é, no conjunto de casos nos quais padres católicos eram acusados de criticar o nacional-socialismo de seus púlpitos (cf. KOCH, 1997, p. 55), ainda que, do ponto de vista do debate histórico ainda recorrente, dê-se uma maior ênfase

para o papel tímido da Igreja Católica no contexto da questão judaica (FRANZEN, 1996, p. 414), e não para uma postura rígida de combate ao nazismo.

O VGH atendia demanda no sentido de que os julgamentos deveriam ser rápidos, sumários, o que redundava constantemente no desrespeito aos procedimentos do próprio tribunal (cf. KOCH, 1997, p. 82). Essa situação agravou-se, em desfavor dos réus pelo tribunal julgados, a partir de 1939, quando a ordem nazista baixou um Código Penal Militar, também aplicável a civis; o resultado imediato foi o aumento de condenados enviados a campos de concentração, onde sofreriam medidas que o tribunal reputava como "corretivas" (cf. KOCH, 1997, p. 87). Os campos de concentração eram locais de extermínio, de trabalho forçado, nos quais a barbárie transcendeu os limites de qualquer tentativa de compreensão humana (LEVI, 1988); nos campos, a exemplo da novela de Kafka, cada um poderia ser processado, condenado e executado, sem saber o porquê (AGAMBEN, 2008, p. 27). Muitos dos que seguiram para os campos de concentração passaram primeiro pelos corredores do VGH, pelo qual foram condenados.

Os números desse tribunal são impressionantes. Por exemplo, em 1939, ano do início da guerra, de um total de 470 acusados, 36 foram condenados à morte, 46 foram condenados a penas que variavam entre 10 a 15 anos de trabalhos forçados, 100 foram condenados a trabalhos forçados entre 5 a 10 anos, 89 a penas inferiores a 5 anos, 131 a prisões simples e 40 foram absolvidos; 22 seguiram para a prisão perpétua, 40 foram absolvidos, e dos demais não se tem notícia (cf. KOCH, 1997, p. 132). As execuções tendiam a ser sumárias; não havia juízo de apelação.

O auge da violência desse tribunal deu-se em 1944, no qual há registros de 4.379 acusados, 2.079 penas de morte, 15 de prisões perpétuas, 1.374 de trabalhos forçados, 331 de prisões simples, 2 multas, 22 restrições de direitos e 489 absolvições; não se tem ciência do resultado de cerca de 67 casos (cf. KOCH, 1997, cit.). Ainda que nem todas as sentenças (especialmente as de pena de morte) tenham sido executadas, por alguma razão operacional, especialmente nos últimos meses da guerra, esses números oferecem um indicativo geral da atuação frenética do tribunal. O VGH era uma máquina eficiente de acusação, julgamento, encarceramento e encaminhamento para a execução de penas de morte; raramente um sistema judicial foi tão eficiente na aplicação de determinações políticas ditatoriais.

Entre os vários casos julgados pelo VGH incluem-se acusações de alta traição, de preparativos ou incitação para atos de traição, de espionagem, de violação de segredos de Estado, de traição por meio de "propagação de mentiras", de falta de lealdade, de destruição de provas, de ajuda ao inimigo, de ataques

verbais ao "Führer", de transferência ilegal de dinheiro para o estrangeiro, de uso de prova falsa para o não atendimento de requisição de comida ou bens estocados (cf. KOCH, 1997, p. 129-130). As estatísticas do VGH revelam também uma sociedade em duradouro estado psicológico de acusações: 4.918 denúncias em 1939, 4.588 em 1940, 5.603 em 1941, 4.727 em 1942, 6.584 em 1943 e 13.986 em 1944 (cf. KOCH, 1997, p. 130).

O tema do delator e do denunciante em tempos de ditadura foi tratado por Lon L. Fuller em curioso excerto, *The Problem of the Grudge Informer* (O caso dos denunciantes invejosos); nesse caso fantasioso, Fuller inventou um governo que guardaria muitas semelhanças com o nazismo, no qual denúncias eram feitas com objetivo de perseguir agendas próprias, a exemplo do personagem do livro que denunciou para as autoridades o esposo da mulher de quem ele, o denunciante, era amante (FULLER, 1979, p. 245 e ss.).[1] Depoimentos que revelam aspectos do cotidiano da Alemanha nazista apontam para situações muito semelhantes (STEINHOFF, PECHEL e SHOWALTER, 1994). Denúncias davam conta de alemães que teriam ajudado inimigos, o que se constatava com a simples e humanitária entrega de um pedaço de pão (cf. KOCH, 1997, p. 93).

Uma mulher (viúva) fora condenada à pena de morte porque contou uma piada; teria dito que Hitler e Göering conversavam no alto da torre de televisão em Berlim, quando Göering teria pedido que Hitler fizesse um favor para a Alemanha – que se jogasse do alto da torre... (cf. KOCH, 1997, p. 94). Um menino foi julgado sob a acusação de ouvir rádios estrangeiras. Nesse caso, não se conseguiu fazer prova incontroversa; o pai do garoto, que frequentemente contava piadas que ridicularizavam o nazismo, e que foi por isso condenado à morte, é que teria ligado o rádio para seu filho. O menino foi absolvido justamente porque impressionou os julgadores pelo fato de ser destacado membro da Juventude Hitlerista (cf. KOCH, 1997, p. 149).

Entre os casos de maior dimensão, o VGH julgou e condenou Sophia Scholl, seu irmão Hans Scholl e Cristoph Probst, então jovens universitários de Munique, membros de um grupo católico, "Rosa Branca", que fazia oposição ao nazismo na Baviera. A execução deu-se em 1943, pela guilhotina. Ao que consta, Himmler foi contrário à execução de Sophia, porque não queria que se criassem mártires contra o nazismo, dados os aspectos particulares que envolviam a questão. Himmler telegrafou ao presidente do tribunal, determinando que a execução da estudante fosse adiada; o telegrama, ao que parece, não alcançou

1. Há tradução para o português, acrescida de comentários e sentenças alternativas (DIMOULIS, 2003).

o tribunal a tempo de evitar que a jovem opositora de Hitler fosse decapitada (cf. KOCH, 1997, p. 137).

O VGH atingiu seu cume político como tribunal ao julgar os oficiais alemães acusados de tentativa de assassinato de Hitler. Há notícias de tentativas de eliminação de Hitler já em 1938. Em novembro daquele ano, Maurice Bavaud, um suíço, tentou matar Hitler durante um comício, em Munique. Instalou uma bomba atrás do palanque onde Hitler discursaria. Preso, foi julgado pelo VGH, que o condenou à pena de morte. Bavaud foi executado em 14 de maio de 1941 (cf. KOCH, 1997, p. 175).

Suspeitava-se que o serviço secreto de inteligência da Inglaterra teria planejado assassinar Hitler, conduzindo algumas ações com esse objetivo. Essas ações foram interceptadas pela Gestapo, a polícia secreta do regime nazista. É o que ocorreu com Johann Georg Elser, que teria chefiado um plano para o assassinato de Hitler, e que foi preso e enviado para o campo de concentração de Sachsenhausen, ao norte de Berlim. Elser era um carpinteiro, que teria construído bombas caseiras, e que foi preso após uma tentativa de eliminação de Hitler, no Lago Constança, a caminho da Suíça. Por decisão do VGH, Elser foi executado em 9 de abril de 1945, no campo de concentração de Dachau, para onde fora transferido no início daquele ano (cf. KOCH, 1997, p. 175).

Em fins de 1944, a Gestapo prendeu o Capitão Josef Römer, também acusado de avançar num plano para assassinar Hitler. Julgado sumariamente pelo VGH, que o condenou por traição, Römer foi executado em 25 de setembro de 1944; o enforcamento teria ocorrido imediatamente após a leitura da sentença, na sala de julgamento.

A população alemã, segundo se registrou, teria se indignado com as tentativas de eliminação de Hitler. Uma forte reação popular resultava de notícias que dramatizavam as ações supostamente organizadas com vistas à execução de Hitler. Com a notícia de que o "Führer" sobrevivera, hinos de graça foram cantados nas igrejas (cf. KOCH, 1997, p. 178).

3. Os presidentes do *Volksgerichhtof-VGH*

Otto Thierack e Roland Freisler foram os dois principais presidentes do VGH. Thierack deixou o VGH para assumir o Ministério da Justiça da Alemanha nazista. Sua ligação com o nazismo era antiga: Thierack não era um arrivista. Foi promotor público em Leipzig e depois em Dresden. Em 1933 foi Ministro da Justiça do Estado da Saxônia. Em 1935 foi Vice-Presidente da Suprema Corte de Justiça do Reich Alemão. Presidiu o VGH de 1936 a 1942.

Preso no fim da guerra, suicidou-se no campo de Neumünster, e por isso não foi levado a julgamento em Nuremberg (cf. WISTRICH, 2002).

Roland Freisler é o mais acabado exemplo de juiz nazista e fanático, que confundia as funções de acusação e de julgamento, "um verdadeiro sádico vestido na toga da magistratura" (WISTRICH, 2002, p. 65). Brutal e sarcástico, Freisler era menos um juiz do que um jurista do partido (cf. STOLLEIS, 2004, p. 339). Crítico de qualquer concepção jurídica liberal (cf. WAGNER, 2013, p. 126), Freisler insistia na inafastabilidade dos conceitos de *Povo, Jurista* e *Direito* (cf. HATTENHAUER, in DREIER e SELLERT, 1989, p. 26); o Direito, na concepção de Freisler, deveria substancializar o *espírito do nacional-socialismo* (*Den Geist des Nationalsozialismus*) (RÜTHERS, 1989, p. 107).

Na Primeira Guerra Mundial, lutando pela Alemanha, Freisler foi capturado pelos russos e ficou preso na Sibéria por dois anos; aprendeu russo e passou a acreditar no comunismo, situação que posteriormente lhe criou problemas entre os líderes da Alemanha nazista. Esse fato, de que teria se simpatizado com o comunismo, teria suscitado uma aversão, por parte de Hitler, que nunca contou com Freisler entre seus companheiros mais próximos, ainda que esse maníaco juiz representasse, sem dúvidas, a obsessiva aplicação apaixonada e maníaca do direito nazista (WISTRICH, 2002, p. 64). Freisler não foi um juspositivista; pelo contrário, julgava exatamente nos termos de uma concepção hermenêutica flexível, volúvel, adaptável, que reputava inspirada pelas orientações do "Führer".

Libertado pelos russos, Freisler estudou Direito em Viena, advogou em Kassel e entrou para o Partido Nazista em 1924; em 1932 foi designado representante dos nazistas na legislatura prussiana, em 1934 passou a secretariar o Ministro da Justiça no combate à sabotagem, bem como participou de uma comissão para reforma do Código Penal Alemão. Em 1942, participou da conferência de Wansee, ocasião na qual os nazistas discutiram o que reputavam como a "*solução final do problema judaico*". Por essa razão, não se pode afirmar que Freisler desconhecia os fatos que ocorriam nos campos de concentração.

Freisler morreu no tribunal, presidindo uma sessão de julgamento por traição, em 3 de fevereiro de 1945, quando uma bomba jogada pelos aliados atingiu o edifício no qual funcionava o VGH (WISTRICH, 2002). Ambicioso, Freisler não pretendia consolidar o VGH como uma instituição jurídica paralela ao sistema judiciário germânico; seu objetivo era que o VGH se tornasse a Suprema Corte Alemã (cf. KOCH, 1997, p. 47). Com tal finalidade, Freisler lutou para expandir o núcleo de competências do VGH, firme na convicção de que todo desvio comportamental punível pelo direito nazista consistia exatamente em delito contra o "Führer" e, consequentemente, contra a Alemanha.

Freisler notabilizou-se definitivamente em episódio da história alemã conhecido como Operação Valquíria (FEST, 1974, p. 711 e ss.), que consistiu num plano militar para o assassinato de Hitler. Foi nesse julgamento que Roland Freisler, o histriônico presidente do tribunal, esbravejou, agrediu verbalmente os envolvidos, fanaticamente gritando que o "Führer" e o povo alemão formavam uma só pessoa, e que os acusados faltaram com a lealdade para com toda a nação alemã, ao planejarem e tentarem assinar Adolf Hitler (cf. KOCH, 1997, p. 201).

Esse caso é o mais emblemático de toda a atuação do VGH. O papel dos acusados e executados foi realçado no contexto da reconstrução alemã, especialmente na década de 1970, quando se discutiu o armamento alemão, especialmente no contexto da Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN. Havia necessidade de se encontrar elementos indicativos de honra, por parte do exército alemão, situação resolvida com a reabilitação dos oficiais acusados de tentarem o assassinato de Hitler, e que foram condenados pela VGH.

A Operação Valquíria[2] radicou em crescente oposição militar a Hitler, já perceptível em 1938, quando setores mais aristocráticos do exército alemão criticaram a política externa expansiva e o permanente problema da questão judaica. A aristocracia do exército discutia o problema dos judeus, na convicção de que judeus assimilados eram efetivamente alemães, especialmente porque se viam como tais (cf. KOCH, 1997, p. 180). Hitler neutralizou essa oposição no contexto das vitórias que obteve em 1940, granjeando a simpatia de muitos generais, para quem distribuiu patentes de *marechal de campo*, além de outras condecorações militares. Como resultado desse ensaio de aliança, o partido nazista alcançou o apoio e a lealdade de muitos oficiais, inclusive de alguns que conspiravam contra Hitler (cf. KOCH, 1997, p. 183).

A Operação Valquíria foi liderada pelo Coronel Claus Schenck Graf von Stauffenberg. Reconhecido militar, fora ferido na Tunísia, no início da guerra, quando, na explosão de um carro, perdeu o olho direito, o braço esquerdo e

2. *Valquírias* eram deusas da mitologia nórdica. O nome da operação, e também do código usado pelos conspiradores, refere-se a uma ópera de Richard Wagner (1813-1883), compositor alemão com o qual se identificavam os nazistas. A *Cavalgada das Valquírias* (no original, *Walkürenritt ou Ritt der Walküren*) é excerto emblemático da peça, início do ato III, que invoca uma acentuada euforia, que foi pela propaganda nazista apropriada em torno de uma ideia obsessiva de poder. A referência utilizada pelos conspiradores pode ser um contraponto à apropriação, insinuando uma reação de guerreiros, isto é, de militares então descontentes com o nazismo.

três dedos da mão direita. Era um herói militar. Esse movimento que objetivava assassinar Hitler também foi liderado por outro militar, Henning von Tresckow. Esses militares aproximaram-se de um outro grupo de opositores de Hitler, que se reconheciam como membros de uma confraria, o *Círculo de Kreisau*. Em geral, eram oficiais conservadores, mais preocupados com o que fazer com a Alemanha após o fim da guerra do que com as medidas práticas para a destruição do líder do nazismo (cf. KOCH, 1997, p. 185).

O Coronel Stauffenberg reuniu o maior número de subalternos que pôde. No dia 20 de julho de 1944, deixou uma maleta com explosivos numa sala de reuniões, em encontro presidido por Hitler, para quem pediu licença para deixar o recinto, alegando que deveria telefonar urgentemente. A bomba explodiu, os ferimentos de Hitler foram meramente superficiais, ainda que quatro colaboradores próximos do "Führer" tenham morrido. O conspirador foi preso e executado no dia seguinte. Pesquisas divulgadas pelos nazistas insistiram que a população alemã estava ensandecida com o ocorrido, que desejava vingança e que havia necessidade de se prender e processar os demais líderes da conjuração. Houve várias e efusivas manifestações populares de apoio a Hitler (cf. KOCH, 1977, p. 188-189).

Os conspiradores foram presos e julgados pelo VGH. Freisler conduziu todas as sessões. Focou no crime, não permitindo que os acusados fizessem declarações, obstaculizando que as razões justificadoras da conspiração fossem apresentadas. As motivações foram abafadas, o que estava em discussão era a tentativa de assassinato de Hitler, como um ato de traição. Hitler pretendia um julgamento sensacionalista, com ampla cobertura jornalística, objetivando um máximo de impacto no povo alemão. Os conspiradores, no entanto, eram militares, o que exigia uma corte marcial. Esta se reuniu e imediatamente expulsou os militares do Exército, justificando-se a competência do VGH, cuja jurisdição era civil (cf. KOCH, 1997, p. 196).

Por ordens de Goebbels, o julgamento foi filmado; três microfones foram colocados junto a Freisler que, não acostumado com o aparelho, gritava com estridência, o que ampliou o histrionismo de sua pessoa. Freisler teve vários acessos de raiva ao longo das sessões. Ao se aproximar para ser interrogado, Erwin von Witzleben fez a saudação nazista. O juiz reagiu, dizendo que se estivesse no lugar do acusado não faria a saudação alemã. Esta, segundo Freisler, somente poderia ser usada por pessoas de honra; gritando, disse a Witzleben que este deveria se sentir envergonhado do gesto (cf. KOCH, 1997, p. 198).

A acusação consistia, objetivamente, na culpa por um atentado reputado como covarde, para assassinar Hitler, depor o regime nacional-socialista, usurpar o poder e acabar com a guerra por intermédio de uma negociação indigna

para o povo alemão. Freisler, que julgava atuando como acusador também, vociferou que estava em face da maior traição já cometida contra o povo alemão. Discutiu com cada um dos acusados, condenando a todos, com base nos depoimentos tomados pela polícia do regime. Freisler conseguiu que um dos acusados confessasse que mentira para a polícia, pelo que o chamou de "hipócrita", aos gritos. Os réus foram executados no mesmo dia da proclamação da sentença de condenação, ao longo da própria audiência; foram enforcados com fios bem finos, de cordas de pianos, e em seguida foram pendurados em ganchos de açougue (cf. KOCH, 1997, p. 200 e ss.).

Roland Freisler é exemplo de um Judiciário absolutamente dependente do poder, durante um *estado de exceção*, no qual o julgador também é acusador. O processo penal tornou-se uma farsa. Todo o procedimento não passava de uma encenação. Todos os protagonistas desta pantomina sabiam onde tudo terminaria.

4. Os fundamentos hermenêuticos e operacionais do VGH: o *Führerprinzip*

De algum modo centrando o "Führer" como o "Supremo Juiz", um grupo de juristas ligados ao nazismo construiu o dogma do *"Führerprinzip"*, que consistiu na pedra de toque da jurisprudência da Alemanha nazista em geral, e do VGH em especial. Para essa fórmula, o intérprete do direito deveria atuar decidindo exatamente do modo como supostamente o "Führer" decidiria casos concretos.

O crivo final para a interpretação de qualquer problema jurídico consistia na tentativa de compreensão de como o "Führer" deliberaria em face da situação posta. O direito nazista, por isso, é conceitualmente afastado de qualquer compromisso com o direito posto; a obrigação do intérprete é firmada com a vontade do Chefe, que deve conhecer e obstinadamente seguir; nessa vontade o direito nazista predica seus critérios de decisão.

Otto Luetgebrune, Hans Frank e Roland Freisler foram representantes dessa tendência hermenêutica autoritária, à qual o VGH cegamente havia aderido. Hans Frank, por exemplo, um dos mais destacados nomes desse grupo, era nazista desde o início do movimento; havia participado do "Putch" liderado por Hitler em 1924. Acreditava que o Direito então vigente era totalmente alienígena ao povo, razão pela qual sustentava veementemente a necessidade de sua renovação. Ao que consta, ainda que proeminente voz do pensamento jurídico nazista, Frank não fora também um dos mais próximos a Hitler, porquanto o ditador alemão desprezava os juristas (cf. WISTRICH, 2002, p. 63).

Frank revelou-se como um dos mais brutais antissemitas, pensamento ao qual deu forma jurídica na formulação de vários arranjos para perseguição, enquadramento e execução de judeus. Tendo ocupado a Presidência da Academia dos Juristas Alemães (STOLLEIS, 2014, p. 116), Frank era autoridade seguida e reverenciada na Alemanha do início da década de 1940 (TUSA e TUSA, 2010, p. 122).

A partir de 1942, Frank passou a se afastar de Hitler, que o nomeou Governador-Geral da Polônia, posição considerada subalterna no contexto de lideranças do Reich. Seu forte antissemitismo, suas posições jurídicas infamantes e sua atuação efetiva no extermínio de judeus lhe valeram um lugar no banco de réus no Julgamento de Nuremberg, no qual foi condenado e pelo qual foi executado como criminoso de guerra, em 16 de outubro de 1946.

Vítima de seu próprio senso absoluto de organização, Frank determinou que tudo que dissesse deveria ser guardado para a posteridade; há vários registros de discursos violentos que proferiu, nos quais se ufanava de liquidar piolhos e judeus (cf. PERSICO, 1994, p. 22). Ao longo do julgamento, Frank entregou às autoridades seus diários, instrumentalizando com pormenores a atuação da acusação (MARRUS, 1997, p. 214). Criado em família católica, da qual se afastou na vida adulta, durante o julgamento, Frank voltou-se freneticamente para o cristianismo; em sua fala final, implorou que o povo alemão se voltasse para a religião (cf. TAYLOR, 2013, p. 538-539).

Frank admitiu sua responsabilidade para com a execução de judeus, afirmando, inclusive, *"que mil anos se passariam e a culpa alemã não seria apagada"* (CONOT, 2009, p. 380). Frank evocava uma culpabilidade coletiva que agitou as reflexões alemãs no pós-guerra, transcendendo a seus aspectos criminais e políticos (cf. JASPERS, 2000). Frank tentou o suicídio quando preso em Nuremberg; entrevistado pelos psiquiatras norte-americanos, afirmou que teria tentado o suicídio porque sacrificara tudo por Hitler, que os deixou sozinhos no fim da guerra; justificou que se tivesse se suicidado quatro anos antes, tudo teria ocorrido de um modo mais adequado; no entanto, registrou na mesma entrevista que falara abertamente com Hitler, criticando o uso dos campos de concentração para o extermínio dos judeus (cf. GOLDENSOHN, 2004, p. 19).

Há também uma forte influência do pensamento de Carl Schmitt, especialmente no que se refere aos pressupostos de lealdade, adesão, disciplina e honra, vinculantes do agente burocrático responsável pela tomada de decisões, em relação às orientações gerais do nazismo (SCHMITT, 1996, p. 73). Schmitt exerceu grande influência junto ao VGH por conta também de um pequeno texto no qual comentou a reação de Hitler ao incêndio no Reichtag, situação que municiou os nazistas para uma brutal perseguição de inimigos,

particularmente de comunistas. Segundo Schmitt, *"o Führer protege o direito do pior abuso, quando ele, no instante do perigo, cria o direito sem mediações, por força de sua liderança (...) e enquanto Juiz Supremo"* (SCHMITT, in MACEDOR JR., 2011, p. 178).

Contrariando doutrina que associa o pensamento jurídico nazista ao positivismo,[3] constata-se no VGH a utilização de critérios flexíveis para aplicação do direito, baseados na construção imaginária do que seria o desejo e a ordem do "Führer" no caso concreto, o denominado *Führerprinzip*, conceito substancialmente vago, ambivalente e limitado (cf. KOCH, 1997, p. 38). Constata-se que, durante o nazismo, o direito constitucional alemão foi substituído por *slogans*, postulados e cláusulas gerais, por meio das quais se proclamava a infalibilidade das ordens de Hitler (cf. KOCH, 1997, p. 39). Um vocabulário distinto passou a identificar a ordem nazista, com fortíssimos efeitos na construção de uma linguagem autoritária e obcecada com as razões políticas da ordem então dominante (cf. KLEMPERER, 2009).

Argumentou-se, especialmente Roland Freisler, que o Direito não poderia ignorar as leis da natureza; a lei, nesse sentido, com objetivo de dar segurança às pessoas e ao Estado (nazista), deveria ser orgânica, em permanente desenvolvimento, adaptável às circunstâncias e às mudanças (cf. KOCH, 1997, p. 71). Essa premissa pode sustentar o argumento de que o positivismo do direito nazista é miragem, consistindo em estratégia de defesa daqueles que foram julgados e responsabilizados nos Tribunais de Nuremberg e de Frankfurt, quando justificaram ações e omissões com base no estrito cumprimento do dever legal. Concebeu-se uma definição bem elástica de traição, o que possibilitou o alcance de um maior número de opositores do regime.

Os acusados respondiam às acusações encarcerados, o que então se denominava *custódia protetiva* (*Schutzhaft*). Prevalecia a autoridade da Gestapo, a qual competia custodiar os acusados; com efeito, a denominação *custódia protetiva* era mero eufemismo para o efetivo encarceramento pela polícia política do regime, em face de qual situação não se contemplava regulamentação procedimental mais específica.

3. Entre nós, no Brasil, essa contrariedade foi definida, revelada e explicada por Dimitri Dimoulis. Segundo Demoulis, há um mito persistente e difundido que "acusa os autores positivistas de terem legitimado regimes autoritários, baseados em uma teoria acrítica e apologética sobre o direito (...) fazendo referências específicas à situação da Alemanha nazista, concluímos que tais acusações não têm fundamento" (2006, p. 14).

A ordem de *custódia protetiva*, baixada por magistrado do VGH, e administrada pela Gestapo, funcionava de modo *ad hoc*, sob a justificativa de que o preso estaria, sob a responsabilidade do Estado, protegido da fúria vingativa do povo, não importando se essa fúria de fato existisse, ou não (cf. HOEFER, cit., p. 390). Nesse contexto, o direito de ficar em silêncio em nada beneficiaria o acusado, pelo que inexistente. A culpabilidade previamente assumida era a premissa que informava o ambiente teatral no qual se protagonizava uma imaginária fórmula de justiça.

O VGH apelava para um "sentimento intuitivo de povo", qualificado pela compreensão irracional de que tudo que fosse contra o povo seria passível de correção por meio da pena de morte. Essa obsessão foi enfatizada por decisões que penalizavam indistintamente meras tentativas e delitos consumados; isto é, a intenção de cometimento de crime contra a ordem nazista seria equivalente ao cometimento do próprio crime (cf. KOCH, 1997, p. 81).

Esse entendimento dirigia a política judiciária, que entendia que o papel dos tribunais consistia não no controle do executivo, mas em sua fiel observância; por isso, o que é válido especialmente para Frank e Freisler, negava-se a independência do Judiciário, a quem se incumbia um desempenho único: a dureza com os inimigos do povo resultaria na defesa desse mesmo povo (cf. KOCH, 1997, p. 84); uma lógica florentina estimulava a ação: os juristas nazistas estavam convictos de que os fins justificavam os meios.

Propunha-se a renovação do Direito, a ser substancializada por forte clamor popular, o que se daria mediante o uso de ferramentas ideológicas. Proclamou-se um novo Direito, de caráter suprapositivo, no qual se plasmava um dualismo que opunha o Direito escrito a uma ideia capital de justiça, anterior à ordem estatal e hierarquicamente superior a ela. Elaborou-se uma nova teoria das fontes, arraigada na ideia de representatividade popular absoluta, capturada e decodificada pelo partido.

Construiu-se também uma nova teoria da interpretação, então colocada a serviço das necessidades dos governantes. Conceitos indeterminados foram explorados com o objetivo de se aplicar ideais transformadores de Direito. Essas condições foram recepcionadas e defendidas como reflexo mesmo da ruptura do sistema constitucional anterior, que não teria se adaptado aos valores e princípios ideológicos da ordem nazista (cf. RÜTHERS, 1989).

Essas características marcaram o *Führerprinzip* enquanto critério hermenêutico e operacional, pelo que a atuação do VGH nos indica a aplicação de um direito suprapositivo, cujos critérios de funcionamento (e não de justificação, bem entendido) são epistemologicamente aproximados à construção

fática jusnaturalista. Isto é, uma concepção orientadora (não a justiça, bem entendida, mas a vontade do Führer) é que guiava o intérprete.

De tal modo, o VGH exemplifica o *estado de exceção* no direito processual penal, ao mesmo tempo que rebate a firme ideia de que o juspositivismo fora colocado a serviço da ordem nazista, porquanto o tribunal do povo alemão construiu sua pauta de decisão com base em princípio que exigia do intérprete uma total lealdade às orientações do partido e do líder, e não de um Direito composto por regras gerais e abstratas.

A pauta de decisão não era a lei escrita; era a aplicação da vontade do Chefe na aplicação das leis com as quais se contava. A lei, em resumo, era um pretexto. A vontade do Chefe, no limite, era a medida da aplicação da lei.

5. CONCLUSÕES

O *estado de exceção* é um *não direito* que se arroga mecanismo de proteção e obtenção do *Direito*. A experiência da normatividade nazista e o putativo processo penal inerente a esse modelo histórico são circunstâncias empíricas que comprovam os perigos da utilização de critérios de flexibilidade jurídica. Essa premissa implica que a reverência para com aspectos procedimentais não supre uma substância valorativa que supostamente (ou concretamente) ameace uma ordem política totalitária.

A construção de conceitos vagos e indeterminados é refém de ordens políticas e normativas que primam por um modelo judicial sumário, rápido, comprometido com fins, manipulados a partir de ingerências irracionais como *vontade do povo,* de onde se constrói um parâmetro de lealdade e de boa-fé que fundamenta e justifica a exclusão do oponente, classificado como inimigo.

O VGH e, mais especificamente, Roland Freisler tipificam patética e malignamente esse acidente de percurso civilizatório, sugerindo que o apego ditatorial para com o positivismo é mais uma estratégia de defesa daqueles que foram historicamente responsabilizados do que, efetivamente, uma agenda de interpretação jurídica que teria caracterizado uma ordem totalitária.

6. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *O que resta de Auschwitz.* Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

AMADO, Juan Antonio García. *A lista de Schlinder:* sobre abismos que o Direito dificilmente alcança. Tradução de Ricardo Menna Barreto e Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarism.* New York: Harvest Book, 1976.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente* – Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Territorial, 1994.

CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of german constitucional law* – The theory and practice of German constitutionalism. Durham and London: Duke University Press, 1997.

COLLOR, Lindolfo. *Europa, 1939.* Porto Alegre: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

CONOT, Robert E. *Justice at Nuremberg.* New York: Perseus Book, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. *O caso dos denunciantes invejosos.* São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Positivismo jurídico* – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DREIER, Ralf; e SELLERT, Wolfgang. *Recht und justiz im "Dritten Reich".* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

DUPEUX, Louis. *História cultural da Alemanha.* Tradução de Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

FAST, Joaquim. *Hitler.* Tradução do alemão para o inglês de Richard e Clara Winstton. San Diego, New York and London: Harvest Books, 1974.

FRANZEN, August. *Breve história da Igreja.* Tradução de Manuela Ribeiro Sanches. Lisboa: Presença, 1996.

FULLER, Lon L. *The morality of law.* New Haven and London: Yale University Press, 1979.

GELATELY, Robert. *Apoiando Hitler* – Consentimento e coerção na Alemanha nazista. Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2011.

GOLDENSOHN, Leon. *Nuremberg interviews.* New York: Vintage Books, 2004.

GOLDHAGEN, Daniel Jonah. *Os carrascos voluntários de Hitler.* Tradução de Luís Sérgio Roizman. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HENIG, Ruth. *The Weimar Republic.* London and New York: Routledge, 1998.

HITLER, Adolf. *Mein Kampf.* Tradução de Ralph Manheim. Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 2002.

HOEFER, Frederick. The nazi penal system – I. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 385 (1944-1945).

HOLMES, Stephen. *The anatomy of antiliberalism.* Cambridge: Harvard University Press, 1996.

JACOBSON, Arthur J.; e SCHLINK, Bernhard. *Weimar* – A jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2002.

JASPERS, Karl. *The question of german guilt.* Tradução de E. B. Ashton. New York: Fordham University Press, 2000.

KERSHAW, Ian. *Hitler.* Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

KITCHEN, Martin. *O Terceiro Reich* – Carisma e comunidade. Tradução de Marcos Malvezzi. São Paulo: Madras, 2009.

KLEMPERER, Victor. *LTI* – A linguagem do Terceiro Reich. Tradução de Miriam Bettina Paulina Oelsner. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

KOCH, H. W. *A constitutional history of Germany in the ninetenth and twentieth centuries.* New York: Longman, 1984.

_____. *In the name of the Volk* – Political justice in Hitler's Germany. New York: Barnes and Noble, 1997.

LEVI, Primo. *É isto um homem?* Tradução de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LONGERICH, Peter. *Heinrich Himmler* – Uma biografia. Tradução de Angelika Elisabeth Köhnke et allii. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MARRUS, Michael R. *The Nuremberg war crimes trial – 1945-1946.* Boston and New York: Bedford-St. Martin's, 1997.

MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice, the courts of the Third Reich.* Tradução de Deborah Lucas Schneider. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo.* Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NEUMANN, Franz. *Behemoth* – The structure and practice of national socialism – 1933-1944. New York: Harper Books, 1963.

PERSICO, Joseph E. *Nuremberg – Infamy on trial.* London: Penguin Books, 1994.

RASHKE, Richard. *Fuga de Sobibor.* Tradução de Felipe Cittolin Abal. Porto Alegre: 8Inverso, 2011.

RICCHEZZA, Giulio. *Hitler.* Estoril: Saída de Emergência, 2015.

RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich.* Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

_____. *Carl Schmitt im Dritten Reich.* München: Verlag C. H. Beck, 1990.

_____. *Entartetes Recht* – Rechtleheren und Kronjuristen im Dritten Reich. München: Verlag C. H. Beck, 1989.

SCHLINK, Bernhard. *Guilt about the past.* Toronto: University of Queensland Press, 2010.

SCHMITT, Carl. *La dictadura.* Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

_____. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Tradução de Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

_____. *Teologia política.* Tradução de Donizete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SPEER, Albert. *Inside the Third Reich* – Memoirs. London: Simon & Schuster, 1969.

SPIELVOGEL, Jackson J. *Hitler and nazi Germany* – A history. New Jersey: Pearson, 2004.

STEINHOFF, Johannes; PECHEL, Peter; e SHOWALTER, Dennis. *Voices of Third Reich* – An oral history. Washington: Da Capo Press, 1994.

STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany* – 1914-1945. Tradução do alemão para o inglês de Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Öffentliches *Recht in Deutschland.* München: C. H. Beck, 2014.

TAVARES, A. de Lyra. *Quatro anos na Alemanha ocupada.* Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1951.

TAYLOR, Telford. *The anatomy of the Nuremberg trials.* New York: Skyhorse, 2013.

TOLAND, John. *Adolf Hitler.* New York: Anchor Books, 1992.

TUSA, Ann; e TUSA, John. *The Nuremberg trial.* New York: Skyhorse, 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho.* Buenos Aires: La Ley-Universidad de Buenos Aires-Faculdad de Derecho, 2006.

WAGNER, Francisco Sosa. *Juristas y enseñanzas alemanas I* – 1945-1975. Madrid: Marcial Pons, 2013.

WATSON, Peter. *The german genius.* London: Simon & Schuster, 2010.

WISTRICH, Robert. S. *Who is who in nazi Germany.* London and New York: Routledge, 2002.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- 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, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 119/127-164 (DTR\2016\4877).

Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática de infração penal no Brasil

The 26th anniversary of the Child and Adolescent Statute and the responsibility of the adolescent for penal infractions in Brazil

Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Doutora em Direito Penal pela UERJ.
Mestre em Ciências Sociais pela UFJF.
Bacharel em Direito pela mesma Universidade.
Professora Adjunta de Direito Penal e Criminologia na Faculdade de Direito da UFJF.
Coordenadora do Projeto de Extensão Acadêmica "Além da culpa: justiça restaurativa para adolescentes" na cidade de Juiz de Fora/MG.
Advogada.
ellen.rodriguesjf@gmail.com

Recebido em: 01.06.2016
Aprovado em: 11.07.2016
Última versão autora: 08.08.2016

Área do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumo: Passados 26 anos da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990) – lei que, a partir de princípios humanitários e da lógica da *proteção integral*, regula, em conformidade com os arts. 227 e 228 da Constituição de 1988, os direitos e garantias das crianças e adolescentes e estabelece as regras para a responsabilização dos adolescentes acusados da prática de infrações penais – é possível observar que a realidade infantojuvenil brasileira está bem distante do modelo proposto pelo referido ato normativo. Ao contrário das propostas isonômicas fixadas pelo ECA, muitas crianças e adolescentes brasileiros ainda não têm acesso

Abstract: Even after 26 years of the Child and Adolescent Statute (ECA, Law No. 8.069/1990) – an act which, from humanitarian principles and the logic of *full protection* governs, in accordance with Articles 227/228 of the 1988 Constitution, the rights and guarantees for children and adolescents and establishes the rules for the accountability of adolescents accused of committing criminal offenses – it is possible to see that Brazilian reality is far from the model proposed by the letter of the Law. Unlike isonomic proposals envisaged in the ECA, many children and adolescents do not have access to their rights and lead lives marked by

a seus direitos e têm suas trajetórias marcadas pela violência e pela arbitrariedade das diferentes agências que compõem o sistema penal. Não obstante, é justamente em relação a esse grupo que são direcionados acalorados debates acerca do recrudescimento punitivo na atualidade. Atentando-se a essa realidade, o presente trabalho analisa diferentes posicionamentos teóricos sobre o tema e apresenta possibilidades interpretativas que, avessas às tendências de recrudescimento punitivo e enfraquecimento dos direitos e garantias, reconduzem a discussão sobre a responsabilidade penal dos adolescentes brasileiros para uma dimensão crítica comprometida com a contenção do poder punitivo arbitrário.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça juvenil - Criminologia - Direito penal - Constituição Federal - Estatuto da Criança e do Adolescente - Responsabilidade penal de adolescentes.

violence and arbitrariness from criminal justice agencies. However, it is regarding this group that heated debates about punitive resurgence occur today. Focusing on that, this work proposes a critical analysis of the theme and presents possible interpretations which, contrary to the punitive upsurge trends and the weakening of the rights and guarantees, lead the discussion on the criminal responsibility of adolescents to a critical dimension committed to curbing the arbitrary punitive power.

KEYWORDS: Juvenile justice - Criminology - Criminal law - Federal Constitution - Child and Adolescent Statute - Criminal accountability of adolescents.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza e especialidade das sanções previstas para os menores de 18 anos acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais e as interpretações atuais sobre o tema no Brasil. 3. A inimputabilidade penal dos menores de 18 anos como direito fundamental e o *fogo amigo*. 4. A recondução crítica da culpabilidade no âmbito da Justiça Juvenil brasileira. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Passados 26 anos da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990) – lei que, a partir de princípios humanitários e da lógica da *proteção integral*,[1] regula, em conformidade com os arts. 227 e 228 da CF/1988, os direitos e garantias das crianças e adolescentes e estabelece as regras para a responsabilização dos adolescentes acusados da prática de infrações penais – é

1. A doutrina da Proteção Integral, insculpida na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, preconiza o dever, atribuído aos Estados e às sociedades como um todo, de assegurar aos menores de 18 anos todas as oportunidades e direitos, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade e com a observância de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (ARANTES, 2008; CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, 1989).

possível observar que a realidade infantojuvenil brasileira está bem distante do modelo proposto pelo referido ato normativo. Ao contrário das propostas isonômicas[2] fixadas pelo ECA, muitas crianças e adolescentes brasileiros ainda não têm acesso pleno aos seus direitos e têm suas trajetórias marcadas pela violência e pela arbitrariedade das diferentes agências que compõem o sistema penal. Não obstante, é justamente em relação a esse grupo que são direcionados acalorados debates acerca do recrudescimento punitivo na atualidade (RODRIGUES, 2016; WAISELFISZ, 2015, 2014, 2013, 2012).

Contrariando essa tendência repressiva, o presente trabalho se detém sobre uma das conquistas mais importantes das crianças e adolescentes brasileiros, qual seja: a superação normativa do *modelo tutelar*,[3] garantindo àqueles, quando acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais, um tratamento jurídico-penal diferenciado dos adultos. Tal entendimento – que reflete o disposto no art. 37, *b* e art. 40, III, *b* e IV, ambos da Convenção dos Direitos da Criança, de 1989 (ratificada pelo Brasil através do Dec. 99.710, de 1990) – foi recepcionado pelo Estado brasileiro, estando amplamente destacado nos

2. A importância das propostas isonômicas previstas pelo ECA foram recentemente reafirmadas pela Lei 13.257/2016, que estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância, em consonância com os princípios e diretrizes reitores do ECA. Tal afirmação se faz sentir mais plenamente na análise do art. 18 da Lei 13.257/2016, que acrescentou o parágrafo único ao art. 3.º do ECA, que passou a contar com a seguinte redação: Art. 3.º [...] *Parágrafo único.* Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (BRASIL, 2016).

3. Os mecanismos de controle social que consubstanciaram o chamado *modelo tutelar* representaram, desde as suas primeiras formulações, erigidas a partir do século XVIII, até as legislações mais recentes, definidas sob a lógica da *situação irregular*, um conjunto de dispositivos propensos a intervir, seletivamente, na vida das crianças e adolescentes pobres e de suas famílias. Apoiando-se em argumentos que legitimavam a *proteção* dos membros tidos como os mais frágeis – e, ao mesmo tempo, os mais perigosos – da sociedade, os programas de Justiça Juvenil definidos a partir do *modelo tutelar* assumiam a missão de separar as crianças e os adolescentes pobres dos familiares adultos e das condições perniciosas em que viviam, sob a promessa de que o recolhimento institucional garantiria a modificação de suas personalidades delinquentes. Tal modelo serviu de inspiração para as legislações menoristas no Brasil nos últimos dois séculos, com destaque para o Código de Menores, de 1927, reformado em 1979 e, finalmente, revogado em 1990, com a edição do ECA (RODRIGUES, 2016).

arts. 227 e 228 da Constituição de 1988, na Lei 8.069/1990 e na recente Lei do Sinase (Lei 12.594/2012). O estudo destaca que, em que pesem os avanços legislativos, a interpretação sobre a natureza das sanções destinadas aos adolescentes, seus limites e critérios de fixação ainda padece de uma série de contradições, que terminam por obscurecer o sentido do referido tratamento jurídico-penal diferenciado.

Até mesmo no meio acadêmico, o estudo do tema conta com diferentes interpretações. Discorrer sobre cada uma delas fugiria aos limites deste trabalho. Por isso, se optou por analisar, criticamente, o posicionamento de dois autores, quais sejam: Rosa (2005) e Sposato (2013). A escolha desses autores se justifica pelo fato de que suas proposições, por estarem inseridas nas discussões atuais sobre o sistema de Justiça Juvenil pátrio, permitirão a abordagem de aspectos relevantes dos diferentes posicionamentos em voga no país acerca da responsabilização dos menores de 18 anos pela prática de ato infracional e, ao mesmo tempo, possibilitarão a indicação de propostas alternativas.

Nesse sentido, à luz da Criminologia e do garantismo crítico,[4] o presente artigo chama a atenção para os debates atuais acerca da Justiça Juvenil pátria, com destaque para as discussões em torno da natureza penal das sanções aplicadas aos adolescentes acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais e para a reflexão crítica sobre as especificidades e tendências dos mecanismos de responsabilização propostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Metodologicamente, o texto privilegia a pesquisa bibliográfica, valendo-se de abordagens que, embora desenvolvidas no âmbito da Dogmática Penal, não se furtam à análise criminológico-crítica, com destaque para autores brasileiros como Andrade (2015; 2012), Tavares (2012; 2011; 2009), Santos (2012; 2005; 2000), Tangerino (2012), Batista, N. (2011), entre outros, e autores estrangeiros, como Albrecht (2000), Ramirez e Malarèe (2006; 2004), Dünkel (2016; 2011; 2008a; 2008b), Couso Salas (2012; 2006). Assim, a partir da revisão bibliográfica e de breve recuperação histórica do tema, o trabalho propõe um contraponto crítico às propostas vislumbradas por Rosa (2005) e Sposato (2013) quanto à natureza e às tendências do sistema de Justiça Juvenil pátrio,

4. O "garantismo crítico" pode ser compreendido como o olhar crítico voltado para os processos de criminalização vigentes ao longo da modernidade, e deve levar "ao aprofundamento e radicalização do caminho aberto pela parceria Criminologia-Penalismo crítico, cujo elo reside no desenvolvimento do aspecto crítico da Criminologia ao encontro do aspecto garantidor do Direito Penal dogmático e vice-versa" (ANDRADE, 2015, p. 316).

no sentido de oferecer possibilidades interpretativas mais humanizadas em relação aos adolescentes em conflito com a lei no Brasil.

2. NATUREZA E ESPECIALIDADE DAS SANÇÕES PREVISTAS PARA OS MENORES DE 18 ANOS ACUSADOS E/OU CONDENADOS PELA PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS E AS INTERPRETAÇÕES ATUAIS SOBRE O TEMA NO BRASIL

Ao se posicionar sobre a natureza do mecanismo sancionatório destinado aos adolescentes no Brasil, Rosa (2005, p. 17) afirma que o conjunto de sanções (medidas socioeducativas) impostas pelo Estado, na forma do art. 112 da Lei 8.069/1990, aos adolescentes entre 12 e 18 anos acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais faz parte do que denomina "Direito Infracional" – que teria natureza autônoma em face do Direito Penal e dos outros ramos do Direito. Segundo o autor, a autonomia do denominado "Direito Infracional" decorreria dos direcionamentos impostos pela normativa internacional sobre os direitos infantojuvenis, especialmente a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, e de sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Esse é o primeiro ponto de divergência entre o posicionamento do referido autor e a proposta aqui defendida. Embora pareça não ser a intenção de Rosa (2005, p. 17) – que defende a condução do tema a partir de uma perspectiva democrática e crítica –, a autonomia atribuída ao chamado "Direito Infracional" termina por comprometer tais objetivos. Pois a pretensa autonomia do "Direito Infracional", ao invés de aproximá-lo da proposta garantidora e progressista insculpida nas normas internacionais e nacionais sobre os direitos infantojuvenis, termina por deixar espaço para a permanência da lógica *tutelar*.

Conforme destacado nos trabalhos de Albrecht (2000), Ramírez (2007), Couso Salas (2012; 2006), Dünkel (2008a; 2008b), Batista, V. (2009; 2003), Coimbra & Nascimento (2009; 2008); Arantes (2008; 1995), Santos (2000); Rodrigues (2016), entre outros, o esforço para conferir uma natureza autônoma às sanções características dos sistemas de Justiça Juvenil não é recente e remonta às construções discursivas erigidas ao longo dos séculos XVIII, XIX e boa parte do século XX para a legitimação do *modelo tutelar*. O arcabouço discursivo que subjaz à lógica *tutelar* sustentou a autonomia das legislações destinadas aos denominados *menores* e afirmou que a natureza das sanções características do referido modelo não seria penal, mas sim social. Como assinala Ramírez (2007, p. 23), tal expediente representou, em verdade, uma "fraude de etiquetas", na medida em que, por um lado, habilitou a expansão do poder punitivo sobre crianças e adolescentes pobres e, por outro, negou a natureza

penal das sanções, relegando-as ao arbítrio e à discricionariedade dos agentes de poder.

Apoiados na lógica defensista, erigida a partir do século XVIII, os precursores do *modelo tutelar* implementaram uma série de *medidas de defesa social*, que, divorciadas do conceito de pena, não deveriam observar os limites e garantias já existentes à época no Direito Penal e no Processo Penal. Nesse sentido, pode-se afirmar que foi justamente a partir dessa pretensa autonomia da Justiça Juvenil em face do Direito Penal, do Processo Penal e dos outros ramos do Direito que essas *medidas* destinadas, seletivamente, às crianças e adolescentes puderam ser utilizadas como mecanismos reprodutores de violência desde então. Desprovidas de quaisquer limites, tais *medidas* – que se conformaram à lógica das *medidas de segurança* e, ao mesmo tempo, mantiveram seu caráter punitivo – representaram o mais perverso resultado da dita autonomia dos sistemas de Justiça Juvenil (RODRIGUES, 2016; RAMÍREZ, 2007; ALBRECHT, 2000).

Cumpre destacar que é justamente contra essa lógica que os movimentos em favor dos direitos das crianças e adolescentes e toda a normativa internacional, erigida a partir dos anos 1980, se insurgem. Distanciados da lógica *tutelar*, os princípios insculpidos nos tratados e convenções internacionais sobre os direitos das crianças e adolescentes – com destaque para a Convenção dos Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Brasil – não afirmam a autonomia das sanções destinadas aos menores de 18 anos, mas sim sua especialidade em face do modelo penal destinado aos adultos. Ao mesmo tempo, esses mesmos princípios visam impedir que a especialidade das sanções previstas nas legislações infantojuvenis afaste seus destinatários do arcabouço principiológico que norteia o Direito Penal e o Processo Penal no Estado democrático de Direito (BUSTOS RAMÍREZ, 2007; ALBRECHT, 2000; DÜNKEL, 2008a, 2008b; OSTENDORF, 2015; LAUBEBTHAL, BAIER & NESTLER, 2015; HEINZ, 2012).

Ao serem reconhecidos, normativamente, como sujeitos de direitos e, ao mesmo tempo, como pessoas em condição especial de desenvolvimento, os menores de 18 anos passaram a contar com princípios específicos, insculpidos nos documentos internacionais pertinentes (*superior interesse, proteção integral, oportunidade, excepcionalidade, brevidade*) e também com os princípios penais e processuais penais previstos para todos os cidadãos no Estado democrático de Direito (*humanidade, legalidade, culpabilidade, presunção de inocência, proporcionalidade* etc.). Essa cobertura principiológica mais ampla deve funcionar como um dique contra as investidas arbitrárias do poder punitivo em relação aos menores de 18 anos, quando acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais. Ao mesmo tempo, em atenção à condi-

ção especial de desenvolvimento das crianças e adolescentes, tais princípios impõem aos Estados o dever de tratá-los com absoluta prioridade quando da elaboração e execução de suas políticas sociais ou criminais, exigindo, ainda, que aqueles recebam uma resposta legal diferenciada dos adultos, sendo as sanções restritivas ou privativas de liberdade desaconselháveis (DÜNKEL, 2008a, 2008b; BUSTOS RAMÍREZ, 2007; COUSO SALAS, 2012, 2006; ALBRECHT, 2000).

Nesse sentido, afastando-se do posicionamento de Rosa (2005), a posição adotada neste trabalho é a de que as sanções previstas para os menores de 18 anos não têm natureza autônoma em face do Direito Penal e dos outros ramos do Direito. Porém, ao mesmo tempo em que se admite que as sanções impostas aos adolescentes pela prática de infração penal têm *sim* natureza penal, exige-se que, em razão da peculiar situação de desenvolvimento de seus destinatários, estas mesmas sanções não sejam definidas nos mesmos termos do Código Penal, mas de acordo com leis especiais que contemplem, a um só tempo: i) os princípios insculpidos na normativa internacional sobre os direitos infantojuvenis; ii) os princípios reitores do Direito Penal e do Processo Penal no Estado democrático de Direito; e iii) as garantias constitucionalmente asseguradas aos menores de 18 anos, especialmente aquelas relacionadas à *proteção integral* ao seu desenvolvimento e ao *superior interesse* dos mesmos em face de qualquer ação ou política estatal.

Cumpre destacar, no entanto, que a identificação da natureza penal das sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente não implica desconsiderar os efeitos deletérios do aparato punitivo sobre seus destinatários e tampouco ignorar a permanência da mentalidade *tutelar* no Brasil – que é totalmente oposta aos critérios de especialidade elencados acima. Todavia, embora se reconheça, assim como faz Rosa (2005, p. 18-20), a permanência da lógica *tutelar* nas práticas policiais, judiciais e institucionais como um fator impeditivo de efetivas transformações no âmbito da Justiça Juvenil pátria, diverge-se, mais uma vez do autor, quanto à sua interpretação. Diferentemente de Rosa (2005), compreende-se que a permanência da mentalidade *tutelar* entre nós não decorre apenas da falta de sensibilidade e/ou de conhecimento dos profissionais que atuam na área, antes faz parte de uma lógica seletiva e excludente que vinca a história da Justiça Juvenil brasileira desde o século XIX, lógica esta que, na conjuntura neoliberal atual,[5] vem sendo ainda mais reforçada, a despeito das mencionadas conquistas legislativas.

5. COIMBRA & SCHEINVAR, 2012.

É justamente em razão dessa percepção que, ao defender o abandono dos eufemismos quanto à natureza penal das sanções atribuídas aos adolescentes, ora denominadas medidas socioeducativas, o presente trabalho não pretende, como sugere Rosa (2005, p. 20), reiterar posições *tutelares* e tampouco ceder à "ilusão" de que o caráter penal dessas sanções implica sua purificação. Ao contrário, reconhece-se aqui, claramente, que o Direito Penal e as demais agências subterrâneas[6] do poder punitivo podem – e efetivamente foram utilizadas, seletivamente, para – restringir direitos e reproduzir violências, assujeitamentos, dor e sofrimento às crianças e adolescentes brasileiros. Por isso mesmo, insiste-se que negar a natureza penal das sanções destinadas aos adolescentes, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, é o mesmo que ignorar que elas continuam dotadas desse potencial.

Por outro lado, ao se defender a natureza penal das sanções definidas pelo ECA para os adolescentes acusados e/ou condenados pela prática de ato infracional no Brasil, não se afirma a necessidade do reconhecimento de tais sujeitos como imputáveis, como faz Sposato (2013), cujo posicionamento será abordado, mais detidamente, no item 3 deste trabalho.

Ademais, considera-se – e, neste aspecto, concordando com Rosa (2005, p. 21-26) – que pelo fato de os adolescentes brasileiros contarem hoje, depois de muitas lutas, com uma série de direitos e garantias, além de não se poder impor a eles, de forma mecânica, as regras previstas no Código Penal e no Código de Processo Penal, também não se deve ignorar as distinções entre a proposta de responsabilização insculpida no ECA e a visão dominante no Brasil acerca da categoria dogmática da culpabilidade e das teorias que se lhe subjazem. No entanto, diferente do referido autor, sustenta-se que tal percepção não deve conduzir à recusa da natureza penal das sanções atribuídas aos adolescentes acusados e/ou condenados pela prática de ato infracional, mas sim à exigência de um enfrentamento crítico do tema no âmbito da Dogmática Penal mesma. Tal desiderato implica reconduzir a discussão sobre a responsabilização dos menores de 18 anos pela prática de infração penal à luz do garantismo – mas não o garantismo despido da crítica criminológica, mas sim aquele defendido por Andrade (2015) como "garantismo crítico", que pode ser compreendido como o olhar crítico voltado para os processos de criminalização e deve levar

6. Segundo Aniyar de Castro (2005), o sistema penal subterrâneo opera nos diferentes níveis do sistema social e se impõe através de complexos mecanismos de controle formal, também por meio de estratégias de controle informal, aparecendo tanto nos conteúdos quanto nos não conteúdos do controle social de modo disperso, desigual e seletivo.

"ao aprofundamento e radicalização do caminho aberto pela parceria Criminologia-Penalismo, cujo elo reside no desenvolvimento do aspecto crítico da Criminologia ao encontro do aspecto garantidor do Direito Penal dogmático e vice-versa" (ANDRADE, 2015, p. 316).

3. A INIMPUTABILIDADE PENAL DOS MENORES DE 18 ANOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O *FOGO AMIGO*

A inimputabilidade penal reconhecida aos menores de 18 anos pelo art. 27 do CP pátrio – elevada à categoria de direito fundamental, conforme a regra do art. 228 da CF/1988, e reiterada no art. 104 do ECA – é uma garantia da qual não se pode transigir, sob pena de se romper com todo o arcabouço principiológico e normativo que informa os direitos infantojuvenis na atualidade. Logo, reconhecer a natureza penal das sanções atribuídas pelo ECA aos adolescentes brasileiros não significa, de acordo com a perspectiva aqui defendida, o reconhecimento de que esse sujeitos possam ser considerados como penalmente imputáveis. Pois, tendo em vista que, no ordenamento jurídico brasileiro, a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos é um direito fundamental, tal proposição seria uma contradição.

Tal contradição, no entanto, está presente no trabalho de Sposato (2013). Pois, ao mesmo tempo em que reconhece, a partir de uma perspectiva democrática e amplamente fundamentada, a natureza penal das sanções atribuídas aos adolescentes, nos termos do ECA, a autora defende que um dos principais problemas do atual sistema de Justiça Juvenil brasileiro é a "recusa ou rejeição da imputabilidade dos menores de idade" (SPOSATO, 2013, p. 99). Por outro lado, a mesma autora defende a inconstitucionalidade de qualquer mudança quanto à regra do art. 228 da Constituição Federal, que estabelece, justamente, a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos (SPOSATO, 2013, p. 222-231). Diante de tal contradição, longe de pretender desqualificar o esforço da referida autora para definir os limites da responsabilização de adolescentes pela prática de ato infracional no Brasil, interessa explicitar os *gaps* identificados em sua tese e propor alternativas interpretativas para a questão.

Primeiramente, ressalta-se que, ao conceber o adolescente como imputável, Sposato (2013, p. 100) deseja levar às últimas consequências o chamado *modelo de responsabilidade*.[7] Nesse sentido, coerente com a lógica que informa o

7. O *modelo de responsabilidade*, ou de *proteção integral* foi erigido no marco das convenções e tratados internacionais fixados pela Organização das Nações Unidas (ONU)

referido modelo, a autora defende que tal imputabilidade não deve ser plena, como a que se verifica em relação aos adultos, mas sim uma espécie de "imputabilidade diminuída, *sui generis*, a partir da qual seria possível a edificar um regime de responsabilidade diferenciado". Para justificar a necessidade da incorporação desse "regime diferenciado de responsabilidade", Sposato (2013) argumenta que o não reconhecimento da imputabilidade penal dos adolescentes é um dos principais fatores impeditivos da implantação do *modelo de responsabilidade* no Brasil e, consequentemente, um dos principais mecanismos de perpetuação da lógica *tutelar*. Nesse sentido, a referida autora, presa na armadilha dogmática, parece não perceber que, ao contrário do posicionamento libertário que acena em vários momentos de sua obra, termina legitimando um modelo que não se aplica à realidade brasileira, já que, conforme a Constituição de 1988, a inimputabilidade penal é uma garantia fundamental.

Ao tomar o *modelo de responsabilidade* como ideal, Sposato (2013) remonta às transformações ocorridas a partir dos anos 1980, quando a maioria dos países ocidentais, no marco dos tratados e convenções internacionais sobre os direitos infantojuvenis, realizou reformas em suas legislações para adequá-las ao novo arcabouço principiológico pertinente, à observância das garantias fundamentais e à exigência de edificação de um conjunto diversificado de sanções, que, além de identificar as sanções restritivas e privativas de liberdade como *ultima ratio*, deveria fixar critérios diferentes daqueles utilizados em face dos adultos. No entanto, ao discorrer sobre as características do *modelo de responsabilidade* e apontar os problemas quanto à sua recepção no Brasil, Sposato (2013, p. 159) – mesmo reconhecendo que em grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, assim como no Brasil, o menor de 18 anos se situa abaixo da idade de fixação da responsabilidade penal de adultos, sendo, portanto, inimputável – defende a necessidade do reconhecimento dos adolescentes brasileiros como imputáveis.

---

acerca dos direitos das crianças e adolescentes, que preconizam a importância de seu reconhecimento como sujeitos de direitos, ou seja, destinatários de todo um sistema de direitos e garantias inerentes à pessoa humana. Ao mesmo tempo em que reconhece os menores de 18 anos (agora não mais denominados *menores*, mas sim crianças e adolescentes) como sujeitos de direitos, a normativa internacional identifica os adolescentes e jovens adultos como sujeitos dotados de relativa capacidade para responderem por seus atos criminosos (agora denominados *infrações*). Daí o modelo ser definido como de *proteção* e de *responsabilidade*, pois considerada a condição especial de seus destinatários, sua responsabilização deverá estar sempre em harmonia com os princípios e garantias relativos à sua proteção (RODRIGUES, 2016).

De acordo com a autora, os critérios para o reconhecimento dos adolescentes brasileiros como imputáveis não seriam definidos a partir do Direito Penal comum, mas sim do chamado Direito Penal Juvenil, ou, como ela mesma denomina, "Direito Penal de Adolescentes". Segundo Sposato (2013, p. 175), ao reconhecer os adolescentes como imputáveis, seu propósito não é estender àqueles o "Direito Penal de adultos", "negando a especialidade do sistema de Justiça Juvenil, tanto do ponto de vista da legislação como da jurisdição" e nem "tratar os adolescentes como se adultos fossem". Sua tese repousaria "no reconhecimento de um sistema próprio de responsabilidade para os menores de idade, fundado em um modelo de responsabilidade penal diferenciado do modelo de adultos", capaz de garantir "de um lado, (...) as regras democráticas do devido processo legal" e, de outro, eliminar "das práticas institucionais o legado das ideologias correcionais e da prevenção especial desmedida".

Não fosse o paradigma de que parte – qual seja: a necessidade do reconhecimento dos adolescentes como imputáveis, ainda que por meio de critérios diferenciados daqueles utilizados em face dos adultos –, poder-se-ia afirmar que a tese de Sposato (2013) estaria em consonância com o disposto nos arts. 227 e 228 da CF/1988 e com o mecanismo diferenciado de sanções previsto pelo ECA para a responsabilização dos primeiros pelas infrações penais cometidas. Conquanto, tendo em vista a exigência do reconhecimento dos adolescentes como imputáveis – mesmo que a partir de uma imputabilidade *sui generis* – a incompatibilidade entre o modelo defendido por Sposato (2013) e o ordenamento jurídico brasileiro parece irreconciliável. Pois, justamente por reconhecerem que a condição especial de desenvolvimento dos menores de 18 anos os coloca em posição totalmente distinta dos adultos e, portanto, mais vulneráveis aos efeitos deletérios do sistema penal, a Constituição brasileira e o ECA – em consonância com a normativa internacional – reafirmam seu *superior interesse* em face de qualquer política estatal e reconhecem a inimputabilidade penal como garantia da qual não se pode transigir. Assim, ao que parece, o desejo de adequar, estritamente, o sistema brasileiro ao *modelo de responsabilidade* faz com que Sposato (2013) não perceba que, ao defender o reconhecimento dos adolescentes brasileiros como sujeitos imputáveis, está indo de encontro aos ideais de justiça social que tanto defende.

Nesse sentido, em que pese o esforço da autora em demonstrar as incongruências do sistema de Justiça Juvenil brasileiro – que a despeito das orientações insculpidas na Constituição de 1988 e no ECA, ainda reproduz a mentalidade *tutelar* –, entende-se que seu reclame quanto ao reconhecimento dos

adolescentes como imputáveis, ao contrário de outros de seus argumentos,[8] não pode ser considerado como parte de uma crítica legítima.

Para justificar sua tese quanto à necessidade do reconhecimento da imputabilidade dos adolescentes no Brasil, Sposato (2013) destaca que esse expediente é utilizado por outros países que adotam o *modelo de responsabilidade* e que têm um sistema de Justiça Juvenil mais desenvolvido que o nacional. Mas, ao desconsiderar os limites constitucionais impostos à sua proposta e mirar a experiência estrangeira, a autora não ressalta que esta não é uma exigência prevista nas convenções e tratados internacionais sobre o tema. Ao contrário, o que a normativa internacional exige é que cada Estado elabore um sistema de responsabilização de adolescentes pela prática de infrações penais totalmente diferenciado dos adultos, que deverá contar com mecanismos informais de resolução de conflitos (*diversion*), propostas alternativas à prisão (*desinstitucionalização*) e observância dos direitos e garantias. Ademais, a própria autora reconhece que a maioria dos países, assim como o Brasil, adota os 18 anos como limite entre a inimputabilidade e a imputabilidade penal plena (SPOSATO, 2013, p. 159). No entanto, desejosa de reforçar sua tese, a professora paulista destaca a experiência de países que adotam um sistema diverso do brasileiro e reconhecem nos adolescentes, a partir de 14 anos, a imputabilidade, ou a capacidade de culpabilidade – como é o caso da Alemanha.

Conquanto, ao destacar o modelo alemão, que, entre outras diferenças em relação ao sistema brasileiro, reconhece os adolescentes como imputáveis, Sposato (2013) não se detém nas críticas feitas pelos estudiosos que se dedicam especialmente ao estudo do sistema de Justiça Juvenil daquele país. Ao tentar definir as bases para um *modelo de responsabilidade* no Brasil a partir das contribuições da dogmática alemã, a autora revisita o pensamento de autores como Claus Roxin, Günther Jakobs e Winfried Hassemer que – embora sejam, sem dúvida, importantes representantes das modernas tendências do Direito Penal germânico (*Strafrecht*) –, não se dedicaram especificamente ao estudo e à crítica dos sistemas de Justiça Juvenil. Talvez por isso, ao invocar o Direito Penal Juvenil alemão (*Jugendstrafrecht*), especificamente nesse aspecto relativo à imputabilidade dos adolescentes, a autora se limite a chamar a atenção para o fato de que, na Alemanha, de acordo com a Lei Penal Juvenil, de 1990, os ado-

8. De acordo com Sposato (2013, p. 91), a manutenção da lógica *tutelar* no Brasil decorre de cinco fatores: i) negação da natureza penal das sanções; ii) indeterminação das sanções (medidas socioeducativas) aplicáveis; iii) inobservância das garantias jurídicas; iv) amplo arbítrio judicial; v) recusa ao critério de imputabilidade.

lescentes são considerados imputáveis, ou seja, dotados "de uma culpabilidade diferenciada (...), calcada na percepção de que seu grau de discernimento e maturidade é distinto dos adultos". Dessa forma, conforme a autora, o adolescente somente poderá ser considerado "penalmente responsável" se verificado que "no momento do ato era suficientemente maduro para compreender a antijuridicidade do ato praticado" (SPOSATO, 2013, p. 217).

Apesar de chamar a atenção para a norma alemã (*Jugendgerichtsgesetz* – JGG) – que prevê a capacidade de culpabilidade (*Schuldfähigkeit*)[9] dos adolescentes entre 14 e 18 anos, comprovado o desenvolvimento e a maturidade para responderem por suas infrações penais, desde que em estabelecimento específico, diferenciado dos adultos –, a referida autora não explica que esse entendimento está presente na legislação juvenil daquele país desde a reforma de 1923, não representando, portanto, uma nova tendência da reforma de 1990, à luz do *modelo de responsabilidade*. Ademais, Sposato (2013) não esclarece que, pelo fato de o sistema de Justiça Juvenil alemão se aproximar mais do denominado *modelo de bem-estar*[10] do que propriamente do *modelo de*

9. Segundo o art. 3.º do JGG, adolescente é o sujeito maior de 14 anos e menor de 18 anos. Os adolescentes somente terão responsabilidade jurídico-penal por eventuais infrações penais praticadas se, de acordo com seu desenvolvimento moral e mental, possuírem maturidade suficiente para entenderem o caráter injusto do fato e agirem de acordo com esse entendimento. Verificada a existência desses requisitos, impõem-se-lhes as sanções previstas nos §§ 9.º a 18 desta lei, quais sejam: medidas educativas (§ 9.º); medidas disciplinares (§ 13); pena juvenil (§§ 17-19), sendo que esta última deve ser executada em instituições específicas, diferentes do sistema penal de adultos, com duração mínima de seis meses e máxima de cinco anos. No entanto, conforme as pesquisas de Dünkel e Geng (2015), na prática, a maioria das sanções não chega a completar um ano. De acordo com a legislação alemã, as sanções restritivas e privativas de liberdade (*Jugendstrafe* e *Jugendarrest*) somente poderão ser aplicadas em situações excepcionais, que envolvam atos muito graves, com violência a pessoas e reincidência em crimes dessa mesma natureza (DÜNKEL, 2016; DÜNKEL & GENG, 2015; OSTENDORF, 2015; LAUBEBTHAL, BAIER & NESTLER, 2015).

10. A emergência do *modelo de bem-estar*, ou *educativo*, coincide com a configuração dos Estados de bem-estar social, no contexto do pós-guerra. No entanto, foi na década de 1970 que os programas de bem-estar relativos ao sistema de Justiça Juvenil alcançaram seu apogeu. Além das propostas sociais e educativas que norteavam programas políticos dos Estados de bem-estar social, a emergência do novo modelo foi motivada pelas graves crises verificadas no âmbito dos sistemas *tutelares* nas primeiras décadas do século XX. As constantes denúncias de corrupção, maus-tratos, arbitrariedades de todo tipo e os elevados índices de reincidência produziram uma desconfiança generalizada quanto capacidade de as instituições atuarem de forma eficiente na prevenção à delinquência infantojuvenil. Ademais, os defensores das propostas *educativas* ou de

responsabilidade, o foco da política-criminal juvenil germânica não se centra no fato de o adolescente ser imputável, mas, precisamente, na construção de mecanismos alternativos e eficientes às penas de prisão, como os programas de *diversion*,[11] mediação (*Täter-Opfer-Ausgleich*) e Justiça Restaurativa (DÜNKEL, 2016; 2011; OSTENDORF, 2015; LAUBEBTHAL, BAIER & NESTLER, 2015; HEINZ, 1998).

Nesse sentido, cumpre destacar que, embora o sistema alemão considere os adolescentes imputáveis e, por isso, sujeitos às penas juvenis (*Jugendstrafe ou Jugendarrest*), cuja natureza penal não se discute, estas são aplicadas em apenas 2% dos casos (DÜNKEL, 2016; DÜNKEL & GENG, 2015). Logo, não é o reconhecimento da imputabilidade penal dos adolescentes e jovens adultos que faz o modelo de Justiça Juvenil alemão ser mais adaptado às novas orientações insculpidas na normativa internacional sobre os direitos infantojuvenis, mas sim o reconhecimento, tanto legislativo como prático, das sanções restritivas e privativas de liberdade como *ultima ratio* e o investimento maciço para a edificação de programas alternativos para a responsabilização em meio livre.

Para além das objeções em relação ao reconhecimento dos adolescentes brasileiros como imputáveis, outra crítica que se faz ao trabalho de Sposato (2013, p. 144) decorre do fato de que, ainda que a autora defenda a natureza

---

bem-estar baseavam-se nos estudos criminológicos produzidos à época, que, afastando-se das orientações da Criminologia positivista, sinalizavam que as intervenções judiciais formais e abusivas, comuns à proposta *tutelar*, produziam efeitos prejudiciais ao desenvolvimento psicológico e social de seus destinatários (RODRIGUES, 2016; DÜNKEL, 2008a, 2008b; RAMÍREZ, 2007; ALBRECHT, 2000).

11. Ao longo dos anos 1980, à luz dos princípios da *Intervenção Mínima* e da *Proporcionalidade*, passaram a ser implementadas, em diversos países, propostas mais efetivas para a construção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e de responsabilização dos adolescentes pela prática de fatos puníveis. Tais mecanismos, que ficaram conhecidos pelo cognome *diversion*, propõem evitar ou reduzir ao mínimo a reação estatal formal frente à delinquência juvenil, compreendendo as sanções privativas de liberdade como a última alternativa a ser cogitada (*ultima ratio*) pelas autoridades competentes. Nos locais em que foram implantados, os programas de *diversion* demonstraram que os trabalhos de reativação do entorno educacional e do espaço social, juntamente com políticas afirmativas de assistência social, programas de mediação, apoio ao ingresso no mercado de trabalho e programas municipais voltados para atividades infantojuvenis foram extremamente mais positivos, do ponto de vista preventivo, que as sanções de privação ou restrição de liberdade (RODRIGUES, 2016; DÜNKEL, 2016, 2011; OSTENDORF, 2015).

penal das sanções previstas no ECA a partir de pressupostos criminológicos e jurídicos – o que se identifica como um ponto de concordância –, ela se utiliza, também, de um argumento dotado de uma carga simbólica com a qual este estudo não se coaduna. Para a referida autora, a necessidade de reconhecimento das sanções (medidas socioeducativas) como parte do chamado "Direito Penal Juvenil" se justificaria, também, pelo fato de que a negação de sua natureza penal "serve de fonte, na opinião pública, de um forte sentimento de impunidade em relação aos adolescentes autores de infração penal, como se o direito penal lhes fosse indiferente". De acordo Sposato (2013, p. 144), tal percepção, "alimenta o cíclico debate em favor da redução da idade penal", na medida em que permite que os grupos conservadores se valham "da ignorância popular para afirmar que no Brasil, diferentemente de outros países, os adolescentes não são punidos pelos crimes que praticam".

Embora se reconheça a disseminação de tal percepção na sociedade brasileira e se concorde com o fato de que a mesma conta com o auxílio irresponsável da mídia e com a inegável manipulação por parte dos grupos conservadores, o entendimento aqui defendido é o de que, ainda assim, esse argumento não é apto a servir de substrato teórico para o reconhecimento da natureza penal das sanções destinadas aos adolescentes no Brasil. Pois, acredita-se que, em resposta aos equívocos do senso comum, às investidas da mídia e à manipulação dos grupos conservadores deve-se reafirmar o direito fundamental de inimputabilidade dos menores de 18 anos e esclarecer suas razões de existência. O reconhecimento da natureza penal das sanções definidas no âmbito do sistema de Justiça Juvenil pátrio não pode estar vinculado a uma demanda simbólica por demonstração de maior eficiência do poder punitivo em face dos adolescentes, mas sim à necessidade de contenção de mecanismos sancionatórios arbitrários, o que implica a recondução do debate à sua dimensão crítica e não meramente simbólica.

Apesar das discordâncias apontadas, reconhece-se, por outro lado, que tem razão Sposato (2013, p.141) ao salientar a necessidade de superação da ideia de autonomia do sistema de Justiça Juvenil em face dos outros ramos do Direito e, sobretudo do Direito Penal, o que exige o reconhecimento de que o mecanismo de responsabilização de adolescentes previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente faz parte do "ordenamento jurídico de um Estado de Direito e que, como tal, deve contemplar todas as garantias e limites ao exercício do poder punitivo das agências administrativas e judiciais". Além disso, concorda-se também com a advertência feita pela referida autora de que o reconhecimento da natureza penal das sanções previstas no ECA exige a revisão dogmática do conceito de culpabilidade.

Conquanto, ao invés de um longo excurso sobre as diferentes teorias da culpabilidade, propõe-se a recuperação de aspectos relevantes das diferentes concepções da culpabilidade no Direito Penal moderno e a recondução crítica do instituto no âmbito da Justiça Juvenil brasileira. Nesse sentido – diferente de Sposato (2013, p. 21), que rediscute o conceito de culpabilidade para fundamentar sua tese sobre a necessidade de reconhecimento da "inimputabilidade penal etária como uma imputabilidade *sui generis*" capaz de promover a efetiva concretização do *modelo de responsabilidade* no Brasil –, apresentam-se alternativas teóricas de superação dos limites metafísicos e normativos impostos à culpabilidade, que obstam o reconhecimento de seu papel político de contenção de poder punitivo. Em seguida, propõem-se novos direcionamentos acerca do estudo da culpabilidade no âmbito da Justiça Juvenil, que abarcam elementos para um juízo de responsabilidade pessoal e para a compreensão da culpabilidade a partir de sua função política de oferecer garantias ao adolescente frente ao arbítrio estatal – o que representa um desdobramento do princípio do *Superior Interesse*, da *Proteção Integral* e dos demais princípios que norteiam e limitam a ação do Estado em face dos menores de 18 anos.

4. A RECONDUÇÃO CRÍTICA DA CULPABILIDADE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRA

Como assinala Tangerino (2014, p. 20), "em sentido técnico-jurídico, culpa é sinônimo de negligência, fiel à tradição romana que conhecia três modalidades de produção de resultado: a título de dolo, culpa e acaso". No entanto, não limitado à ideia de negligência, o conceito de culpabilidade remete ao juízo de responsabilidade – moral (Direito Penal liberal) ou social (Positivismo criminológico) – realizado pelo Estado em face da conduta penalmente relevante do sujeito e de suas consequências. Segundo o referido autor, "o sufixo '-dade', a propósito, designa 'condição de', logo a 'culpabilidade' pode ser compreendida como a 'condição de culpa, isto é, a condição de responder pela prática de uma ação e pelas consequências dela advindas'".

As primeiras formulações modernas sobre o conceito remetiam-no à noção de responsabilidade e foram edificadas à luz do Direito Natural, a partir do binômio "liberdade-racionalidade" (TANGERINO, 2014, p. 54). No século XIX, a partir das limitações impostas à ideia de liberdade, sob a influência do positivismo-criminológico, determinados grupos de seres humanos, notadamente identificados como perigosos, inferiores ou de debilitada racionalidade, não foram reconhecidos como sujeitos "racionais e livres" e, consequentemente, tiveram a sua responsabilidade moral ou imputabilidade negada. Tal expediente,

que obstaculizava o juízo de culpabilidade e, por conseguinte, a própria aplicação da pena, preconizava que, dada a periculosidade social desses sujeitos, embora não pudessem receber penas – porque não livres – poderiam estar sujeitos a *medidas de defesa social*, doravante denominadas *medidas de segurança* ou, no âmbito infantojuvenil *medidas sociais*, *educativas* ou *corretivas*, definidas a partir do *modelo tutelar*.

Em que pese a exclusão dos inimputáveis, cuja sanção penal já estava devidamente fundamentada na ideia de periculosidade e prevenção especial, interessava, ainda, à Dogmática Penal, naquela conjuntura, a fundamentação da culpabilidade em relação aos imputáveis, que deveria dar conta de estabelecer a relação inequívoca entre culpabilidade e pena. Para tanto, como assinala Tangerino (2014, p. 61), a culpabilidade não poderia estar vinculada à dimensão da liberdade, já que o livre-arbítrio, por ser indemonstrável, não era reconhecido como um critério apto para aferição da culpa. De acordo com Tavares (2011, p. 121-122), por trás da nova argumentação estaria o interesse em justificar "os motivos que conduzem o Estado a impor aos infratores a pena criminal". Nessa "tarefa de elaboração técnico-jurídica", a Dogmática Penal, partindo da interpretação das normas e das condutas puníveis definidas nos Códigos Penais, "desenvolveu uma tecnologia nucleada no conceito analítico de crime e nas categorias tipicidade, ilicitude [ou antijuridicidade] e culpabilidade" (ANDRADE, 2012, p. 253; SANTOS, 2012).

Diante dessa nova definição de fato punível e de culpabilidade, foram erigidas, ao longo do século XX, diferentes teorias para fundamentar e delimitar esta última, especialmente na Alemanha. A primeira delas ficou conhecida como *teoria psicológica da culpabilidade*, definida a partir do modelo causal-naturalista de delito, desenvolvido por Franz von Liszt e Ernest Beling, que fixavam os elementos objetivos do fato punível no tipo de injusto e os elementos subjetivos (psicológicos) na culpabilidade. (SANTOS, 151-152; MUÑOZ CONDE, 2011). Em 1907, o conceito psicológico de culpabilidade foi modificado por Reinhard Frank, sob o argumento de que a culpabilidade não representaria tão somente o vínculo psicológico entre o autor e o fato, pressupondo também a reprovação (*Vorwurfurteil*) do comportamento. A partir da tese de Frank, que inaugurou a chamada *teoria psicológico-normativa da culpabilidade*, admite-se que a ideia de reprovação, como fundamento normativo da culpabilidade, "implica um juízo de valor sobre o comportamento injusto, concludente de uma reprovabilidade jurídica imposta ao autor pelo fato praticado" (TAVARES, 2011, p. 125). A fórmula de Frank foi complementada, nos anos seguintes, por James Goldschmidt e Berthold Freudenthal (SANTOS, 2012, p. 153; FREUDENTHAL, 2014, p. 98-100; GOLDSCHMIDT, 2007).

Na segunda metade do século XX, a teoria finalista – que, no Brasil, remete especialmente ao trabalho de Hans Welzel –, operou grande modificação na divisão dos aspectos objetivos e subjetivos do fato punível, na medida em que deslocou a base subjetiva da culpabilidade (dolo e culpa) para a tipicidade e reduziu aquela aos elementos normativos (reprovação e exculpação). De acordo com essa proposta, que ficou conhecida como *teoria normativa pura*, a culpabilidade passou a ser definida tão somente como a reprovação de um sujeito imputável "(que pode saber [e controlar] o que faz) que realiza, com consciência da antijuridicidade (o sujeito sabe, realmente, o que faz) e em condições de normalidade de circunstâncias (o sujeito tem o poder de não fazer o que faz) um tipo de injusto". Compreendida nestes termos, a culpabilidade seria composta pelos seguintes elementos: i) imputabilidade; ii) conhecimento real ou possível do injusto; iii) exigibilidade de comportamento diverso (SANTOS, 2012, p. 153).

A principal consequência dessa redefinição normativa da culpabilidade, a partir da fixação da reprovação como seu fundamento nuclear, foi o esvaziamento do conteúdo material do instituto, já que as teorias normativas não se oferecem explicações sobre por que o sujeito é culpável, ou por que ele é reprovável (SANTOS, 2012, p. 153-154). Ademais, a partir das redefinições normativistas, a base empírica da culpabilidade, assentada, inicialmente, no fato singular do sujeito, é afastada para a satisfação de finalidades típicas de política criminal repressiva, podendo ser substituída por juízos de reprovação capazes de alcançar, até mesmo, como proupusera Mezger, as formas de condução de vida (TAVARES, 2011, p. 126; MUÑOZ CONDE, 2003). Conforme adverte Santos (2012, p. 153-154), ao esvaziarem o conteúdo material da culpabilidade e desvincularem sua fundamentação das consequências do injusto, os defensores das teorias normativistas, calcados na ideia de reprovação, passaram a utilizar a culpabilidade não como um filtro de contenção do poder punitivo, mas sim como fundamento para a punição. Ou seja, "presente a culpabilidade, deve-se impor a pena"[12] (TAVARES, 2012, p. 884-885).

12. De acordo com Tavares (2012, p. 884-885), tal orientação é verificada até mesmo nas modernas teorias funcionalistas da culpabilidade, que, mantendo-se na linha das propostas normativas, vinculam o fundamento da culpabilidade aos fins da pena. Apesar dos avanços propostos por alguns de seus mais importantes representantes, como Claus Roxin e Franscisco Muñoz Conde – que reclamam a substituição dos pressupostos ontológicos, que justificavam a culpabilidade como conduta de vida, pela verificação da capacidade de motivação do agente diante das normas jurídicas – as abordagens funcionalistas não se ocupam de "estabelecer os elementos racionais de

Na tentativa de superação dessa crise sobre a interpretação dos fundamentos e funções da culpabilidade no âmbito da Dogmática Penal, Tavares (2009, p. 411 e ss.) propõe uma saída alternativa, assinalando que o instituto "só se legitima na medida em que possa servir de limitação ao poder de punir". Nesse sentido, o autor prescinde da ideia de reprovação e toma a culpabilidade apenas como ferramenta de proteção do indivíduo contra o sistema penal. Para cumprir tal desiderato, além de afastar a culpabilidade da ideia de reprovação, o autor a desvincula, também, da liberdade de vontade, insistindo no caráter político de contenção do poder punitivo. Desta forma, o penalista brasileiro se aproxima da proposta do professor alemão Wolfgang Naucke, para quem o fundamento da culpabilidade "não se encontra na doutrina da liberdade de vontade, mas sim no objetivo preponderantemente político de proteger o indivíduo das pressões de seu entorno" (MARTINS, 2012, p. 396). Nessa mesma esteira, Winfried Hassemer – um dos penalistas mais importantes do século XX e representante da Escola de Frankfurt – defende que a função da culpabilidade no Estado democrático de Direito não é fundamentar a pena, mas sim limitá-la (COUSO SALAS, 2006, p. 212). Finalmente, para Santos (2012, p. 154), na luta pela recondução crítica das funções da culpabilidade no Estado democrático de Direito, em oposição às propostas normativas, que insistem em sua compreensão como fundamento da pena, deve prevalecer a percepção da "culpabilidade como limitação do poder de punir", o que implica reconhecer sua "função política de garantia da liberdade individual".

A despeito das posições corajosas de Tavares (2012; 2009), Santos (2012) e outros autores brasileiros como Batista, N. (2011), Tangerino (2007), Andrade (2015), entre outros, que reconduzem a culpabilidade à sua função política de contenção do poder punitivo, prevalece na doutrina jurídica nacional – fortemente influenciada, ao longo do século XX e até a atualidade, pelo normativismo de Frank e pelo finalismo de Welzel – o entendimento de que a culpabilidade consiste na reprovação da conduta típica e antijurídica, ou seja,

estruturação do delito, mas tão somente de justificar a pena, que será acolhida como pressuposto e não como consequência do ato injusto". No mesmo sentido, Tangerino (2014, p. 113) assinala que a maioria dos autores funcionalistas vincula a culpabilidade às finalidades preventivas, abdicando de conferir-lhe um conteúdo propriamente material. Nesse sentido, a pretexto de construir uma teoria desvinculada do livre-arbítrio e da noção de reprovação, propõe-se uma alternativa a partir da liberdade de decisão e de capacidade de atender aos estímulos normativos (motivabilidade). Ou seja, mudam-se os nomes, mas não propriamente a essência até então atribuída ao conceito pelas teorias normativas que lhes precedem.

um juízo de censura composto pelos seguintes elementos: i) imputabilidade; ii) potencial consciência da antijuridicidade; iii) exigibilidade do comportamento de acordo com a norma.

No que tange aos menores de 18 anos, reconhecidos, desde o Código Penal de 1940, como inimputáveis, verificou-se uma série de dificuldades quanto ao estudo de sua culpabilidade, já que a imputabilidade, de acordo com a concepção jurídico-penal dominante no país, representa um elemento essencial daquela. Assim, durante a vigência do *modelo tutelar*, preponderou entre nós o entendimento de que a ausência da imputabilidade obstava o juízo de culpabilidade dos denominados *menores* – compreendidos como crianças e adolescentes perigosos ou abandonados – e, consequentemente, a imposição de penas criminais, que deveriam ser substituídas por *medidas correcionais*. Não obstante, apesar de não contarem com a definição jurídica de pena, essas *medidas* conservavam natureza extremamente punitiva, sendo caracterizadas pela ampla discricionariedade dos agentes do sistema de Justiça Juvenil e pela inobservância de quaisquer garantias (ZAFFARONI et al., 2006; ARANTES, 2008, 1995; SPOSATO, 2006; BATISTA, V., 2003; MINAHIM, 1992; SANTOS, 2000).

Nos anos 1990, a normativa internacional fixada pelas Nações Unidades, que impulsionou a reforma da legislação pátria, estabeleceu novas orientações a respeito da responsabilização de crianças e adolescentes pela prática de infrações penais. Fundamentadas pelos princípios do *Superior Interesse* e da *Proteção Integral*, as novas regras estabelecem que as políticas estatais devem priorizar o melhor interesse dos menores de 18 anos, que por estarem em condição especial de desenvolvimento, merecem uma cobertura mais ampla de direitos e garantias, sobretudo, diante de intervenções que afetem sua liberdade e demais direitos fundamentais. Considerando a maior vulnerabilidade das crianças e adolescentes aos efeitos deletérios da institucionalização, que, além de prejudicarem seu desenvolvimento, implicam estigmatizações e violências, as novas regras impõem aos Estados signatários o dever de edificarem um mecanismo sancionatório diferenciado dos adultos, o qual deve reconhecer as sanções privativas e restritivas de liberdade como excepcionais (*ultima ratio*).

Em consonância com essas orientações, a Constituição de 1988 incorporou, em seus art. 227 os princípios do *Superior Interesse* e da *Proteção Integral* e fixou uma série de direitos e garantias para os menores de 18 anos. Já em seu art. 228, a Carta Magna garantiu aos menores de 18 anos a inimputabilidade penal e determinou que os mesmos deveriam responder por suas infrações penais nos termos da legislação específica. Essas orientações foram insculpidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos e sujeita os adolescentes entre 12 e 18 anos acusados

ou condenados pela prática de infrações penais às sanções (medidas socioeducativas) fixadas no art. 112 do mesmo ato normativo.

O mecanismo sancionatório previsto pelo ECA repousa no entendimento de que os adolescentes, por estarem em condição peculiar de desenvolvimento, não têm a mesma capacidade que os adultos para responderem por suas infrações penais, devendo, por isso, serem reconhecidos como inimputáveis. No entanto, apesar de não contarem com a plena capacidade de entenderem o caráter criminoso do fato praticado e de determinarem-se de acordo com esse entendimento, os adolescentes possuiriam relativa capacidade[13] para responderem por suas infrações penais, desde que subordinados a sanções diferenciadas dos adultos e respeitados todos os princípios e garantias inerentes à sua *proteção integral*. Nesse sentido, é possível afirmar que, formalmente, o modelo proposto pelo ECA se aproxima do *modelo de responsabilidade* definido nos marcos das normas internacionais sobre os direitos das crianças e adolescentes.

No entanto, para que a proposta de responsabilização pela prática de infrações penais presente no ECA esteja em consonância com as conquistas que informam os moderno sistemas de Justiça Juvenil, a ideia de responsabilidade contida nesta proposta deve se reconciliar com um conceito de culpabilidade que – desprendido de suas fundamentações metafísicas (livre-arbítrio e determinismo) e normativas (reprovação) – "surge como atributo do sujeito concreto, como fato empírico que possibilita atribuir responsabilidade" ao sujeito que infringiu as leis penais (CARVALHO, 2011, p. 216; BARRETO, 2003). Tal proposição está em consonância com a *teoria do sujeito responsável*, desenvolvida por Ramírez e Malarée (2006). De acordo com essa teoria, a culpabilidade aparece como um juízo concreto de valoração. Não se trata de analisar o sujeito em abstrato, desligado de sua realidade, mas sim de estabelecer um juízo de culpabilidade pelo fato concreto, decorrente da ação de um sujeito também concreto, a partir do qual se verifica a possibilidade de se exigir a responsabilidade a respeito do dito delito (RAMÍREZ & MALARÉE, 2006, p. 421-422).

Concebida a responsabilidade dos adolescentes brasileiros a partir dessa lógica, as regras constantes nos arts. 104 e 112 do ECA implicam, portanto, recuperar os corajosos argumentos de Tavares (2012; 2011; 2011) e Santos

13. Embora o Estatuto fixe a presunção de que todos os adolescentes tenham capacidade, ainda que relativa, para responderem pelas infrações praticadas, tal capacidade deve ser avaliada caso a caso, diante do sujeito concreto. Pois, do contrário, estar-se-ia aplicando aos adolescentes um critério de responsabilidade objetiva, que, por força do Princípio da Culpabilidade, não é admitido nem mesmo em face dos adultos (RODRIGUES, 2016; SPOSATO, 2013).

(2012), apresentados acima, e reconduzir a discussão para a função política da culpabilidade no Estado democrático de Direito, qual seja: fixação de critérios para a contenção do poder punitivo arbitrário. Esta função política da culpabilidade está em perfeita sintonia com as conquistas que informam a Justiça Juvenil nos últimos decênios e pode ser compreendida como um desdobramento dos princípios do *Superior Interesse*, da *Proteção Integral*, da *Intervenção Mínima*, da *Proporcionalidade*, da *Dignidade da Pessoa Humana* e dos demais princípios reitores do Direito Penal e do Processo Penal. Tal entendimento exige a superação da noção predominante no país de que a garantia fundamental de inimputabilidade impede o juízo de culpabilidade – ou, como se quer aqui, de responsabilidade – dos adolescentes acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais.

Centrando-se a discussão da responsabilização dos adolescentes na exigência de observância de todos os elementos da culpabilidade, compreendida a partir da função política de garantia aqui descrita, seria possível romper com a lógica das *medidas de defesa social* e propor saídas teóricas que obrigassem os atores jurídicos a considerarem aspectos relevantes para a limitação da intervenção penal do Estado. Tal proposta pode ser compreendida como uma *contestação racional das intervenções penais arbitrárias*[14] que, a despeito das novas orientações insculpidas na Constituição de 1988 e no ECA, continuam a imperar na Justiça Juvenil pátria.

O reconhecimento de que as sanções impostas aos adolescentes pela prática de infrações têm uma natureza penal e que o ECA reputa o ato infracional como conduta análoga ao crime, impõe ao Estado brasileiro o *indeclinável* dever de observar todos os filtros redutores de criminalização presentes tanto na tipicidade e antijuridicidade quanto na culpabilidade. Pois, do contrário, estar-se-ia impondo aos adolescentes um sistema de responsabilização mais severo

14. Segundo Tavares (2012, p. 882-883), tal contestação é aventada quando se está trabalhando, justamente, em proveito de um Estado democrático, que deve assegurar que suas normas possam ser contestadas criticamente pelos cidadãos. Para o autor, isso parece estar de acordo com o que se poderá chamar de um "golpe de liberdade" em face das tendências de irracionalidade, o que, segundo ele, pode ser feito de duas formas: negando-se inteiramente a possibilidade de um Direito Penal irracional e, portanto, buscando-se sua abolição, ou reformulando-se, pelo menos, em três planos, seus elementos, para evitar que o poder de punir se perpetue como poder autoritário. Ao optar-se por uma proposta de reformulação, a qual não deslegitima a corrente abolicionista, pode-se trabalhar nos seguintes planos: da reformulação do conceito de conduta; da reformulação do conceito de injusto; da alteração dos fundamentos da culpabilidade e de sua relação com a pena.

que o de adultos, o que significa infringir todos os princípios que informam a perspectiva garantista de proteção do indivíduo no Estado democrático de Direito e reafirmar o poder autoritário.

Se compreendido a partir de sua dimensão política e atento à *teoria do sujeito responsável*, o juízo de culpabilidade do adolescente não poderá permanecer preso à discussão do livre-arbítrio, do determinismo ou da reprovação, pois todas essas orientações ignoram a realidade do sujeito no mundo (RAMÍREZ & MALARÉE, 2006). Por coerência lógica, exige-se também que a fundamentação da culpabilidade do adolescente não seja definida pelas pretensões preventivas atribuídas às sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Pois, da mesma forma que não se pode substituir o fundamento da culpabilidade dos adultos pelos fins da pena, não se pode fundamentar a medida socioeducativa pelos fins de prevenção especial, já que isso implicaria a reprodução da mentalidade *tutelar*. Logo, a função da culpabilidade no âmbito da Justiça Juvenil deve ser tão somente de, juntamente com os demais princípios insculpidos no ECA e na Constituição de 1988, dar garantias ao adolescente frente à ação arbitrária do Estado.

Ao trabalharem com a culpabilidade, a partir dessa dimensão política de contenção do poder punitivo arbitrário, os profissionais que atuam na Justiça Juvenil devem considerar, ainda, a seletividade do sistema penal e procurar compensá-la, reduzindo a cota de ilegitimidade das intervenções penais ao máximo possível. Trata-se, portanto, de ressignificar o processo de apuração do ato infracional "como instrumento de garantia contra a opressão, necessário à concretização dos direitos fundamentais" (CASARA, 2015, p. 14). Nesse sentido, para atenderem aos princípios do *Superior Interesse* e da *Proteção Integral*, os atores jurídicos, ao pretenderem responsabilizar qualquer adolescente pela prática de infração penal, não poderão deixar de levar em conta a ideia de corresponsabilidade do Estado no processo de criminalização e genocídio da juventude popular brasileira. Pois o Estado não pode se ocupar de responsabilizar penalmente os adolescentes pela prática de infrações penais, sem também "aferir sua própria responsabilidade enquanto titular de um poder punitivo irracional que se dirige precisamente aos grupos sociais cuja maior vulnerabilidade não lhe é alheia" (RAMÍREZ & MALARÉE, 2006, p. 436; ZAFFARONI, 1991).

No momento de aferição da responsabilidade do adolescente pelo ato infracional que se lhe é atribuído, impõe-se, também, a concreta verificação de sua potencial consciência da antijuridicidade do fato,[15] pois não se pode sancionar

15. Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige do sujeito a consciência exata da ilicitude da conduta, mas sim uma consciência potencial, que não se trata

alguém que atua sem consciência da ilicitude de sua própria conduta. Em outras palavras: "a responsabilidade tem que estar efetivamente condicionada à possibilidade de conhecimento da ilicitude" (TAVARES, 2009, p. 443). É imperioso destacar que, neste momento de aferição da consciência do injusto, não se pode olvidar que, por estar o adolescente em um processo de desenvolvimento, suas possibilidades de conhecer a norma proibitiva como tal – como também os pressupostos típicos de uma causa de justificação, seus limites jurídicos e sua subsistência –, jamais poderão ser avaliadas com os mesmos níveis de exigência que se tem em relação aos adultos. Assim, da mesma forma em que se reconhece que o adolescente tem apenas relativa capacidade de responder pelo seu ato, também lhe deve ser reconhecida uma capacidade reduzida de conhecimento da ilicitude do fato praticado.

Na avaliação dessa potencial consciência do injusto por parte do adolescente, os atores jurídicos devem verificar se, no momento da ação, aquele tinha efetivas condições de responder a essa tarefa concreta de observação da norma que se lhe está sendo exigida. Pois o Estado não pode exigir a observância de uma determinada norma se não proporcionou as condições necessárias para que o sujeito pudesse conhecê-la (RAMÍREZ & MELARÉE, 2006, p. 443). A consciência das normas decorre de um processo de amadurecimento e também de aprendizagem social, relaciona-se com a história social do sujeito e deve levar em conta a realidade na qual ele está imerso e também os seus valores, suas crenças – que podem ser conflitantes com os valores e crenças dominantes (RAMÍREZ & MELARÉE, 2006, p. 451; BARATTA, 2002). Por isso, em sociedades com elevadas taxas de exclusão social, marcadas pelo acesso desigual ao mercado de trabalho e ao sistema escolar, pobreza e marginalização, os critérios para avaliação dessa potencial consciência do injusto "reclamam atitudes democráticas na sua avaliação" (SANTOS, 2012, p. 170).

No ordenamento jurídico pátrio, a consequência da verificação de ausência dessa potencial consciência do injusto é o reconhecimento de que o sujeito, por ter atuado em erro,[16] deve ter a sua culpabilidade excluída ou, em caso de

---

de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto. Essa consciência seria adquirida a partir das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade (BITENCOURT, 2012, p. 494-495). No entanto, na prática, essa consciência não está acessível às pessoas de maneira uniforme, variando de acordo com o nível social, cultural, com as oportunidades de acesso à informação etc. (SANTOS, 2012, p. 175).

16. De acordo com o Código Penal, a verificação de que o sujeito atuou sem consciência do injusto conduz ao chamado "erro de proibição direto", ou "erro de direito"

erro vencível, a atenuação da sanção que lhe seria imposta (TAVARES, 2015, p. 99; TANGERINO, 2014, p. 22). Logo, no caso dos adolescentes, diante da lacuna normativa e da vedação da analogia *in malan partem* em matéria penal, deve-se aplicar a mesma regra.

No mesmo sentido, o exame da exigibilidade de conduta diversa – elemento da culpabilidade no sistema penal pátrio – também não pode ser negado ao adolescente, sob pena de se estar impondo ao mesmo um juízo de culpabilidade mais severo que o dos maiores de 18 anos. No momento da verificação da exigibilidade de outra conduta, requer-se que os atores jurídicos, assim como no momento de aferição da potencial consciência do injusto, não olvidem a situação peculiar de desenvolvimento do adolescente, que jamais poderá sofrer as mesmas exigências que os adultos quanto à realização de um comportamento conforme ao Direito. Nesse sentido, a verificação da exigibilidade de conduta diversa em relação aos adolescentes representa o mais genuíno desdobramento dos princípios do *Superior Interesse* e da *Proteção Integral* em sede de culpabilidade, na medida em que funciona como um "princípio que informa toda a culpabilidade" (TAVARES, 2009, p. 449).

De acordo com a *teoria do sujeito responsável*, a exigibilidade é vista como "princípio fundamentador, garantista e deslegitimador da intervenção punitiva estatal", pois permite verificar o que o Estado pode exigir de uma pessoa determinada diante de uma relação social concreta. Nesse processo está implícita uma das dimensões mais importantes do "princípio da autonomia ética da pessoa frente ao Estado: não é a pessoa que está a serviço do sistema, mas o sistema que está a serviço da pessoa para a satisfação de suas necessidades". Logo, se o sistema não tem comunicação com a pessoa ou esta comunicação é defeituosa, como se trata de um processo inter-relacional, não pode aquele exigir uma resposta determinada (RAMÍREZ & MALARÉE, 2006, p. 444). Considerando a preponderância que a Constituição de 1988 confere aos menores de 18 anos em todas as ações do Estado, reconhecendo seu *superior interesse* diante de qualquer pretensão política, bem como o compromisso quanto à *proteção integral* dos seus direitos e de seu desenvolvimento, a presente interpretação revela-se precisamente pertinente. Pois visa avaliar qual é a legitimidade

(art. 21). Já a verificação de desconhecimento dos pressupostos típicos de uma causa de justificação implica o denominado "erro de tipo permissivo" (art. 21) e, finalmente, o desconhecimento dos limites jurídicos de uma causa de justificação implica o "erro de permissão" (art. 20) (TAVARES, 2009, p. 441-442).

do Estado para exigir do adolescente um comportamento conforme o Direito, já que, para tanto:

> (...) esse mesmo Estado tem que ter dado ao indivíduo concreto condições concretas, reais e efetivas, para a sua liberdade e igualdade e removido os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude, assim como facilitado sua participação na vida política, econômica, cultural e social. Por isso, culpabilidade é exigibilidade, ou seja, capacidade não da pessoa para dar uma resposta determinada, mas capacidade do Estado para exigir essa resposta. Toda pessoa só pelo fato de ser pessoa é autônoma e responsável por suas respostas dentro do sistema social. O problema é em que medida o Estado pode exigir uma determinada resposta de uma pessoa determinada em uma situação concreta (RAMÍREZ & MALARÉE, 2006, p. 444-445).

A noção de exigibilidade foi introduzida na teoria da culpabilidade em 1922, por Berthold Freudenthal, que compreendia aquela como o elemento central da apreciação valorativa da culpabilidade. Embora seja identificado como um dos representantes da *teoria psicológico-normativa da culpabilidade*, Freudenthal (2014) se dedicou especialmente, através do conceito de exigibilidade, a indicar possibilidades nas quais o comportamento do sujeito não poderia ser considerado reprovável. Nesse sentido, o autor constrói sua ideia de exigibilidade a partir da multiplicidade de situações nas quais o sujeito age como agiria qualquer outro ser humano sujeito às mesmas condições. Trata-se de uma reflexão valorativa sobre se é possível esperar de determinado sujeito, segundo as circunstâncias nas quais se encontrava no momento do fato, um comportamento distinto do que foi praticado. Para o referido autor, a consequência lógica da constatação de inexigibilidade de um comportamento diverso do praticado pelo sujeito seria a exclusão de sua culpabilidade.

Conforme assinala Muñoz Conde (2003, p. 56-57), as propostas de Freudenthal (2014) foram muito criticadas pelos penalistas conservadores de sua época, que aludiam ao debilitamento da prevenção geral e à insegurança jurídica que elas seriam capazes de produzir. Porém, de acordo com o professor espanhol, foram os penalistas afins ao nacional-socialismo que rechaçaram tais propostas com especial contundência, identificando-as como "um produto da Ciência liberal do Direito Penal incompatível com a pretensão de disponibilidade total do Estado nacional-socialista sobre todos os cidadãos", o que representaria um "desvirtuamento dos usos do Direito Penal". Em face dessas objeções, a teoria da exigibilidade de Freudenthal (2014) sofreu limitações, mas mesmo assim chegou até os nossos dias e ocupa posto importante na moderna concepção da culpabilidade.

Nesse sentido, salientam Ramírez e Malarée (2006, p. 455-456) que, embora a exigibilidade tenha raízes em uma concepção normativa (reprovação) da culpabilidade, diferente é a perspectiva quando se considera que a culpabilidade é, em verdade, um problema do "sujeito responsável", diante de quem não se cogita a maldade ou bondade, a periculosidade ou mesmo a reprovabilidade, mas sim a consciência social. Segundo os autores, na valoração dessa consciência, é preciso considerar todas as circunstâncias que realmente afetam e motivam a ação do sujeito, a partir dos condicionamentos concretos em que ele se encontra e da realidade social na qual está imerso.

Aproximando-se dessa percepção, Santos (2005, p. 210-211) entende que a discussão sobre a responsabilidade que se pode exigir de uma pessoa no Estado democrático de Direito representa um problema prático, ligado a pessoas concretas, à sua realidade e às condições sociais nas quais estão inseridas. Dessa forma, o juízo de responsabilidade, ou de culpabilidade ficaria condicionado à observância do *Princípio da Alteridade*. Consequentemente, no momento de verificação da exigibilidade de conduta diversa, tal princípio obrigaria os atores jurídicos a verificarem, concretamente, a existência de condições externas aptas a exercer influência negativa sobre o poder do autor de agir de outro modo. Se presentes, essas condições negativas devem ser compreendidas como verdadeiras situações de exculpação.[17] Em outras palavras, a normalidade das circunstâncias no momento do fato condiciona a exigibilidade do comportamento adequado ao Direito. Por outro lado, "circunstâncias anormais podem constituir situações de exculpação que excluem ou reduzem o juízo de exigibilidade de comportamento conforme o direito" (SANTOS, 2005, p. 248).

Segundo o autor em comento, tal afirmação se faz sentir mais plenamente pelo fato de que quando condições de existência social adversas deixam de ser excepcionais para serem regra constante da vida, os critérios de avaliação da inexigibilidade de conduta diversa devem ser mais amplos, admitindo pautas excepcionais, que devem funcionar como hipóteses supralegais de exculpação (SANTOS, 2005, p. 264-265). Pois, diante de condições sociais adversas – com

17. Para Santos (2005, p. 251-252), as situações legais de exculpação, por inexigibilidade de conduta diversa, admitidas no ordenamento jurídico brasileiro são: coação moral irresistível; obediência hierárquica; excesso de legítima defesa real e excesso de legítima defesa putativo. Conforme destaca Tangerino (2014, p. 198), as duas últimas hipóteses indicadas por Santos (2005), embora tenham relativa aceitação na jurisprudência, não estão expressamente previstas no Código Penal pátrio.

as quais se depara a absoluta maioria dos adolescentes[18] brasileiros efetivamente submetidos ao sistema de Justiça Juvenil –, muitos sujeitos não têm condições concretas de observar as normas impostas, indistintamente, pelo Direito. Daí o seu comportamento não poder ser julgado sem a consideração dessas condições de vida adversas, já que elas atuam diretamente sobre o poder que o sujeito dispõe de agir de outro modo.

De acordo com Santos,

> (...) a abertura do conceito de inexigibilidade para as condições reais de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para democratizar o Direito Penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos penalizados pelas condições de vida social (SANTOS, 2005, p. 265-266).

A consideração das condições de vida adversas como fatores prejudiciais de motivação ao comportamento conforme o Direito também é objeto de análise de Tangerino (2014, p. 196), que reconhece a "falta de motivabilidade como modalidade de inexigibilidade de conduta diversa". Segundo o autor, embora a lei penal brasileira e a doutrina nacional sustentem que as causas de exculpação, em razão da inexigibilidade de conduta diversa, se limitam às situações em que o sujeito atuou sob coação moral irresistível e obediência hierárquica, a jurisprudência vem demonstrando avanços quanto ao reconhecimento de outras hipóteses supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, que são, destacadamente, defendidas por Santos (2005, p. 260 e ss.).

No que tange à discussão específica sobre os adolescentes, poderia se admitir que Tangerino (2014) dialoga com a tese de Santos (2005) na medida em que questiona se, consideradas as condições de vida de muitos adolescentes criminalizados – que podem ser tributáveis à falência estatal na efetivação dos mais elementares direitos fundamentais individuais e sociais –, poderia exigir que aqueles se motivassem pela conhecida norma que proíbe condutas, como as de traficar e furtar, quando estas são as únicas estratégias de sobrevivência que lhes estão, efetivamente, acessíveis. De acordo com Tangerino (2014, p. 203), a resposta a esse questionamento é, naturalmente, negativa, já que

18. No que se refere aos adolescentes, esse entendimento está adequado aos princípios do *Superior Interesse* e da *Proteção Integral* na medida em que, ao mesmo tempo em que impede que as condições de vida adversas sejam usadas em seu desfavor – prática comum por parte dos atores jurídicos presos à lógica *tutelar* –, obriga as autoridades competentes, sobretudo o Ministério Público, a exigirem do Estado as respectivas ações afirmativas em relação aos direitos fundamentais concretamente negligenciados (RODRIGUES, 2016).

esses adolescentes "não escolheram propriamente um estilo de vida contrário ao Direito", mas sim "se renderam ao único projeto de vida boa alcançável".

Para o professor paulista, diante de tais condições, o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa implicaria:

> (...) uma espécie de perda da possibilidade de exercício do poder punitivo estatal em virtude de sucessivas e reiteradas falhas de todos os seus braços (educacional, saúde, assistência social, trabalho, lazer, higiene, habitação etc), que redundaram na impossibilidade absoluta de um determinado indivíduo escolher um projeto de vida ético e moral conforme o Direito (TANGERINO, 2014, p. 203).

Por outro lado, reconhece Tangerino (2014, p. 203-204) que em determinadas situações, cujo valor moral associado ao projeto de vida não associe igualmente o autorrespeito ao respeito ao outro, não se poderá alegar a inexigibilidade de outra conduta. Nesse sentido, o autor restringe as hipóteses de exculpação por falta de motivabilidade aos "projetos de vida éticos e morais", ainda que contrários ao Direito – desde que, "os valores que informem tais projetos sejam legitimados no seio do grupo social de que faz parte o agente". Não estariam incluídos no rol de exculpação os projetos que, ainda que legitimados pelo grupo social, redundem em condutas de homicídio ou que inflijam dor, reduzam alguém à condição de escravo, explorem sexualmente pessoas frágeis, ou impliquem violências sexuais e torturas – pois, nenhum "projeto de vida ético e moral" pode contemplar tais condutas.

Segundo o autor, esse critério de distinção se justifica pelo fato de que:

> Não se deve confundir a marcada exclusão social com uma carta branca para a prática de atos delituosos. O que se defende é que determinados injustos, quando alinhados a projetos de vida éticos cuja adoção mostrou-se a única possível, não podem receber o rótulo de delitos. Trata-se de uma nova causa de exclusão da culpabilidade, ora denominada de falta de motivabilidade (TANGERINO, 2014, p. 204).

Ressalta-se que Tangerino (2014), ao considerar projetos de vida, ainda que ilegais, como morais e éticos, porque baseados em valores compartilhados e legitimados pelo grupo social de que faz parte o agente, vincula, de forma original, a verificação de exigibilidade de conduta diversa às teorias criminológicas das subculturas (TRASHER, 1927; WHITE; 2005; COHEN, 1971; CLOWARD & OHLIN, 1960), às teorias da aprendizagem social (SUTHERLAND, 1947) e às técnicas de neutralização do comportamento delituoso (SYKES & MATZA, 1957), as quais são de grande relevância para o estudo da delinquência juvenil, embora sejam amplamente negligenciadas pela doutrina penal pátria.

Ao incorporar a pesquisa criminológica ao estudo da inexigibilidade de comportamento diverso, a perspectiva de Tangerino (2014) contempla uma visão democrática e pluralista da sociedade, na medida em que reconhece como legítimos valores que, embora sejam contrários aos dominantes, são compartilhados pelo grupo e decorrem de processos de aprendizagem e de formas de existir comuns a muitos adolescentes e jovens brasileiros e que, por isso, não podem ser tomados como indiferentes ou inválidos. Nesse sentido, o autor se opõe à ideia de universalidade axiológica que predomina nas sociedades, mas que já foi contestada há mais de meio século pela Criminologia e, no âmbito da Justiça Juvenil, impulsionou importantes transformações que culminaram com a elaboração dos princípios formulados nos instrumentos internacionais de proteção e atenção aos direitos infantojuvenis que muitos atores jurídicos brasileiros dizem proteger, mas que sequer reconhecem, em seus ofícios, como válidos.

Para esses profissionais, as teses de Tavares (2012), Santos (2012; 2005), Tangerino (2014), Ramírez e Malarée (2006) e todas as propostas limitadoras de intervenções arbitrárias aqui destacadas funcionam como um verdadeiro teste para o seu comprometimento com o *superior interesse* e a *proteção integral* dos adolescentes brasileiros. Pois, se depois do exame detalhado de todos os filtros mencionados, subsistir o convencimento de que o adolescente é culpado pelo ato infracional que se lhe atribui, impõe-se a esses atores jurídicos o dever de buscar, dentre o rol diversificado de sanções previstas no art. 112 do ECA, aquela que melhor se adapte ao caso e que possibilite a responsabilização jurídica sem prejuízo do melhor interesse desse mesmo adolescente. Nesse sentido, as sanções restritivas e privativas de liberdade estão, por óbvio, totalmente desaconselhadas.

Por medida de justiça, a decisão que reconhecer a necessidade de imposição de quaisquer das sanções previstas no ECA deve ser amplamente fundamentada, de modo a indicar se e como o julgador enfrentou os limites à intervenção estatal presentes tanto no âmbito do injusto como em todos os filtros ora apontados em sede de culpabilidade. Diante de tal sentença, impõe-se, ainda, ao Ministério Público (que, em razão do *Princípio do Superior Interesse*, tem, no âmbito da Justiça Juvenil, seu dever de salvaguarda da lei e da Constituição reforçado) e à defesa, caso entendam que a decisão é injusta, manejar em favor desse adolescente, com paridade de armas, todos os recursos admitidos no âmbito processual penal pátrio em face dos adultos, sob pena de cerceamento do direito fundamental de ampla defesa, de violação do *Princípio da Igualdade* e de todos os demais princípios e garantias historicamente guerreados em favor dos adolescentes nos Estados Democráticos de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passados 26 anos de sua edição, o Estatuto da Criança e do Adolescente parece respirar por aparelhos. Na conjuntura atual, marcada pelas ideias neoliberais[19] e por uma crescente demanda por instrumentos de punição e neutralização da juventude popular, os princípios que norteiam a Lei 8.069/1990 são, cada vez mais, desrespeitados. Nesse contexto, a problemática acerca de quando e como se deve responsabilizar adolescentes pela prática de infrações penais emerge como a ponta de um *iceberg*, onde o que não se vê parece ser o que menos importa.

É forçoso reconhecer que as mudanças previstas na referida lei ainda não se confirmaram na prática. A despeito da proposta isonômica insculpida na legislação, os jovens pobres, negros, do sexo masculino e moradores de periferias representam os principais alvos das ações da Justiça Juvenil, além de serem as principais vítimas dos assassinatos por arma de fogo ora verificados no país (WAISELFISZ, 2015, 2014, 2013, 2012). Em várias cidades brasileiras, como Rio de Janeiro, São Paulo, entre outras, a letalidade dos confrontos a partir da chamada *guerra às drogas* vem contribuindo para o *extermínio da juventude popular*, que figura como a principal vítima de crimes violentos no Brasil, e não o contrário, como comumente é veiculado pela mídia (RODRIGUES, 2016; BATISTA, V. 2009, 2003, 1996; COIMBRA & NASCIMENTO, 2009, 2008; ARANTES, 2008; COIMBRA, 2001).

Não obstante, as elevadas estatísticas de mortes de adolescentes e jovens e as constantes violações dos direitos e garantias previstas na Constituição de 1988 e no ECA são incompatíveis com os princípios que norteiam os Estados Democráticos de Direito e, portanto, inaceitáveis. Para retomar as propostas progressistas vislumbradas quando da redemocratização do país e edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado brasileiro deve fazer valer os compromissos de *proteção integral* que assumiu para com as crianças e adolescentes.

Se quisermos outros resultados, temos que fazer outras escolhas. A opção pelo modelo punitivo, como comprovado empiricamente, não logrou êxito na prevenção da delinquência juvenil, pois, como demonstram os estudos criminológicos,[20] não é o sistema penal o instrumento ideal para o

19. COIMBRA & SCHEINVAR, 2012.

20. RODRIGUES, 2016; DÜNKEL, 2016, 2011, 2008a, 2008b; ANDRADE, 2015, 2012; RAMÍREZ, 2007; BATISTA, V. 2003; ALBRECHT, 2000; SANTOS, 2000.

enfrentamento dos problemas sociais que garantem a reprodução da violência. Nesse sentido, o incremento punitivo ora propugnado pela grande mídia brasileira e por parlamentares pouco comprometidos com os direitos fundamentais dos adolescentes parece estar na contramão de projetos eficientes para a juventude e para a sociedade de modo geral.

Diante dos arroubos repressivos, impõe-se a necessidade de construir mecanismos para conter as intervenções autoritárias de um poder punitivo irracional que, ao criminalizar quem diz proteger, viola direitos e liberdades conquistados, literalmente, a duras penas. Em atenção a essa demanda urgente, foram indicadas neste trabalho possibilidades racionais para contenção das intervenções arbitrárias realizadas em face dos adolescentes submetidos à ação da Justiça Juvenil brasileira. Na construção de tais alternativas partiu-se do pressuposto inicial de que as sanções aplicadas em face dos adolescentes têm natureza penal. Assim, em que pese o direito fundamental de inimputabilidade que se lhes assiste, a interpretação e as limitações às referidas sanções devem ser empreendidas a partir do próprio Direito Penal, sem prescindir da perspectiva criminológica e dos princípios e normas especiais sobre o tema.

Tendo em vista o histórico processo de criminalização seletiva da juventude popular brasileira, o caos do sistema prisional de adultos, a genocida política criminal de drogas – que atinge, especialmente, adolescentes e jovens negros e pobres –, a truculência policial, a mídia irresponsável e sensacionalista, o avanço do conservadorismo e do autoritarismo e todos os outros aspectos que demonstram a fragilidade da democracia brasileira na conjuntura atual, a garantia fundamental de inimputabilidade não pode ser vista como um problema.

Não restam dúvidas de que pugnar pelo reconhecimento de que a inimputabilidade dos menores de 18 anos obsta qualquer juízo de culpabilidade e, por conseguinte, a imposição de qualquer sanção penal é a saída mais condizente com a deslegitimação da razão punitiva e, por isso, tal possibilidade permanece sempre como horizonte necessário. Contudo, diante do cenário pan-penalista brasileiro, da realidade do sistema de Justiça Juvenil pátrio e da mentalidade e práticas *tutelares* que ainda subsistem, negar a proposta de responsabilização oferecida pelo ECA implica correr o risco de retroceder ao modelo anterior, que, idêntico à lógica das *medidas de segurança*, é legalmente compatível com um programa penal para inimputáveis, mas absolutamente incompatível com a proposta humanitária insculpida no texto constitucional.

Para fazer valer as conquistas jurídicas presentes na normativa internacional, na Constituição de 1988, no ECA e na recente Lei do Sinase, é preciso garantir que a responsabilização penal dos adolescentes seja feita com total observância do arcabouço principiológico incluído nesses textos legais e tam-

bém de todos os princípios que norteiam o Direito Penal e o Processo Penal no Estado democrático de Direito. É preciso, ainda, reforçar as críticas quanto ao desacerto das sanções privativas e restritivas de liberdade e lutar pela efetivação de mecanismos de *diversion* eficientes, que privilegiem modelos informais de resolução de conflitos. Ademais, é necessário fortalecer os programas de Justiça Restaurativa, fazendo com que se expandam para além dos círculos restaurativos realizados no ambiente forense e sejam incorporados ao âmago dos sistemas municipais de execução das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade e também às práticas escolares.

Finalmente, por medida de justiça, é imperiosa a incorporação da culpabilidade – e de todos os seus filtros limitadores de intervenções arbitrárias – a partir de sua função política de contenção do poder punitivo irracional aqui destacada, tomando-a como um desdobramento dos princípios do *Superior Interesse* e da *Proteção Integral*. A recondução crítica da culpabilidade no âmbito da Justiça Juvenil brasileira afirma-se como uma medida garantista e indica que mesmo diante das permanências de seletividade, violências e arbitrariedades, as rupturas produzidas pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente podem conduzir a possibilidades ainda não exploradas para a proteção dos direitos e garantias dos adolescentes brasileiros.

6. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Jugendstrafrecht*. 3. ed. Spanische Übersetzung von Juan Bustos Ramírez. München: Verlag C. H. Beck, 2000.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. A reforma das prisões, a Lei do Ventre Livre e a emergência da questão do "menor abandonado". Referência obtida: Cedeca – São Martinho, 2008. Disponível em: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/12/A_reforma_das_prisxes.pdf]. Acesso em: 4 maio 2015.

_____. Rostos de crianças no Brasil. In: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene. *A arte de governar crianças*: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1995.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Campinas: Romana, 2003.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação:* uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. A juventude na criminologia. In: BOCAYUVA, Helena; NUNES, Silvia Alexim (Org.). *Juventudes, subjetivações e violência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2009.

_____. *Difíceis ganhos fáceis* – Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

_____. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012,

BRASIL. Lei 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm]. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015. (Série Juventude Viva). Disponível em: [www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf]. Acesso em: 09 fev. 2016.

_____. Lei 12.594/2012, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm]. Acesso em: 18 maio 2015.

_____. Decreto 99.710/1990, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 nov. 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm]. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Lei 8.069/1990, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jun. 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm]. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional 65, de 2010). Disponível na íntegra em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 3 maio 2015.

CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e segregação: rupturas provocadas pela antipsiquiatria nas ciências criminais. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação:* uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CASARA, Rubens. Processo Penal do Espetáculo: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

CLOWARD, R. A.; OHLIN, L. *Delinquency and opportunity*: a theory of the delinquent gangs. New York: Free Press, 1960.

COHEN, Albert. *Delinquent boys*: the culture of the gang. New York, The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971.

COIMBRA, Cecília; SCHEINVAR, Estela. Subjetividades punitivo-penais. In: BATISTA, Vera Malaguti. (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, v. 1.

_____; NASCIMENTO, Maria Lívia do. Juventude normatizada, moralizada e violentada: alguns modos de subjetivação contemporâneos. In: BOCAYUVA, Helena; NUNES, Silvia Alexim (Org.). *Juventudes, subjetivações e violência*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2009.

_____. *A produção de crianças e jovens perigosos*: a quem interessa? Referência obtida: Cedeca – São Martinho, 2008. Disponível em: [www.infancia-juventude.uerj.br/pdf/livia/aproducao.pdf]. Acesso em: 4 maio 2015.

_____. *Operação Rio*: O mito das classes perigosas no Rio de Janeiro. Oficina do Autor; Niterói: Intertexto, 2001.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. 1989. Referência obtida na base de dados: *Unicef*, 2015. Disponível em: [www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm]. Acesso em: 15 maio 2015.

COUSO SALAS, Jaime. La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal substantivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVIII. 1. Sem. – Valparaíso: Chile, 2012.

_____. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad*. Historia, Teoría y Metodologia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

DÜNKEL, Frider; GENG, Bernd. *Die Entwicklung von Gefangenenraten im internationalen Vergleich*. Greifswald: Universität Greifswald, 2015.

_____. Youth Justice in Germany.*Oxford Handbooks Online*. 25 Feb. 2016. Disponível em: [www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199935383.001.0001/oxfordhb-9780199935383-e-68]. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Reacciones em los campos de la administratión de Justicia y de la Pedagogía Social a la delinquência infantil y juvenil: um estúdio comparativo a escala europea. *La responsabilidad de los menores: aspectos substantivos y procesales*. v. III. Madrid: In EJCGPJ (Escuela Judicial – Conselho General del Poder Judicial), 2011.

_____. Jugendstrafrecht in europäischen Vergleich im Licht aktueller Empfehlungen des Europarats. *Neue Kriminalpolitik*, n. 20, p. 102-114, 2008a.

_____. El futuro de la justicia juvenil: perspectivas europeas. In: *Justicia y derechos del niño*. n. 10. Santa Fe de Bogotá: Unicef, 2008b.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*. Traducción y prólogo: José Luis Guzman Dalbora. Montevideo: Julio César Faria Editor, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007.

HEINZ, Wolfgang. *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2012*. Stand: Berichtsjahr 2012; Version: 1/2014. Internetpublikation [www.ki.uni-konstanz.de/kis/].

LAUBEBTHAL, Klaus; BAIER, Helmut; NESTLER, Nina. *Jugendstrafrecht*. 3. Auflage. Berlin: Springer-Verlag, 2015.

MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.° aniversário em 02 de setembro de 2012. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MEIER, Bernd-Dieter; RÖSSNER, Dieter; SCHÖCH, Heinz. *Jugendstrafrecht*. 3. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2013.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da emoção*: a imputabilidade penal do menor. São Paulo: Ed. RT, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La herencia de Franz von Liszt*. México: Ubijus, 2011.

_____. *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tempo*. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 4. ed. revisada y ampliada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

OSTENDORF, Heribert. *Jugendstrafrecht*. 8 Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *El derecho penal del niño-adolescente*. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007.

_____; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Leciones de Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

RODRIGUES, Ellen. *A quem o ECA protege?* O descompasso entre o discurso e a prática da Justiça Juvenil no Brasil. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Juiz de Fora: UFJF, 2010.

_____. *Do ato infracional.* Um estudo de caso das medidas sócio educativas à luz da Teoria Funcionalista. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito UFJF. Juiz de Fora: UFJF, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional*: garantismo, psicanálise e movimento antiterror. Florianópolis: Habitus, 2005.

_____; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en Derecho Penal.* Tradução Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, S. A., 1981.

SANTOS, Juarez Cirino. *Manual de Direito Penal* – Parte Geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. *A moderna teoria do fato punível.* 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

_____. O adolescente infrator e os direitos humanos. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: ICC, v. 9/10, 2000. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf]. Acesso em: 13 abr. 2014.

SHAW, Clifford; MCKAY, Henry. *Delinquency areas.* Chicago: The University of Chicago, 1929.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes.* Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 20013.

_____. *O direito penal juvenil.* São Paulo: Ed. RT, 2006.

SUTHERLAND, Edwin H. *Principles of criminology.* 4. ed. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1947.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. American Sociological Review, v. 22, Issue 6 (Dec., 1957). Disponível em: [www.socqrl.niu.edu/miller/courses/soci380/sykes%26matza.pdf]. Acesso em: 25 fev. 2016.

TANGERINO, Davi. P.C. *Culpabilidade.* São Paulo: Elsevier Campus, 2012.

TAVARES, Juarez. A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado democrático. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fabio (Orgs). *Estudos críticos sobre o sistema penal*: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

_____. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *Teoria do crime culposo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

THRASHER, Frederic. *The Gang* – a study of Gangs in Chicago. Chicago: The University of Chicago, 1927.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2015. Disponível em: [www.juventude.gov.br/juventudeviva]. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. *Mapa da violência 2014*. Os jovens do Brasil. Referência obtida: Flacso Brasil, 2015. Versão preliminar. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf]. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. *Mapa da violência*: mortes matadas por arma de fogo. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2013. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf]. Acesso em 20 fev. 2016.

_____. *Mapa da violência 2012*: a cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro: Cebela, Flacso; Brasília: SEPPIR/PR, 2012. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_cor.pdf]. Acesso em: 03 abr. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al. Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. .

_____. *Em busca de penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Jurisprudência

- *RT* 922/1043 (JRP\2012\30432).

Veja também Doutrina

- A experiência com os adolescentes: da proteção à potencia, de Débora Matoso e Raquel Marinho – *RBCCrim* 109/297-311 (DTR\2014\15140);
- A noção de responsabilização no sistema de justiça juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafíos, de Adriana Padua Borghi e Flávio Américo Frasseto – *RBCCrim* 109/147-179 (DTR\2014\15134);
- Notas sobre responsabilidade desde os escritos de M. Foucault: pistas para pensar a justiça juvenil, de Maria Cristina G. Vicentin, Alejandra Padilla-Gomez e Ana Lucia Catão – *RBCCrim* 109/21-46 (DTR\2014\15137); e
- Os direitos constitucionais da criança e do adolescente infrator sob a perspectiva do processo de apuração e do cumprimento das medidas socioeducativas decorrentes de ato infracional, de Lívia Almeida Lemos, Natália Nogueira Soares Marra e Rafael Augusto dos Santos – *RDI* 3/127-143 (DTR\2014\2166).

Política criminal de drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao Proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro

Criminal drugs policy: the viability of harm reduction as an alternative to Prohibitionism in Brazilian legal system

Gustavo de Carvalho Guadanhin
Mestrando em Direito Penal pela USP. Procurador da República.
gustavoguadanhin@mpf.mp.br

Leandro de Castro Gomes
Mestrando em Direito Penal pela USP. Defensor Público-SP.
lcgomes@defensoria.sp.gov.br

Recebido em: 21.06.2015
Aprovado em: 30.05.2016
Última versão autores: 03.08.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: A *redução de danos* é uma abordagem alternativa à filosofia do *Proibicionismo*, pois, partindo da premissa de que há usuários de drogas, buscam integrá-los à sociedade e adotar estratégias de minimização dos efeitos dessa prática e da sua administração, sem necessariamente exigir a abstinência. Isso possibilita uma melhor compreensão do fenômeno e da identificação de *vulnerabilidades* de seus usuários, estruturando-se em uma *política de saúde pública* em consonância com a *dignidade da pessoa humana*. Dessa forma, analisando-se o histórico dessas ações em um contexto global, confronta-se com a possibilidade de sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro, dados os efeitos negativos

Abstract: The *Harm reduction* is an alternative approach to the philosophy of *Prohibitionism*, therefore, based on the premise that there are drug users, seeking to integrate them into the society and adopt strategies to minimize the effects of this practice and of its management, without necessarily requiring abstinence. This enables a better understanding of the phenomenon and identifying the *weaknesses* of its members, structured in a *public health policy* in line with the *dignity of the human person*. Thus, analyzing the history of these actions in a global context, is confronted with the possibility of its adoption in Brazilian legal system, given the negative effects caused by a *prohibitionist*

Guadanhin, Gustavo de Carvalho e Gomes, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao Proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 127. ano 25. p. 263-294. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

provocados por uma política *proibicionista*. É o chamado *Proibicionismo Moderado*, que tenta uma simbiose entre os dois sistemas por meio da diferença de tratamento conferida a usuários e traficantes, mas que encontra dificuldades concretas de implementação de estratégias de *redução de danos*.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas - Proibicionismo - Redução de danos - Proibicionismo Moderado - Viabilidade.

policy. It's called "Prohibitionism Moderate", that trying a symbiosis between the two systems through the different treatment given to users and drug dealers, but finding practical difficulties of implementing *harm reduction* strategies.

KEYWORDS: Drugs - Prohibitionism - Harm Reduction - Moderate Prohibitionism - Viability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Redução de danos: uma alternativa. 2.1 Premissas da política de redução de danos. 2.1.1 Um modelo pragmático. 2.1.2 Construção de uma nova política: dignidade e vulnerabilidade. 2.2 Principais experiências e estratégias. 2.2.1 Marcos históricos. 2.2.2 Estratégias. 3. Política criminal de drogas no Brasil. 3.1 Panorama histórico. 3.2 Resultados verificados no âmbito do Proibicionismo. 3.2.1 Seletividade do Direito Penal. 3.2.2 Superencarceramento. 3.3 Redução de danos como possibilidade. 4. A redução de danos no marco do Proibicionismo. 4.1 Proibicionismo moderado: concordância prática?. 4.2 Estudo de casos. 4.2.1 A redução de danos em Santos e a atuação das agências penais. 4.2.2 Redução de danos e *ecstasy*. 4.2.3 Projetos-piloto de redução de danos em *crack*. 4.2.4 Outros conflitos: liberdade de expressão, pesquisas científicas e uso terapêutico. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a estratégia de *redução de danos* no âmbito da política criminal de drogas. Assim, localizada a *redução de danos* como uma alternativa à política *proibicionista*, serão apresentados seu conceito e suas premissas de dignidade da pessoa humana e de identificação de vulnerabilidades, realçando que esse modelo baseia-se em um fato *real*, qual seja, o de que, embora se busque desestimular o uso de drogas, muitos usuários não deixarão de fazê-lo, isto é, não se prega a abstinência como única alternativa possível, mas se reconhece a liberdade individual ao consumo.

De outro lado, identificados os principais marcos históricos, a começar pelo *Relatório Rolleston* (1926), na Inglaterra, passando para as ações de política de saúde pública, destacando-se a Holanda (década de 1980), notadamente para o controle de epidemias em usuários de drogas injetáveis, serão expostas as principais estratégias, sem a pretensão de esgotá-las, visto que cada uma busca atender a demandas concretas, de acordo com a especificidade de cada substância e grupo atingido.

No momento seguinte, passar-se-á à análise da posição do Brasil dentro do contexto *proibicionista*, iniciando por um breve panorama histórico e passando

pelos seus principais resultados, quais sejam, o realce da seletividade do Direito Penal e o superencarceramento.

Nesse quadro, urge estudar a possibilidade legal de políticas de *redução de danos* dentro de um modelo de *Proibicionismo Moderado*, baseado na distinção de tratamento entre o traficante e o usuário, como introjetado na legislação pátria desde a Lei 10.409/2002. Para tanto, serão cotejados três casos paradigmáticos de tentativa de implementação dessas políticas e suas dificuldades práticas, em virtude da própria atuação repressiva por parte de outros órgãos estatais.

2. REDUÇÃO DE DANOS: UMA ALTERNATIVA

2.1 Premissas da política de redução de danos

2.1.1 Um modelo pragmático

A filosofia de reduzir riscos e evitar danos está interiorizada por grande parte da população em diferentes campos da vida, seja na prática de esportes, seja em atividades sexuais, seja no consumo de alimentos, de álcool ou de medicamentos, aparecendo também no consumo de drogas. Assim, parte-se do pressuposto de que o uso dessas substâncias é parte indissociável da própria história da humanidade, não sendo possível "um mundo livre das drogas".[1] Pressuposto esse, aliás, comprovado empiricamente com a própria adoção de uma política *proibicionista*.[2]

1. SHECAIRA, Sérgio Salomão; VILARDI, Naiara. Uma nova política criminal para as drogas: redução de danos. In: FERNADES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc. (orgs.). *Escritos transdiciplinares de criminologia, direito e processo penal:* homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 991.

2. Vale lembrar que o *Proibicionismo* é um movimento de caráter transnacional fundado em três grandes ondas de tratados internacionais – a primeira, após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), com sua encampação pela Liga das Nações (cf. art. 23, *c*, do Tratado de Versalhes); a segunda, já no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU, com a edição da Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), seguida da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971), no auge das medidas capitaneadas pelo então presidente dos Estados Unidos da América, Richard Nixon, mundialmente conhecidas por *War on Drugs*; e a terceira, com a assinatura da última das chamadas "Convenções-Irmãs da ONU", a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (1988), seguida da intenção, declarada na Sessão Especial da Assembleia-Geral das Nações Unidas de

Desse modo, pode ser definida a política de *redução de danos*, nas palavras de Maurides de Melo Ribeiro,[3] como "um conjunto de estratégias que visam minimizar os danos causados pelo uso de diferentes drogas, sem necessariamente exigir a abstinência do seu uso".

Portanto, essa abordagem leva em consideração a complexidade do fenômeno, a diversidade das substâncias e de seus usos, bem como as particularidades sociais, culturais e psicológicas dos usuários, propiciando uma melhor ponderação e individualização dos riscos e das vulnerabilidades na cena de uso das drogas. Trata-se, pois, de uma política *humanista* e *pragmática*, que visa à melhora do quadro geral do usuário de drogas.

Como aponta Xabier Arana,[4] a comunidade científica evidencia que os danos relacionados ao uso de drogas não têm muita correspondência com o fato de elas estar ou não proibidas, de modo que, em uma sociedade democrática, é mais adequado educar os usos, notadamente quando moderados e responsáveis. A busca dessa finalidade é, então, a maneira mais consentânea de se relacionar com o usuário dentro de um Estado Democrático de Direito, comprometido com os *direitos humanos*.[5]

Dessa forma, no que diz respeito ao *uso* das drogas, deve-se distinguir três situações:[6] (i) o *uso eventual*, em que o risco é mínimo e não há consequências biopsicossociais; (ii) o *uso abusivo*, relacionado aos efeitos psíquicos que cau-

---

1998, de erradicação da produção e do consumo de drogas do planeta até 2008, objetivo prorrogado, em decisão da Comissão sobre Entorpecentes da ONU (2009), para o ano de 2019 –, todas elas com o objetivo primordial de erradicar o comércio e o consumo de, inicialmente, *papoula/ópio/heroína*, *coca/cocaína/crack* e *cânhamo/maconha* e, posteriormente, também de *drogas sintéticas*, notadamente nos Estados Unidos da América e na Europa. Seu insucesso na concretização dos objetivos propostos e as consequências sociais trazidas por sua adoção têm levado à busca de modelos alternativos de enfrentamento da questão, dentre os quais a *redução de danos* aqui estudada.

3. RIBEIRO, Maurides de Melo.*Drogas e redução de danos:* os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45-46.
4. Limitaciones legales de la reducción de daños en un contexto prohibicionista. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 251-253.
5. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 183.
6. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: SHECAIRA,

sam incremento do risco individual e problemas de relacionamento social; e (iii) a *dependência*, caracterizada pelo uso compulsivo da substância, a partir do qual o organismo obtém uma sensação de bem-estar, gerando, de outra parte, um mal-estar ante a sua falta. A visão *proibicionista* fez com que algumas conclusões equivocadas fossem extraídas, como a de que existe um vínculo indissolúvel entre o consumo e a dependência, em nada acrescentando para um correto tratamento da questão.[7]

De outro lado, também devem ser diferenciados os *efeitos primários* das drogas, que são aqueles produzidos no organismo do usuário ou do dependente, dos *efeitos secundários*, que se relacionam ao "custo social", sempre negativo, pois englobam o estigma social que essas pessoas carregam, fruto de uma rotulação[8] (remetendo-se à teoria criminológica do *Labelling Aproach*[9]), bem como maiores dificuldades que encontram quando pertencem a classes econômicas menos favorecidas.[10]

As políticas e programas de *redução de danos* partem, portanto, de um fato real, que é a existência de pessoas usuárias de drogas que não querem deixar de consumir essas substâncias, razão pela qual se deve lutar por uma melhoria na saúde e nas condições sociais delas.[11]

Assim, seus *princípios norteadores* podem ser identificados:[12] (i) possuir um viés social no combate aos efeitos negativos das drogas, procurando integrar os usuários à sociedade, e não apartá-los dela, envolvendo as populações-alvo nas políticas e evitando o uso de terminologias preconceituosas e pejorativas no trato da questão; (ii) prevenir os danos que podem ser causados pelas drogas, não se limitando a prevenir o seu uso, isto é, reconhecendo que é inevitável algum nível de consumo na sociedade; (iii) ter um foco pragmático, procurando diminuir os efeitos maléficos das drogas para os consumidores e suas

---

Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 185-186.

7. SHECAIRA, Sérgio Salomão; VILARDI, Naiara. Op. cit., p. 991.
8. CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 241.
9. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 241-283.
10. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo, op. cit., p. 186-187.
11. ARANA, Xabier, op. cit., p. 259.
12. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 188-190.

comunidades, levando-se em conta a relação custo-benefício das intervenções; (iv) ser aberto à multidisciplinariedade, afastando-se os instrumentos penais-repressivos, que ficam reservados para o tráfico de grande escala.

Ora, a despeito de procurar desestimular o consumo de drogas, ela reconhece a *autonomia* do usuário,[13] fazendo com que, no mínimo, esse uso ocorra em um ambiente mais seguro e controlável, além de evitar danos maiores, como o contágio de doenças transmissíveis.[14] A *redução de danos* busca, pois, criar na pessoa o desejo de se cuidar, caracterizando-se como uma verdadeira atitude preventiva.[15]

Contrapondo-se, então, às abordagens terapêuticas mais tradicionais, que se baseiam unicamente na *abstinência*, a *redução de danos* (em sentido amplo) pode incluir:[16] (i) a *redução de danos em sentido estrito*, ou seja, a administração de drogas de maneira mais segura, diminuindo-se as morbidades e comorbidades do uso; (ii) a *redução da quantidade*, em que se procura mudar a quantidade utilizada; e (iii) a *redução da prevalência*, isto é, a cessação do uso de uma ou mais drogas, que pode ser alcançada por meio de terapêuticas substitutivas.

Dessa forma, a diferença de abordagem entre o *Proibicionismo* e a *redução de danos* pode ser bem sistematizado com a seguinte tabela:[17]

	Proibicionismo	**Redução de danos**
Problema enfocado	uso da droga em si	danos/usos de drogas
Política de drogas	"guerra às drogas"	tolerante/pragmática
Prioridade	repressão ao uso e ao tráfico	redução de danos à saúde individual e coletiva

13. Essa autonomia do usuário, a seu turno, encontra paralelo na autonomia do paciente em relação ao médico, ou seja, no reconhecimento de que ele deve ser o responsável pela tomada de decisões em relação a sua saúde, após ser devidamente informado sobre diagnósticos e procedimentos terapêuticos (Capítulo I, XXI, da Resolução CFM 1931/2009 – Código de Ética Médica).
14. Capítulo I, XXI, da Resolução CFM 1931/2009 – Código de Ética Médica. p. 185 e 190.
15. SHECAIRA, Sérgio Salomão; VILARDI, Naiara. Op. cit., p. 992.
16. MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Op. cit., p. 188.
17. REALI, Diva. Drogas, redução de danos e direitos humanos: transitando com Winnicott. *Revista Urutágua* – Revista Acadêmica Multidisciplinar. n. 6. Maringá, 2004. p. 2-3. Apud RIBEIRO, Maurides de Melo, op. cit., p. 59.

	Proibicionismo	Redução de danos
Postura em relação à droga	moralismo: estigmatização do usuário de drogas	realística/pragmática
Papel/posição do Estado	controle abusivo do cidadão	- provê serviços para usuários - apoia organizações de usuários - prega direitos dos usuários
Prevenção de drogas	"sociedade livre de drogas"	dano/risco associado ao abuso
Sistema de atenção à saúde	atendimento médico individual, buscando a abstinência	oferece vários tipos de serviço, objetiva ampliar o rol de atendidos e não busca a abstinência
Prevenção da Aids	dificultada por restrições legais	articulada como prioridade da saúde pública

Portanto, a *redução de danos* reconhece a liberdade individual na busca do próprio bem-estar, que inclui o direito individual ao consumo de drogas. Restringir essas ações somente gera uma inércia em que se criam mais danos do que aqueles que se pretendem evitar.[18] Proibir pessoas adultas de consumir substâncias psicoativas é reafirmar uma política estatal paternalista, além de não se justificar a inexistência de um regime jurídico único para toda e qualquer substância psicoativa, partindo-se das diferenças de riscos de cada uma delas e tendo como pilares a *defesa da saúde*, sem ameaças repressivas.[19]

2.1.2 Construção de uma nova política: dignidade e vulnerabilidade

O fio condutor da política de redução de danos é, então, o respeito à *dignidade da pessoa humana*, haja vista que o usuário de drogas não é visto como um objeto da tutela ou da repressão do Estado, mas como sujeito de direitos, um interlocutor capaz e que pode assumir um papel de protagonista das reivindicações de seu contexto social e ser corresponsável pela implementação das modificações necessárias para a melhoria de sua qualidade de vida, pessoal

18. ARANA, Xabier, op. cit., p. 264.

19. MARONNA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 61-63.

e relacional.[20] Essa abordagem encontra total respaldo dentro de um Estado Democrático de Direito, fundado no respeito aos *direitos humanos*.[21]

Assim, para que haja a implementação de uma política pública desse jaez, não basta o atendimento de um critério ou requisito formal de que haverá uma "redução de danos" ao usuário, pois isso legitimaria tratamentos e internações compulsórias independentemente das peculiaridades do caso concreto, o que favorece a exclusão e não a necessária inclusão buscada pelo modelo.[22] O que se busca é a construção de uma alternativa eficaz, respeitando as características de cada caso concreto, o que deve passar pela identificação das pessoas mais expostas aos riscos que se quer evitar, ou seja, à identificação da *vulnerabilidade*.

Essa busca, por sua vez, é composta da avaliação de três dimensões interdependentes: (i) *individual* ou *psicossocial*, concebida como um traço subjetivo, pessoal e referido ao estado psíquico do indivíduo; (ii) *social* ou *comunitária*, que diz respeito às carências do grupo social em relação a recursos institucionais de acesso a direitos fundamentais que garantam uma existência digna; e (iii) *institucional*, ou seja, o grau de risco que uma determinada pessoa corre de ser reprimido perante agências estatais, penais ou não.[23]

Desse modo, pode-se chegar a informações valiosas para pautar as intervenções estatais, como exemplifica Maurides de Melo Ribeiro:[24]

Critério	Observação
gênero	O sexo feminino está aumentando sua presença na população carcerária nos delitos envolvendo entorpecentes e está mais sujeito à prostituição, aumentando riscos.
idade	Os jovens são mais expostos a riscos.
vínculos institucionais e familiares	Inserção no mercado de trabalho e manutenção de vínculos familiares possibilitam maior acesso a redes de cuidado.
escolaridade	Baixa escolaridade implica menor inserção no mercado de trabalho e menor disponibilidade financeira, diminuindo a possibilidade de inserção social.

20. RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 58-59.

21. No Brasil, coloca-se de acordo com o disposto no art. 1.º, III, da Constituição.

22. Idem, p. 61-62. Vide nota 45, *supra*.

23. Idem, p. 62-63.

24. Idem, p. 64.

Critério	Observação
droga de eleição e formas de apresentação/administração	Drogas diferentes, utilizadas por modos diferentes implicam em efeitos distintos, que sugerem diferentes abordagens.
comorbidades	Agravos físicos e psíquicos decorrentes do uso de drogas implicam normalmente em pior prognóstico com relação à retomada da qualidade de vida.
delitos	Falta de mecanismos formais para a solução de conflitos, como as dívidas, implicam em maior exposição à violencia.

Com base em informações desse tipo, pode-se pensar em diferentes tratamentos dentro de uma política de *redução de danos*, como será melhor aprofundado.

2.2 *Principais experiências e estratégias*

2.2.1 *Marcos históricos*

Como referido, a filosofia da *redução de danos* é inerente à natureza humana e, se o consumo de drogas existe desde tempos imemoriais, as primeiras experiências da administração segura dessas substâncias também o são.[25]

A seu turno, dentro da política *proibicionista*, o marco histórico desse modelo é o chamado *Relatório Rolleston*, publicado em 1926, na Inglaterra. Produzido por Humphrey Rolleston, ex-presidente do Colégio Real de Médicos do Reino Unido, o documento foi pautado nas necessidades dos usuários de drogas e na imprescindibilidade de "normalização" de suas vidas cotidianas, o que implicava na administração da droga e no seu monitoramento por um médico.[26]

Contudo, a estratégia de *redução de danos* como uma *política de saúde pública* somente ganharia expressão a partir do programa de troca de seringas usa-

25. Costuma-se citar a tragédia grega *As Bacantes*, de Eurípedes, que demonstra a reação do Estado ao culto a Dionísio, deus do vinho, cujas celebrações eram conhecidas por "bacanais", passando desde a sua proibição até a o estabelecimento de épocas próprias para as celebrações, o que se configura como um verdadeiro controle social ("lastro cultural") da administração das substâncias consumidas nessas ocasiões (EURÍPEDES. *Ifigênia em Áulis; As Fenícias; As Bacantes*. Trad. port. Mário da Gama Kury. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 203-275).

26. RIBEIRO, Maurides de Melo Op. cit., p. 48.

das por novas, criada na Holanda, na década de 1980,[27] para controlar a difusão da hepatite B entre os usuários de drogas injetáveis (1984) e, posteriormente, com maior força, a partir da epidemia de transmissão do vírus HIV. A iniciativa foi acompanhada pela Austrália (1985), pelo Reino Unido (1986), bem como por Estados Unidos, França, Alemanha e Suíça, mais ou menos nessa mesma época.

É possível condensar as principais experiências de redução de danos com os seguintes quadros, separados por continente:

Europa

País	*Ano*	*Ação*	*Descrição/Observação*
Reino Unido	1926	Comitê de Rollestone	Médicos podem prescrever opiáceos para dependentes.
	Década de 1980	Modelo de Merseyside	Prescrição para dependentes. Troca de seringas. Abordagens comunitárias. Serviços de aconselhamento. Trabalho interdisciplinar. Tratamento de alta e baixa exigencia.
	Atualmente	Legalização do consumo da maconha	Em discussão.
Holanda	1972	Comitê de Narcóticos	
	1976	Lei do Ópio	Distinção entre drogas de risco inaceitável (heroína, cocaína) e drogas de menor risco (maconha e haxixe).
			Legalização do consumo e comércio da maconha (*coffe shops*).
	1980	Jukiebond Liga dos Dependentes	Combater e reivindicar políticas de redução de danos entre os usuarios.
	1984	Programa de troca de seringas	Primeiro do gênero.

27. Em 1980, foi fundada a *Junkiebond*, em Amsterdã, primeira associação de usuários de drogas injetáveis, que tinha, dentre seus objetivos, a busca da melhoria da qualidade de vida dessas pessoas.

País	Ano	Ação	Descrição/Observação
Holanda	Atualmente	Política de normalização	Abordagem centrada na redução de danos à saúde.
		Programas de tratamento	Graduação das abordagens: alta e baixa exigencia.
Suíça	1987	Parque da Agulha	Comércio e consumo liberados dentro da área do parque.
	1993	Troca de seringas Salas de pico Prescrição de metadona	Em substituição ao modelo anterior, que se mostrou inadequado.
	2001	Legalização do consumo da maconha	
Espanha Itália	Década de 1990	Troca de seringas Salas de pico Prescrição de metadona	
Alemanha	Décadas de 1980/90	Legalização do consumo da maconha	Espanha (80), Itália (90) e Alemanha (90)

América e Oceania			
País	Ano	Ação	Descrição/Observação
Canadá	Década de 1990	Redução de danos	Primeiro país das Américas.
	1992	Comissão de Ledain	Troca de seringas. Salas de pico. Prescrição de metadona. Programas comunitarios.
	2001	Uso terapêutico da maconha	
	2002	Legalização do consumo da maconha	Iniciada a discussão.
Estados Unidos da América	Década de 1960	Prescrição de metadona Troca de seringas	
	Após década de 1990	Legalização do consumo da maconha	16 Estados
Uruguai	2014	Mercado legal de maconha	
Austrália	Década de 1980	Legalização do consumo da maconha	Alguns Estados
	1985	National Campaign Against Drug Abuse	Redução de danos. Integrar à saúde pública.

Atualmente, na União Europeia, os Estados-membro possuem clara tendência de adotar estratégias baseadas nessa alternativa, existindo legislação sobre o tema em países como Bélgica, França, Luxemburgo, Polônia, Portugal, Eslovênia e Finlândia.[28]

2.2.2 Estratégias

Cumpre, neste momento, sistematizar as principais estratégias de *redução de danos* empregadas atualmente. Como o objetivo buscado é atender a demandas concretas, cada qual com suas especificidades, não se torna possível arrolar todos os tipos existentes. Contudo, as principais formas podem ser condensadas no seguinte quadro:

Tipo de intervenção	Descrição	Observações
Terapêuticas substitutivas	*substituto/substituído*	Diminuir o consumo da droga.
	metadona/heroína	Modificar comportamentos de risco.
	maconha/cocaína	Prevenir a overdose.
	maconha/crack[29]	Fornecer auxílio médico e social.
	metadona/crack[30]	Usuários são cadastrados.
Prescrição de heroína	Usuários graves que não se adaptaram à terapêutica substitutiva.	Há necessidade de apoio médico, psicológico e social.
Áreas de tolerância	Prevenir overdose.	
Salas de uso	Prevenir doenças contagiosas.	
	Prevenir complicações clínicas.	

28. Idem, p. 49-50.

29. Importante aqui os estudos realizados por Dartiu Xavier da Silveira no âmbito da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de São Paulo que, apesar da obtenção de bons resultados, não conseguiu prosseguir com a terapêutica pelo fato de a maconha ser uma substância ilícita no país (DIMENSTEIN, Gilberto. Tratamento contra o crack? *Folha de S. Paulo. C17, 23.05.2010).*

30. Alguns estudiosos consideram a *metadona* mais tóxica *que a heroína e causadora de uma dependência maior que a provocada pelo crack (SHECAIRA, Sérgio Salomão; VILARDI, Naiara. Op. cit., p. 998).*

Tipo de intervenção	Descrição	Observações
Troca de seringas	Prevenir compartilhamento de agulhas.	Ênfase sobre o hábito de injetar.
	Reduzir acidentes com picadas.	Ênfase na saúde do usuario.
	Aumentar o contato com os usuarios.	Confidencialidade
Cachimbo para crack	Filtro para evitar que partículas sólidas sejam absorbidas.	
	Prevenir doenças contagiosas.	Tuberculose, herpes, hepatite e HIV
Kits para drogas inaladas	*Kit sniff*	Dois canudos de silicone, dois lenços de papel, uma bandejinha de papel laminado, um frasco para acondicionamento da droga, um preservativo, um gel lubrificante, um fôlder explicativo, um cartão com telefones para socorro de overdose e dois frascos de soro fisiológico.
Redutores de danos	Agentes que fazem contato com usuarios.	Estabelecer limites ao trabalho.
	Podem ser ex-usuários.	Identificar demandas.
	Conscientização	Distribuição de material educativo.

Cumpre agora verificar como essas estratégias estão sendo pensadas e aplicadas no contexto brasileiro.

3. POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

3.1 Panorama histórico

As primeiras normas que trataram do tema não chegaram a se configurar como um sistema. Assim, as Ordenações Filipinas, no Livro V, Título LXXXIX, possibilitava a posse de ópio para o farmacêutico licenciado.[31] No Código Criminal do Império (Lei de 16 de dezembro de 1830), o assunto não foi tratado,

31. O texto, *in verbis*: "Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem opio, salvo se fôr Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio".

de modo que a matéria era disposta em posturas municipais.[32] O Código Penal da República (Dec. 847/1890), a exemplo das Ordenações do Reino, colocou-o como um delito profissional dos farmacêuticos,[33] permanecendo o controle por posturas municipais.

Aponta-se como marco inicial de uma sistematização da matéria o Dec. 11.481/1915, que promulgou, no ordenamento jurídico pátrio, a Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia, em 1912, dentro de um modelo dito "sanitário", sem a criminalização da conduta, o que só ocorreu por meio do Dec. 20.930/1932, para o comércio,[34] e do Dec.-lei 891/1938, com a criminalização do uso, tráfico, porte e produção de ópio, cocaína e maconha,[35] notadamente em função de grande consumo entre a população negra.[36]

Em um momento seguinte, passou o delito a ser descrito no tipo do art. 281 do CP, cuja redação original, do Dec.-lei 2.848/1940, foi modificada pela Lei 4.451/1964 e pelo Dec.-lei 385/1968, sempre ampliando o rol de núcleos e equiparando, o último diploma, o usuário ao traficante, até ser revogada pela

32. RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos:* os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32. O autor destaca a Postura expedida pela Câmara do Rio de Janeiro, em 04 de outubro de 1830, que proibia a "venda e o uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas", que seria o primeiro ato legal de proibição de venda da maconha no mundo ocidental.

33. Assim, o art. 159, *in verbis*: "Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios: Pena – de multa de 200$ a 500$000".

34. "Art. 25. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias. Penas: De um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000$0 a 5:000$0".

35. "Art. 33. Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1.º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2.º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias – penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000$000 a 5:000$000."

36. CARVALHO, Virgínia Martins. Drogas: descriminalização? In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 125-130.

Lei 5.726/1971. Essa lei teve a inovação de incluir medidas preventivas envolvendo a sociedade no combate ao tráfico de entorpecentes.

Veio, então, a Lei 6.368/1976 que, apesar de instituir o Sistema Nacional Antidrogas – SNA, que previa o tratamento e a reinserção social para os dependentes, manteve o caráter repressivo para os usuários (art. 16), embora o distinguisse do traficante (art. 12). Durante sua vigência, com nítida influência do *Proibicionismo*, houve a equiparação do tráfico de drogas a *crimes hediondos* (art. 5.º, XLIII, Constituição), seguida de sua pesada regulamentação (Lei 8.072/1990), bem como a repressão às chamadas "organizações criminosas" (Lei 9.034/1995, substituída pela Lei 12.850/2013) e da lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998), sempre seguindo a pauta das convenções internacionais *proibicionistas*.

Foi ela, enfim, derrogada pela Lei 10.409/2002, que trouxe novos moldes ao tratamento dos dependentes, incluindo, pela primeira vez, a *redução de danos* (art. 12, § 2.º) e, finalmente, ambas foram abrogadas pela Lei 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Ela, embora tenha trazido medidas descarcerizadoras aos usuários (art. 28)[37] e com o intuito de sistematizar políticas públicas, dentre as quais a *redução de danos* (art. 9.º, VI, vetado, mas presente nos arts. 19, VI, 20 e 22), teve grande parte de seus dispositivos mais inovadores vetados.

Dessa forma, o Brasil está ainda bastante imbuído do modelo *proibicionista*, mas, como em todo o mundo, também pressionado por setores da sociedade para que seja revista essa política.

3.2 Resultados verificados no âmbito do Proibicionismo

3.2.1 Seletividade do Direito Penal

O Brasil, que era considerado um país de trânsito, atualmente também é tido como um país de alto consumo. Entretanto, ainda que a legislação brasileira diferencie o usuário do traficante, como demonstrado acima, há um limite muito tênue e subjetivo para o devido enquadramento legal.

Esse fato é agravado ao se constatar que a abordagem inicial, como não poderia deixar de ser, é feita pela polícia, sendo seus agentes que vão dar uma

37. Embora continue a existir um processo criminal, com todas as consequências de uma sentença condenatória. Vale mencionar que está em curso, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 635.659/SP, com repercussão geral, que discute a constitucionalidade dessa criminalização da posse de drogas para consumo próprio.

primeira qualificação ao fato, ou seja, decidir se a pessoa será investigada pelo *uso* ou pelo *tráfico*, o que pressupõe a necessidade de uma boa formação desses profissionais.[38]

Entretanto, nota-se que essa realidade ainda é um pouco distante. Para ilustrar, observa-se uma cantilena do Batalhão de Operações Policiais Especiais – BOPE do Rio de Janeiro que diz:[39]

> O interrogatório é muito fácil de fazer, pega o favelado e dá porrada até doer. O interrogatório é muito fácil de acabar, pega o bandido e dá porrada até matar. (...) O quintal do inimigo, não se varre com vassoura, se varre com ponta de sabre, fuzil e metralhadora.

Por ela, verifica-se facilmente que o grande inimigo da sociedade foi identificado na favela, na pessoa do favelado, procurando-se institucionalizar práticas de desrespeito a direitos fundamentais, como a inviolabilidade de domicílio (art. 5.º, XI, da Constituição), facilitada com a classificação do delito de tráfico de entorpecentes como um crime permanente, legitimando-se a conduta perpetrada (art. 303 do CPP).[40]

Pode-se concluir, então, como o faz Luciana Boiteux,[41] de que a pergunta "Por que somente os pequenos e (alguns poucos médios) traficantes estão presos?" pode ser respondida pela atuação seletiva do sistema penal brasileiro, que criminaliza a pobreza, os pobres e os vulneráveis, situação agravada com a política repressiva de combate às drogas. O resultado não poderia ser outro que não o aumento de presos, como passa a ser melhor analisado.

3.2.2 Superencarceramento

É significativo verificar que, dentre o expressivo aumento da população carcerária, triplicada entre 1992 e 2012, o tráfico de drogas é, hoje, o segundo

38. VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 109-112.

39. SÁ, Alvino Augusto de. Sonhando com o fim do tráfico de entorpecentes. *Boletim IBCCRIM*. v. 211, 2010. p. 4-6.

40. VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 116-119.

41. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 92.

crime com maior representatividade carcerária (25,21%), só perdendo para o roubo (27,01%).

Essa evolução agravou-se mais com a entrada em vigor da Lei 11.343/2006 que, a despeito de ter descarcerizado as sanções para os usuários (art. 28), recrudesceu o tratamento do traficante (art. 33), sem fixar critérios objetivos que os distinguissem, como já apontado.[42] Isso fez com que o total de presos por tráfico de drogas crescesse 320% de 2005 a 2012.[43]

Ora, em pesquisa realizada no Rio de Janeiro e em Brasília, entre 07.10.2006 e 31.05.2008, verificou-se que a maioria dos condenados por tráfico de drogas possuem o seguinte perfil: são primários (66,4%), foram presos em flagrante (91,9%) e sozinhos (60,8%). Por sua vez, apenas 15,8% respondiam também por associação para o tráfico e 14,1% foram denunciados cumulativamente pela posse da arma.[44]

Também chama atenção o fato de a população carcerária feminina, que representa 6,15% do total de presos no Brasil, ser formada por 47,35% de detidas por tráfico de drogas, o que equivale a 10,84% de toda a cifra do referido delito (dados de 2012). A situação torna-se preocupante ao se verificar que possuem um perfil bem definido: não é branca, com baixa escolaridade e com faixa etária entre 18 e 30 anos, isto é, em idade fértil, sendo que 80% delas são mães.[45]

Esses dados todos revelam que a maioria dos presos por tráfico de drogas no Brasil são pequenos traficantes, sem importância na cadeia comercial de venda das substâncias ilícitas, gerando um alto custo ao Estado (dos R$ 6.785 bilhões destinados ao sistema penitenciário em 2012, R$ 1.626 bilhão foi gasto somente com os presos por tráfico de drogas) e contribuindo com o superencarceramento no país, que já possui a quarta maior população carcerária

42. Vide nota 37, *supra*.

43. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – Infopen*. Brasília, 2011/2012. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 14 set. 2014.

44. LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. O fracasso da guerra às drogas. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 360.

45. BOITEUX, Luciana. Op. cit., p. 95-98.

de todo o mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos da América, da China e da Rússia.[46]

Vale lembrar, por fim, que, mesmo nos Estados Unidos da América, que possuem 25% da população carcerária do mundo, apesar de possuírem apenas 5% da população mundial, 64% do total estão detidos por crimes associados a drogas.[47]

3.3 Redução de danos como possibilidade

A política de redução de danos começou a ser pensada no Brasil juntamente com o avanço da epidemia de Aids no mundo, com grande aumento de casos entre os usuários de drogas injetáveis, notadamente a *cocaína*, utilizada como substituta da *anfetamina*, que podia ser livremente adquirida na rede farmacêutica até a década de 1970.[48]

Assim, a primeira tentativa de implementação ocorreu no Município de Santos/SP, com um programa de troca de seringas, em 1989, fortemente reprimido. Em 1993, contudo, houve avanços no projeto, contando com a figura dos "redutores de danos" como agentes de saúde. Somente em 1995, em Salvador/BA, que surgiu o primeiro programa de redução de danos com troca de seringas, coordenado pelo Centro de Estudos e Terapia do Abuso de Drogas, da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Finalmente, em 1997, foi sancionada, no Estado de São Paulo, a primeira lei que legaliza a troca de seringas (Lei 9.758/1997, regulamentada pelo Dec. 42.927/1998).

Também no final da década de 1990 foram criadas Organizações Não Governamentais – ONGs com o objetivo de pesquisar e implementar projetos de redução de danos, como é o caso da Associação Nacional de Redutores de Danos – Aborda (1997), declaradamente integrada por usuários e ex-usuários de drogas, e da Rede Brasileira de Redução de Danos – Reduc (1998), também de caráter nacional.

---

46. BOITEUX, Luciana. Op. cit.. p. 93 e 98-100. WALMSLEY, Roy. World Prison Population List. 10. ed. London: International Centre for Prison Studies, 2013. Disponível em: [www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wppl_10.pdf]. Acesso em: 14 set. 2014.

47. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 236. LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. Op. cit., p. 360-361.

48. RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 50-51.

No âmbito federal, foi somente em 2004 (Portaria do Ministério da Saúde 2.197/2004), com a instituição, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, da Política de Atenção Integral a Usuários de Álcool e Outras Drogas, que a redução de danos passou a informar as ações de saúde, tendo sido fortalecida, em 2005, com o fomento de ações de redução de danos em Centros de Atenção Psicossocial para o Álcool e Outras Drogas – CAPSad (Portaria do Ministério da Saúde 1.059/2005) e, em 2006, com a Política Nacional de Promoção da Saúde (Portaria do Ministério da Saúde 687/2006), na qual se pretendeu desenvolver iniciativas que envolvam a corresponsabilidade e a autonomia da população. Não se pode esquecer, também, que a Secretaria Nacional Antidrogas – Senad encampou a redução de danos como uma das estratégias da Política Nacional de Drogas, nos termos da Resolução Conad 3/2005, ressaltando expressamente que essa política não deve ser confundida com o incentivo ao uso indevido de drogas.

Toda essa evolução demonstra que houve uma grande mudança de paradigmas, pois a pessoa que usa drogas começou a ser vista como um sujeito de direitos e que integra a sociedade. Além disso, estima-se que as mencionadas políticas de redução de danos já atinjam cerca de 20% dos usuários de drogas, com grande potencial de crescimento.[49]

Tais iniciativas, porém, embora devidamente amparadas pelo art. 196 da Constituição, não ficaram livres de críticas e de desafios, principalmente por estar dentro de um sistema *proibicionista*, fundado em normas internacionais que dificilmente poderão ser modificadas no curto prazo. É o que se passa a fazer de maneira mais detalhada.

4. A REDUÇÃO DE DANOS NO MARCO DO PROIBICIONISMO

4.1 Proibicionismo moderado: concordância prática?

Ao longo deste artigo, foram apresentadas as políticas vigentes para o enfrentamento da questão da droga. Assim, diante do fato de o paradigma do *Proibicionismo* não alcançar suas metas, a chegada, nesse cenário, das políticas de redução de danos, que também têm por foco a questão das drogas, mas com uma abordagem substancialmente distinta, ganharam bastante espaço. É de pensar, portanto, se há uma possibilidade de convivência harmônica entre esses dois modelos, isto é, se eles podem coexistir de maneira eficaz e pacífica.

49. RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 57-58.

Essa coexistência, aliás, parece ter sido o objetivo do legislador brasileiro, especialmente diante do advento da Lei 11.343/2006, a qual, em diversas passagens, como já se viu, valoriza a estratégia de redução de danos. Mais do que isso, em escalões normativos inferiores já há extensa produção regulamentar sobre a redução de danos, apontando-se estratégias, financiamentos e conferindo, quem sabe, alguma segurança jurídica.

Esse modelo, aparentemente preconizado pelo legislador, é denominado, por Luciana Boiteux Rodrigues, como *Proibicionismo Moderado*, fincado na distinção de tratamento entre o traficante (que merece dura repressão) e o usuário (cujo foco estatal deve ser o suporte terapêutico e o respeito a seus direitos). Nas palavras da autora:

> (...) a política criminal de drogas no Brasil do início do século XXI caracteriza-se por um tipo de proibicionismo moderado, que distingue o usuário, cuja conduta foi praticamente despenalizada, do traficante que teve reforçadas as penas e as condições de encarceramento, superlotando as prisões. Ao mesmo tempo em que se mantem o modelo repressivo, o início do século XXI marca uma mudança de rumos na política de drogas brasileira, com a admissão oficial de políticas de redução de danos.[50]

Como já mencionado, esse modelo realmente parece ser o preconizado no Brasil. Para concretizar essa demonstração, vale a citação de dispositivos e diplomas legais que expressamente cuidam da redução de danos.

Na própria Constituição Federal, o art. 196 dispõe que a saúde é dever do Estado e direito de todos, "garantido mediante políticas sociais e econômicas *que visem à redução do risco de doença e de outros agravos*" (grifamos).

No âmbito da Lei 11.343/2006, há uma série de dispositivos que traduzem a adoção das estratégias de redução de danos. Assim, após arrolar diversos direitos que formariam a base da política de drogas (com destaque para a liberdade e autonomia dos cidadãos), aponta a necessidade de estratégias preventivas, "direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção" (art. 18). Na sequência, dispõe sobre:

> (...) o reconhecimento do "não-uso", do "retardamento do uso" e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados.

50. RODRIGUES, Luciana Boiteux. *Controle penal sobre as drogas ilícitas:* o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 167.

Enfim, em diversas passagens, especialmente entre os arts. 1.º e 26, o diploma regente prevê, expressamente, essa convivência entre as duas estratégias.

Mesmo antes da Lei 11.343/2006, a redução de danos já estava introjetada na legislação. Assim, a pretérita Lei de Drogas (Lei 10.409/2002) delegou para o Ministério da Saúde a tarefa de regulamentar a redução de danos, o que foi feito por meio da Portaria 1.028/2005.

Contudo, apenas a positivação não cria, necessariamente, uma harmonia entre os modelos. Deveras, pois, a rigor, são padrões que partem de lógicas distintas e que possuem sustento filosófico diverso. Daí porque talvez seja dificultosa uma "concordância prática" entre eles.

Como já foi frisado, o *Proibicionismo* parte da premissa, básica e essencial, de que a droga, especialmente as classificadas como ilícitas, retratam um mau absoluto, gerador de instabilidade social, graves danos à saúde e violência sistemática. Por isso, seu objetivo é a erradicação dessas "malignas" substâncias, com a abstinência sendo perseguida pelos cidadãos. Essa, portanto, a lógica *proibicionista*.

A partir disso, percebe-se uma certa incongruência com a *redução de danos*, a qual, como também já se apresentou, parte da premissa de que o uso de drogas é uma realidade e a abstinência e a erradicação são impossíveis (ou de difícil alcance). Mais do que isso, apoiado em argumentos científicos, retira o caráter "maligno" das drogas, não negando, obviamente, que elas podem produzir alguns custos, especialmente quando em conjunto com o ambiente desfavorável.

A incongruência fica ainda mais patente quando se constata, como já se fez, que o robustecimento da política de *redução de danos* pode ser atribuída diretamente aos efeitos secundários do *Proibicionismo*, que, ao marginalizar o usuário e o consumo de entorpecentes, favoreceu o uso perigoso e insalubre dessas substâncias, contribuindo para a disseminação de doenças entre o grupo de risco, bem como a mortalidade por overdose, diante da péssima qualidade das substâncias oferecidas.

Diante desse cenário, Xabier Arana,[51] após indicar as contradições entre os dois modelos, conclui que:

> (...) a redução de danos aplicada ao proibicionismo moderno em matéria de drogas, com sua correspondente evolução, coloca em evidência os

51. Limitaciones legales de la reducción de daños en un contexto prohibicionista. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 264 (tradução livre).

> efeitos nocivos – efeitos secundários – do regime proibicionista e, como consequência, exigir seu desmantelamento porque a atual legislação além de limitar a redução de danos no âmbito da saúde pública, gera uma inércia que cria muitos mais danos – para as pessoas, para seu entorno e inclusive para o Estado social e democrático de direito – do que os que pretende evitar.

Em sentido semelhante, Maurides de Melo Ribeiro[52] conclui que "a redução de danos converge para a concretização de um Direito Penal minimalista e garantista, próprio de um Estado Social e Democrático de Direito e de uma sociedade tolerante e solidária". Convenha-se que a estratégia proibicionista em relação ao tráfico de drogas passa ao largo de ser minimalista e garantista.

Essa incongruência, aliás, pode ser comprovada com o estudo de alguns casos, em que houve o direto *confronto* entre estratégias de redução de danos (e outras análogas, mas com principiologia semelhante) e o modelo *proibicionista*. Passa-se a expor, sinteticamente, esses casos.

4.2 Estudo de casos

4.2.1 A redução de danos em Santos e a atuação das agências penais

Logo a primeira tentativa de aplicação de um ação de redução de danos em solo brasileiro gerou relevante celeuma, a qual acabou provocando o cancelamento da ação e a mudança posterior de estratégia de abordagem. Como já visto, ela consistia na distribuição, para os grupos de riscos, de *kits* para o consumo de drogas injetáveis, contendo informações relevantes e seringas descartáveis. O objetivo era evitar o compartilhamento de seringas e, com isso, impedir a transmissão de doenças infectocontagiosas, como a Aids e a Hepatite.

Constatou-se, assim, na década de 1980, um incremento substancial do uso de drogas injetáveis na cidade de Santos, muito possivelmente diante do fato de o Brasil ser uma rota na distribuição da droga e a cidade portuária, nesse contexto, ter localização e funções estratégicas.[53] Concomitantemente, pesquisas indicaram que o município vivia uma verdadeira epidemia de Aids, liderando as taxas de contaminação em todo o país. Mais do que isso, pesquisas

52. RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos:* os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134.

53. RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos*... cit., p. 50.

indicaram que o vetor de transmissão era justamente a utilização de drogas injetáveis.

Detectou-se um problema (alto índice de contaminação de Aids), a causa preponderante (compartilhamento de seringas) e propôs-se uma solução: a adoção de estratégias de redução de danos, com o fornecimento de *kits* e informação aos usuários.

Contudo, a repulsa ao programa público foi imediata. Assim, a conduta dos agentes de saúde foi vista como "auxílio ao uso de entorpecentes", crime cuja sanção penal, à época, era de 3 a 15 anos de reclusão (art. 12, § 2.°, I, da Lei 6.368/1976). Foi instaurado inquérito policial contra os coordenadores do projeto e o Secretário da Saúde do Município. Houve, ainda, o ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público para cessar o programa. Com o convencimento das agências penais, a demanda civil foi solucionada por meio de um termo de ajustamento de conduta, encerrando o programa e obrigando os gestores municipais de saúde a pensar em outras alternativas.[54]

4.2.2 *Redução de danos* e ecstasy

Poderia ser objetado que o programa de Santos foi o primeiro no Brasil, em um momento em que ainda pairava certa incompreensão sobre as políticas de redução de danos. Assim, com o esclarecimentos dos profissionais que atuam no sistema de justiça, essa política não enfrentaria muita oposição dali em diante.

Aliás, em 27 de outubro de 2005, a resolução do Conselho Nacional de Drogas expressamente estabeleceu, como um dos pressupostos da política nacional de drogas, "não confundir as estratégias de redução de danos como incentivo ao uso indevido de drogas, pois se trata de uma estratégia de prevenção".

Com esse dispositivo, por certo, estaria conferida segurança jurídica aos agentes que atuam no desenvolvimento e execução desses projetos. Sucede

54. RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos*... cit., p. 50-52. Há relato do histórico. Destaca-se o desfecho, mencionado na p. 52: "Em função dessa interpretação canhestra foi instaurado inquérito policial contra os coordenadores do projeto e o Secretário da Saúde do Município, além da propositura de ação civil pública contra a Prefeitura Municipal e as entidades envolvidas com o desenvolvimento do programa que, diante da assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta pela municipalidade, foi interrompido e, embora o inquérito policial tenha sido arquivado, sua implantação permanece obstaculizada até os dias de hoje, apesar de seu pioneirismo no país".

que a lógica *proibicionista* já havia contaminado os atores do sistema de justiça, e não seria uma "mera" mudança legislativa que teria a capacidade de alterar uma filosofia repetida há décadas.

Assim, mesmo após a mencionada alteração, novo caso de confronto entre a ótica proibicionista e a redução de danos ocorreu, agora relacionado ao uso de *ecstasy*. O conflito está documentado no *Habeas Corpus* 990.08.036670-0, que tramitou na 11.ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No âmbito de uma pesquisa, financiada com recursos públicos e aprovada pelos órgãos competentes, foram pensadas alternativas para a redução de danos entre os usuários de *ecstasy*. Para viabilizar a pesquisa, foram feitas visitas a festas *rave* e outros locais, onde se fez a distribuição de *flyers*. Constavam nesses *flyers* as seguintes informações: "Uma forma de diminuir os riscos do consumo de ecstasy é tomar metade da dose planejada, aguardar os efeitos (pode demorar até 1h) e então decidir se tomará a outra metade."; "Tenha cuidado com 'pastilhas', cápsulas e líquidos desconhecidos. Procure informações com pessoas que já tenham usado o que você decidiu consumir."; "Se você pretende consumir ecstasy, evite fazê-lo sozinho, tome líquidos não alcoólicos sem exageros, vista roupas leves e descanse a cada meia hora, quando dança."; "Existem vários mitos relativos ao consumo de ecstasy. Caso você decida usá-lo, procure fontes de informação confiáveis, para assumir com responsabilidade as consequências dessa escolha."; "Portar drogas é crime, relatar seu consumo não é."

O contato com os usuários tinha por finalidade, além de distribuir as informações, alertá-los sobre uma pesquisa na *internet*, que serviria de subsídio para a pesquisa. É informado no acórdão que "tudo foi apresentado com roupagem jovem e com a participação de artistas que tem apelo junto ao público jovem".

Contudo, um "estudante de direito" (não identificado) deparou com essa cena e, "indignado", fez uma representação no Ministério Público, a qual foi distribuída para um Promotor de Justiça do Grupo de Atuação de Saúde Pública e da Saúde do Consumidor. Como a prática de distribuição dos *flyers* cessara, o Promotor de Justiça, então, requereu a instauração de inquérito policial contra as pesquisadoras para apuração de eventual prática dos crimes previstos nos arts. 286, do CP (incitação ao crime – pena: detenção de 3 (três) a 6 (seis) meses ou multa), e 33, § 2.º, **da Lei 11.343/2006** (induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de drogas – pena: detenção de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa).

O inquérito foi instaurado e a impetração buscava justamente o trancamento da procedimento. A ordem, contudo, foi denegada, fundada na suposta complexidade da causa, que não poderia ser discutida nos estreitos limites do *habeas corpus*. O curioso, entretanto, é que mesmo os órgãos oficiais, que possuem normas prevendo a redução de danos, esquivaram-se quando consultados. O Conselho Municipal de Drogas e Álcool manifestou-se no sentido de que não apoia medidas que possam trazer confusão no tocante aos malefícios que essa droga produz. O Denarc, por sua vez, foi categórico ao afirmar que "é contrário ao projeto de redução de danos no caso do 'ecstasy'".

4.2.3 *Projetos-piloto de redução de danos em* crack

Em sua tese de doutorado, Andrea Domanico[55] analisou alguns projetos de redução de danos ligados ao uso de *crack*. Na tese, são apresentados 5 (cinco) projetos-piloto, os quais, apesar de algumas especificidades, consistiam na aproximação de redutores de danos e agentes de saúde junto aos usuários dessa droga, com o fornecimento de *kits*, com cachimbos, protetores labiais, camisinhas e informações relevantes.

Todos os coordenadores dos projetos foram entrevistados e puderam relatar as dificuldades que encontraram na realização dos programas. Com exceção de um, os demais tiveram dificuldades com as agências penais para colocar em prática as ações.

Ao relatar o primeiro projeto-piloto, desenvolvido em Juiz de Fora, a pesquisadora relata os problemas jurídicos desencadeados formalmente pelas agências penais. Confira-se:

> Este projeto ficou conhecido nacionalmente quando solicitou apoio aos diversos projetos de redução de danos do Brasil para defender-se junto ao Ministério Público Estadual. A ONG recebeu uma intimação para enviar um representante ao órgão para prestar esclarecimentos sobre o trabalho desenvolvido, ou seja, por quê se estava distribuindo os cachimbos para usuários de crack. A queixa foi registrada por um advogado que teve acesso ao kit para uso de crack e o considerou inadequado para ações de saúde pública. O apoio dos outros projetos e do próprio Programa Nacio-

55. DOMANICO, Andrea. "*Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!*": estudo sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006.

> nal de aids foi fundamental. Este fato teve repercussão ainda maior quando o apresentador de um programa sensacionalista, convidou o advogado que entrou com a ação para uma entrevista e fez colocações extremamente agressivas em relação ao projeto, e à redução de danos como política pública de saúde.[56]

Não se tratou de exclusividade desse projeto. Os demais também enfrentaram situações semelhantes. Em relação ao segundo projeto relatado pela tese, desenvolvido na cidade de São Paulo, é esclarecedor o relato do gestor:

> E na rua é complicado, a repressão acontece com os usuários e com a equipe, eles batem nos usuários, tomam os insumos que são pagos com dinheiro público, e por conta da operação limpeza da prefeitura eles começaram a expulsar com hostilidade todas as pessoas que moram na rua, são grosseiros com os redutores, os mandam embora com truculência, tem dias que dá uma tristeza... um desespero...[57]

Há menção, inclusive, de falas de agentes estatais da corporação, no sentido de que a Secretaria de Saúde fornece (os insumos) e a de Segurança Pública destrói,[58] revelando até mesmo uma *esquizofrenia institucional*, motivada, por certo, pela dificuldade de conciliação de lógicas tão distintas.

4.2.4 *Outros conflitos: liberdade de expressão, pesquisas científicas e uso terapêutico*

A lógica *proibicionista* não colide apenas com ações de redução de dano em sentido estrito. Diversas outras ações são dificultadas, ou mesmo proibidas, por conflitarem com a ideologia da proibição.

---

56. DOMANICO, Andrea. "Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!": estudo sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006. p. 110.
57. DOMANICO, Andrea. "Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!": estudo sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006. p. 124-125.
58. DOMANICO, Andrea. "Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!": estudo sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006. p. 189.

Apenas a título exemplificativo, lembra-se que o direito de reunião e a liberdade de expressão percorreram árduo caminho até conseguir abordar a questão das drogas. Deveras, a conhecida "Marcha da Maconha", em reiterados anos, teve sua realização proibida pela Justiça, sob o argumento de finalidade ilícita e criminosa, vale dizer, apologia ao crime. Mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, afastando qualquer interpretação que emprestasse finalidade ilícita à marcha da maconha, alguns municípios persistiram no intento de proibi-la,[59] o que só foi revertido com acesso ao Judiciário.

Ademais, tratamentos terapêuticos e pesquisas científicas também sofrem limitações com a lógica proibicionista, como relata Denis Russo Burgierman[60] e Xabier Arana.[61]

5. CONCLUSÕES

As drogas são uma realidade coexistente à própria história da humanidade. Assim, a *redução de danos*, identificada como uma das políticas alternativas ao *Proibicionismo*, pode ser definida, nas palavras de Maurides de Melo Ribeiro,[62] como "um conjunto de estratégias que visam minimizar os danos causados pelo uso de diferentes drogas, sem necessariamente exigir a abstinência do seu uso".

Essa abordagem leva em consideração: (i) a complexidade do fenômeno; (ii) a diversidade das substâncias, evidenciando que os danos relacionados ao uso não guardam correspondência com o fato de serem ou não substâncias proibidas; (iii) a identificação desse uso, que pode ser eventual/recreativo, abusivo ou dependente, propiciando uma melhor ponderação e individualização dos riscos e das vulnerabilidades dos usuários; e (iv) a diferenciação dos efeitos primários, que atuam sobre o organismo, e dos efeitos secundários do uso, notadamente dentro de um contexto de rotulação (teoria do *Labelling Aproach*) que atinge, com mais força, as classes econômicas mais pobres.

59. Veja-se, por exemplo, a seguinte notícia: [www.conjur.com.br/2012-mai-25/prefeito-diadema-tenta-vetar-obrigado-liberar-marcha-maconha].

60. *O fim da Guerra:* a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011. p. 78-79.

61. ARANA, Xabier. Op. cit., p. 257.

62. RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos:* os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45-46.

Trata-se, pois, de uma política *humanista* e *pragmática*, que parte do fato *real* da existência de pessoas que consomem essas substâncias e, principalmente, que não querem deixar de fazê-lo, afastando-se do ideal de abstinência constantemente pregado. Para alcançar seus objetivos, a política de *redução de danos* procura atuar integrando os usuários à sociedade, respeitando sua autonomia, prevenindo os danos causados, norteado pela relação custo-benefício da intervenção, e estando aberta à multidisciplinariedade para enfrentar o tema em toda sua amplitude, não se limitando a instrumentos penais-repressivos.

Dessa forma, tendo como pilar a *saúde pública* e estruturada de modo tanto a respeitar a *dignidade da pessoa humana*, haja vista que enxerga no usuário não um objeto de tutela, mas um interlocutor capaz, protagonista de reivindicações dentro de seu contexto social e corresponsável da implementação das melhorias pleiteadas, quanto a identificar, por meio das situações de *vulnerabilidade*, as pessoas mais expostas aos riscos, a *redução de danos*, a despeito de desincentivar o uso dessas substâncias, reconhece a liberdade individual ao seu consumo como maneira de busca do próprio bem-estar.

Assim, a *redução de danos (em sentido amplo)* pode incluir: (i) a *redução de danos (em sentido estrito)*, isto é, a diminuição das morbidades e das comorbidades na administração das drogas; (ii) a *redução da quantidade*; e (iii) a *redução da prevalência*, alcançada por meio de terapêuticas substitutivas.

Portanto, dentre suas *estratégias* de ação, normalmente realizadas por meio de agentes de saúde denominados *redutores de danos*, destacam-se, além das *terapêuticas substitutivas*, a própria *prescrição da droga* para os casos mais graves, a instituição de áreas de tolerâncias e *salas de uso*, a política de *troca de seringas*, *kits para drogas inaladas*, dentre tantas outras formas identificadas dentro de um contexto concreto e específico como, no Brasil, o fornecimento de *cachimbos para crack* e *protetores labiais* para usuários.

Insta salientar que o marco histórico desse modelo foi o *Relatório Rolleston*, publicado em 1926, na Inglaterra, que previa a prescrição de opiáceos para dependentes. Entretanto, a *redução de danos* só foi vista como uma *política de saúde pública* na década de 1980, iniciando-se pela Holanda, com a adoção da estratégia de troca de seringas para conter a difusão de hepatite B e, posteriormente, da Aids entre os usuários de drogas injetáveis, sendo seguida por importantes países de todo o mundo.

Qual seria, então, a posição do Brasil nesse contexto? A evolução histórica dos diplomas normativos demonstra que o país está imbuído da política proibicionista, fundamentada em compromissos internacionais assumidos, dentro do *dogmatismo* que prega a mencionada filosofia. Contudo, como em

todo mundo, realçou-se o problema da *seletividade do Direito Penal*, haja vista que, mesmo diferenciando-se traficantes de usuários, a falta de um critério objetivo faz com que a abordagem inicial, normalmente feita por policiais, é que irá fazer o primeiro enquadramento da pessoa em uma ou outra categoria, identificando-se um grande número de traficantes na favela, dentre os mais pobres e vulneráveis. Esse dado, aliado ao recrudescimento do tratamento normativo dado ao tema, incrementou o encarceramento, triplicado entre 1992 e 2012, sendo que cerca de 25% do contingente responde por tráfico de drogas, segundo crime com maior representatividade dentre os detidos, cujo perfil corrobora que são, em sua esmagadora maioria, primários e presos sozinhos, notabilizando-se a participação feminina, população mais vulnerável, sendo que 80% das quais são mães, tudo a um custo anual de R$ 1.626 bilhão (2012).

Nesse cenário, qual o espaço para a adoção de políticas de *redução de danos*? Ora, o espaço para a *redução de danos*, enquanto conviver com uma lógica *proibicionista*, é diminuto. Apesar de ser apregoada a existência de um *Proibicionismo Moderado*, marcado pela harmônica simbiose entre os dois sistemas, o que se tem observado é que a *redução de danos* necessita, diuturnamente, afirmar-se como estratégia lícita e eficaz.

Diversos foram os casos em que, pela lógica *proibicionista*, viu-se uma estratégia de *redução de danos* definhar e mesmo desaparecer. Afinal, qualquer prática que não parta do ideal de abstinência da droga pode ser vislumbrada como uma indireta incitação ao uso. Essa equivocada interpretação atingiu (e ainda atinge) práticas próprias de redução de danos, bem como comportamentos relacionados a drogas, desde sua pesquisa científica até a livre expressão de criticar o modelo *proibicionista* e defender a legalização de alguma substância qualquer.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANA, Xabier. Limitaciones legales de la reducción de daños en un contexto prohibicionista. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – Infopen. Brasília, 2011/2012. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-

3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 14 set. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas Públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BURGIERMAN, Denis Russo. *O fim da Guerra*: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Virgínia Martins. Drogas: descriminalização? In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIMENSTEIN, Gilberto. Tratamento contra o crack? *Folha de S. Paulo*. C17, 23.05.2010.

DOMANICO, Andrea. "Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!": estudo sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006.

EURÍPEDES. *Ifigênia em Áulis; As Fenícias; As Bacantes*. Trad. port. Mário da Gama Kury. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

FERNANDES, Rubem César; FRANÇA, Samantha Pereira. Diminuir para somar: ajudar a reduzir danos é aumentar as possibilidades de cuidado aos usuários de drogas. Rio de Janeiro, 2010. *Cartilha de Redução de Danos para Agentes Comunitários de Saúde*. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro/Viva Comunidade.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos*: prevenção-repressão. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. O fracasso da guerra às drogas. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

LEMOS, Clécio. Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça terapêutica*: em busca de um novo paradigma. São Paulo: Scortecci, 2011.

MARONNA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

RIBEIRO, Marcelo. Redução de danos. São Paulo, 2003. *Cartilha – Unidade de Pesquisa em álcool e drogas* – Uniad/Unifesp.

RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos*: os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Política criminal e redução de danos. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

RODRIGUES, Luciana Boiteux. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

SÁ, Alvino Augusto de. Sonhando com o fim do tráfico de entorpecentes. *Boletim IBCCRIM*. v. 211. p. 4-6, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. Drogas e Criminologia. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014.

_____. Reflexões sobre as políticas de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

_____; VILARDI, Naiara. Uma nova política criminal para as drogas: redução de danos. In: FERNADES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc. (orgs.). *Escritos transdiciplinares de criminologia, direito e processo penal*: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

WALMSLEY, Roy. World Prison Population List. 10. ed. London: International Centre for Prison Studies, 2013. Disponível em: [www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wppl_10.pdf]. Acesso em: 14 set. 2014.

Mídia

QUEBRANDO O TABU. Produção de Fernando Grostein Andrade. Com Fernando Henrique Cardoso, Bill Clinton, Jimmy Carter, Drauzio Varela e Paulo Coelho. São Paulo: Spray Filmes-STart-Cultura-Luciano Hulk, 2011. 1 DVD.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A falência do proibicionismo, de Meg Francieli Svistun e Alencar Frederico Margraf – *RT* 953/179-200 (DTR\2015\1545);
- Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil, de Katie Argüello e Mariel Muraro – *RBCCrim* 113/317-356 (DTR\2015\3615);
- Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista, de Gustavo de Carvalho Guadanhin e Leandro de Castro Gomes – *RBCCrim* 123/259-300 (DTR\2016\24036);
- Políticas de drogas: alternativas à repressão penal, de Maria Lúcia Karam – *RBCCrim* 47/360-374 (DTR\2004\837); e
- Uso de drogas e autonomia: limites jurídico-penais e bioéticos, de Gustavo Tozzi Coelho e Paulo Vinicius Sporleder de Souza – *RBCCrim* 126/67-108 (DTR\2016\24548).

A REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL ELEITORAL: UM NECESSÁRIO CAMINHO PARA O APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

THE REFORM OF THE ELECTORAL CRIMINAL LAW: A NECESSARY WAY TO THE IMPROVEMENT OF BRAZILIAN DEMOCRACY

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

Professor Doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
lucianoanderson@usp.br

Autor convidado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Eleitoral

RESUMO: De tempos a esta parte, a reforma da legislação eleitoral tem sido clamada como premente necessidade de racionalização das regras de escolha dos representantes democráticos no Brasil. Efetivamente, diversas medidas vêm sendo tomadas, como emblematicamente se constata, legislativamente, pela chamada Lei da Ficha Limpa ou, judicialmente, pela recente decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou procedente em parte o pedido formulado em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.650) para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Todavia, verifica-se como tímido o debate acerca dos crimes eleitorais, cuja configuração é esparsa e de contornos erigidos no período de ditadura militar. Forçosa, portanto, uma melhor reflexão sobre o temário, que envolve o mais grave meio de controle social formal de condutas em relação aos pilares da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes eleitorais - Reforma eleitoral - Sistema político - Bem jurídico eleitoral - Direito Administrativo Sancionador.

ABSTRACT: For some time until today, the reform of the electoral law has been demanded as an urgent need to rationalize the rules for choosing the democratic representatives in Brazil. Indeed, several measures have been taken, as emblematically turns out, legislatively, the so-called Clean Record Law or in court by the recent decision of the Supreme Court which upheld in part the request in direct action of unconstitutionality (ADI 4,650) to declare the unconstitutionality of legal provisions authorizing the contributions of companies to election campaigns. However, there is a shy debate about electoral crimes, whose configuration is sparse and created in the military dictatorship period. It is necessary, therefore a better reflection on the agenda, which involves the most serious formal social control of behaviors in relation to the pillars of democracy.

KEYWORDS: Electoral crimes - Electoral reform - Political system - Legal protected interest in electoral affairs - Administrative Law Sanctioning.

DE SOUZA, Luciano Anderson. A reforma da legislação penal eleitoral: um necessário caminho para o aperfeiçoamento da democracia brasileira.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 127. ano 25. p. 295-320. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 1.1 Breve histórico da legislação penal eleitoral brasileira. 2. Crimes eleitorais e teoria do bem jurídico. 3. Classificações dos crimes eleitorais e reserva de Código. 4. Tipos penais eleitorais em relação aos princípios constitucionais do Direito Penal. 4.1 Vulneração da taxatividade. 4.2 Vulneração da exclusiva proteção ao bem jurídico. 4.3 Vulneração da ofensividade. 4.4 Vulneração da subsidiariedade. 5. Reflexões dogmáticas quanto ao tema. 5.1 A questão do princípio da insignificância. 5.2 O sistema de penas e os crimes eleitorais. 6. Legitimidade do Direito Penal Eleitoral e Direito Administrativo Sancionador . 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Bismarck,[1] chanceler que unificou a Alemanha no final do século XIX, tem a si atribuída notória frase segundo a qual "Nunca se mente tanto como em véspera de eleições, durante a guerra e depois da caça". O preço da unificação alemã, adimplido pelo *Chanceler de Ferro*, ou *Napoleão da Alemanha*, como ficou conhecido, foi o de forte autoritarismo e militarismo, ensejando, no plano internacional, guerras contra a Dinamarca, o Império Austro-Húngaro e a França, e, no plano interno, enorme repressão à Igreja Católica e aos opositores políticos. A ironia revelada na famosa assertiva do líder nacionalista que inspirou a trajetória política de HITLER revela a desconfiança e o desprezo que muitos nutrem para com o sistema eleitoral. No caso brasileiro hodierno, particularmente, os últimos grandes paradigmáticos escândalos políticos perpassaram, invariavelmente, por imputações de fatos criminosos que se delinearam já nos financiamentos de campanhas eleitorais, o que poderia robustecer ainda mais o esgarçamento da visão deste modelo por parte dos cidadãos. Mas, mesmo deficiente, o mecanismo da eleição, mola propulsora da democracia, efetivamente, é a única opção à tirania.

Nesse sentido, com vistas à assecuração da manutenção do regime democrático, o qual permite a escolha popular dos representantes políticos, erige-se uma ampla tutela jurídica em torno do sistema eleitoral, com normas processuais e materiais de diferentes matizes. Dentro deste contexto, inserem-se os crimes eleitorais, os quais, além de em geral não estarem na pauta da discussão política, não recebem a devida atenção da dogmática jurídico-penal. Tudo isso desemboca em uma dificultosa e questionável aplicação prática, a despeito da

1. TAYLOR, A. J. P. *Bismarck*: The Man and the Statesman. New York: Alfred A. Knopf, 1969, *passim*.

DE SOUZA, Luciano Anderson. A reforma da legislação penal eleitoral: um necessário caminho para o aperfeiçoamento da democracia brasileira.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 127. ano 25. p. 295-320. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

importância do tema. Dessarte, curial uma análise mais apurada de seus delineamentos.

1.1 Breve histórico da legislação penal eleitoral brasileira

A história da legislação eleitoral brasileira é caracterizada por significativa produção normativa, diretamente relacionada a cada contexto político vivenciado pelo país. Neste quadro, constata-se, em geral, o acompanhamento de regras penais às inúmeras previsões administrativas, numa simbiose que, em maior ou menor medida, a depender do momento histórico, torna bastante complexo o pleno conhecimento das regras vigentes.

Após a independência, a primeira Constituição brasileira, de 1824, fixou eleições[2] indiretas em duas fases (primeiro, escolhiam-se os eleitores de paróquia, os quais, por sua vez, elegiam os deputados), instituiu o voto censitário e criou uma comissão de verificação dos poderes, inserida na Câmara dos Deputados, com poder de cassar mandatos. A seguir, o Código Criminal do Império, de 1830, em seus arts. 100 ao 106, disciplinou os crimes eleitorais, sob o título *Dos crimes contra o livre gozo e exercício dos Direitos Políticos dos Cidadãos*. Neste período de incipiente prática eleitoral, outros diplomas foram editados.[3]

Já posteriormente à proclamação da República, o Código Penal de 1890, no Título IV do Livro II, arts. 165 ao 178, disciplinou os chamados "crimes contra

2. Não que antes disso não tenham ocorrido eleições em solo brasileiro. Na verdade, elas se iniciaram de modo incipiente entre os colonizadores ainda no século XVI, para fins de escolha de representantes locais. Nesse sentido: "A primeira eleição de que se tem notícia definiu os membros do Conselho Municipal da Vila de São Vicente – atual São Paulo – em 1532 e ocorreu conforme as determinações das Ordenações do Reino". Cf. BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições no Brasil: uma história de 500 anos. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014. p. 11.

3. O Dec. 157, de 1842, criou o alistamento prévio, realizado em cada paróquia, por uma comissão composta de juiz de paz, autoridade policial e padre. Após, o Dec. 842, de 1855, alcunhado *Lei dos Círculos*, instituiu o voto por distritos, ou círculos eleitorais. Por sua vez, o Dec. 2.675, de 1875, chamado *Lei do Terço*, estabeleceu que o eleitor votasse em dois terços do número total de representantes que seriam eleitos, além de ter fixado a participação do Poder Judiciário no processo eleitoral e criado o título de eleitor. Ainda no período imperial, por fim, diante da pressão social e política, foi editado o Dec. 3.029, de 1881, chamado *Lei Saraiva* – homenagem ao político liberal José Antônio Saraiva –, ou *Lei do Censo*, que instituiu eleições diretas e alistamento permanente de eleitores, além de sistematizar os crimes eleitorais.

o livre gozo e exercício dos direitos individuais", isto é, os crimes eleitorais. Após isso, neste período histórico,[4] de cunho eleitoral, promulgaram-se as Leis 1.269/1904,[5] 3.139[6] e 3.208/1916.[7]

O primeiro Código Eleitoral nacional surge após a Revolução de 1930, com o Dec. 21.076/1932. Esse diploma representou um marco em matéria de Direito Eleitoral, tendo instituído a Justiça Eleitoral e o voto feminino, além de disciplinar os crimes eleitorais em seus arts. 107 ao 109. Logo em seguida, a Consolidação das Leis Penais, Dec. 22.213/1932, replicou estas últimas regras em seus arts. 165 ao 178, denominados *Dos crimes contra o livre exercício dos direitos políticos*, inseridos no Título *Dos crimes contra o Livre Goso e Exercicio dos Direitos Individuaes*. Três anos após, edita-se um novo Código Eleitoral, por meio da Lei 48/1935, que consolida toda a legislação em vigor sobre a matéria, elencando 34 crimes eleitorais em seu art. 183.

A Justiça Eleitoral, todavia, foi extinta pela ditadura varguista com a Constituição de 1937, tendo sido recriada anos após, com a crise do Estado Novo, por meio do Dec.-Lei 7.586/1945,[8] que, além de regulamentar o alistamento eleitoral e as eleições, previu os crimes eleitorais em seu art. 123 – tendo em vista que o Código Penal de 1940 silenciara sobre a matéria –, sem maiores inovações ante os regrames anteriores.

4. Sobre o citado momento da vida eleitoral brasileira, de início da República, em trabalho recente, escrevem Schwarcz e Starling: "(...) Aliás, fraudes aconteciam em todas as fases do processo eleitoral – do alistamento de eleitores até o reconhecimento dos eleitos. Entretanto, alguns procedimentos ficaram famosos. A eleição de 'bico de pena' vem do Império e diz respeito às diversas manipulações feitas pelas mesas eleitorais, como a falsificação de assinaturas e adulteração das cédulas eleitorais. A 'degola' significava o não reconhecimento do eleito pela Comissão de Verificação da Câmara dos Deputados – procedimento que eliminava os adversários, anulando sua eleição. O 'voto de cabresto' era quase prática político-cultural – um ato de lealdade do votante ao chefe local. Por fim, o 'curral eleitoral' aludia ao barracão onde os votantes eram mantidos sob vigilância e ganhavam uma boa refeição, dali só saindo na hora de depositar o voto – que recebiam num envelope fechado – diretamente na urna". SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil*: uma biografia. São Paulo, Companhia das Letras, 2015. p. 322.
5. Chamada *Lei Rosa e Silva*, que versava sobre a reforma da legislação eleitoral.
6. Lei promulgada por Wenceslau Brás, que confiou por vez primeira ao Poder Judiciário o preparo do alistamento eleitoral.
7. Referido diploma regulamentava o processo eleitoral.
8. O Dec.-lei 7.586/1945 foi chamado de *Lei Agamenon*, em homenagem ao Ministro da Justiça Agamenon Magalhães, responsável direto por sua feitura.

Sob a égide da Constituição de 1946, por sua vez, sobreveio um novo Código Eleitoral, por meio da Lei 1.164/1950. Nesta, a previsão dos delitos eleitorais deu-se no art. 175, no geral, de modo similar ao adredemente previsto, mas trazendo como significativa inovação o crime de referir na propaganda eleitoral fatos inverídicos ou injuriosos em relação a partidos ou candidatos e com possibilidade de exercer influência perante o eleitorado.

Em 1955, a Lei 2.550, sancionada por Café Filho, criou a folha individual de votações e alterou inúmeras regras do processo eleitoral. Referido diploma, ademais, trouxe previsões de novos delitos. Posteriormente, de significativo na matéria, a legislação eleitoral sofre bruscas e importantes alterações sob a vigência da ditadura militar após o golpe de 1964. Nesse período, houve diversas alterações quanto à disciplina dos partidos políticos, bem como a edição de um novo Código Eleitoral, em 1965, ainda em vigor. Em termos jurídico-penais, desde sua edição, esse é o principal diploma quanto ao temário.

Apesar de uma tradição de quase 190 anos no tratamento da matéria eleitoral por parte do Direito Penal brasileiro, efetivamente, são inúmeros os desafios interpretativos impostos pelos crimes eleitorais em nosso país, a ensejar a necessidade de uma sua racionalização. As problemáticas iniciam-se já pela própria correta identificação e justificação desta categoria delitiva.

2. CRIMES ELEITORAIS E TEORIA DO BEM JURÍDICO

A preliminar essencial perquirição a ser respondida com vistas a se aferir a legitimidade de um crime eleitoral, assim como de qualquer outro, é a que indaga o sentido da incriminação daquela específica conduta proibida. Em singelas palavras, por que esta ou aquela ação, em sentido amplo, está justificada ser vedada pelo Direito Penal? O Direito, no geral, proscreve inúmeras condutas humanas, por diversas razões. Tal ocorre, e.g., no âmbito do Direito Administrativo, do Direito Tributário, do Direito do Trabalho, do Direito de Família, do Direito Eleitoral etc. Assim, exemplificativamente, por que o simples estacionar o automóvel em lugar proibido deve merecer uma multa de trânsito, e não a cominação de pena de prisão ao motorista? Similarmente, pode-se questionar o porquê da realização de um ato de propaganda eleitoral em língua estrangeira merecer reprimenda penal.

Para fins de procurar responder aos questionamentos formulados, há que se ressaltar uma peculiaridade essencial: vários ramos do Direito vedam inúmeras condutas (às vezes a mesma, inclusive), sendo que o que vai diferenciar o

Direito Penal dos demais são justamente as sanções cominadas. Conforme Roxin,[9] o Direito Penal caracteriza-se por suas sanções, as mais graves previstas por um meio de controle social formal: a pena criminal e a medida de segurança. Se outrora a sanção penal típica era a de morte, nos dias atuais, na maioria dos países ocidentais, a resposta típica é a prisional. Neste influxo, diante dessa última observação, de se notar que as indagações feitas alcançam um colorido especial apto a mostrar o caminho de equacionamento. Em outras palavras, diante do exposto, poder-se-ia perguntar sobre o que justificaria a vedação de condutas mediante a ameaça de imposição da mais gravosa sanção cominada pelo ordenamento jurídico.

A solução metodológica majoritariamente adotada, e que se revela coerente com a nossa evolução jurídico-penal de tradição iluminista europeia continental, é a preliminar perquirição acerca do bem jurídico tutelado. Isto é, doutrina e jurisprudência acolhem, em sua maioria, a teoria do bem jurídico, entendendo que o Estado somente pode cercear da maneira mais drástica, reitere-se, com a sanção penal, um comportamento humano que ofenda de modo significativo um bem jurídico fundamental à convivência pacífica dos indivíduos, o qual não pode ser tutelado de outro modo menos gravoso.[10] Este é um critério basilar para a análise da referência material de uma incriminação que se consolidou na tradição da dogmática jurídico-penal de viés romano-germânico. Diante do ideário do bem jurídico, em matéria de crimes eleitorais, a doutrina nacional costuma passar ao largo de uma discussão mais aprofundada, normalmente limitando-se a termos genéricos atinentes a *direitos políticos*[11] ou à regularidade do *pleito eleitoral*. Assim é que, por exemplo, Gomes afirma:

9. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Navarra: Civitas, 2008. p. 41.

10. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿ fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95 e ss.

11. Frisando a identificação também por parte da doutrina internacional, no geral, dos crimes eleitorais enquanto crimes políticos, cf. SINESCU, Mircea Constantin. Electoral crimes – concept and evolution until 1990. *Challenges of the Knowledge Society*. v. 3, 2013. p. 121-127. Referido reconhecimento, longe de consubstanciar-se em querela acadêmica, possui consectários práticos importantes, pois, como já advertia Edgar Costa no início do século XX, quanto aos crimes políticos há a concessão de asilo, mitigando-se a regra da extradição. Cf. COSTA, Edgard. *Dos crimes eleitorais*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1923. p. 11-12.

> A objetividade jurídica, em se tratando de crimes eleitorais, está expressa no interesse público de proteger a liberdade e legitimidade do sufrágio, o exercício, em suma, dos direitos políticos, de molde a que os pleitos eleitorais sejam realizados dentro da mais completa regularidade e lisura.[12]

De modo ainda mais ampliativo, Da Ponte, por sua vez, acresce às ideias de "liberdade de voto" e de "lisura do processo eleitoral", "(...) alguns fundamentos da República, como a cidadania, na sua forma mais ampla; a dignidade da pessoa humana, princípio maior de nossa Carta Constitucional; e o pluralismo político".[13] Todavia, não se cuidam de noções adequadas. Até por conta de, indubitavelmente, tratar-se de um interesse penal de cunho supraindividual, é de todo indesejável que se utilize de concepções vagas para a sua escorreita identificação na hipótese, sob pena de neutralização do critério crítico trazido pela teoria do bem jurídico. Se bem jurídico penal é um interesse fundamental à convivência social, o qual não pode ser tutelado de outro modo menos gravoso, como citado, parece de todo inadequado aproximar sua delimitação a ideias genéricas como de fundamentos da República, de cidadania, na sua forma mais ampla, de dignidade da pessoa humana, de pluralismo político ou, ainda, de direitos políticos. Ora, qual regrame do ordenamento jurídico não se volta, em última instância, e.g., para a dignidade da pessoa humana? Se, sem sombra de dúvidas, por um lado, isso significa muito, por outro, isso pouco auxilia o intérprete na aferição concreta de um tipo penal. Afinal de contas, de qual aspecto da dignidade humana se trata?

A própria dificuldade de se estabelecer genericamente a categorização de bens jurídicos leva autores[14] a, acertadamente, identificar o rendimento racional da teoria do bem jurídico como critério negativo, isto é, limitando a poder se aferir, no caso concreto, apenas a ausência de bem jurídico penal válido quando for o caso. De qualquer modo, parâmetros são necessários para essa construção, ou seja, no fundo, o interesse é identificado por ele próprio ou pelos contornos de sua sombra.

12. GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 36. Em sentido similar, v.g., entendendo que os crimes eleitorais representam subdivisão dos crimes políticos, ao lado dos crimes militares, cf. RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 620.
13. DA PONTE, Antonio Carlos. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42.
14. E.g., BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal e injusto (política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado). Trad. J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*. v. 30, jul.-dez. 1980. p. 44.

Impossível negar que o sistema político é interesse fundamental a ser protegido pelo ramo jurídico-penal. No fundo, por certo, a própria existência do Direito Penal depende disso. Todavia, um reparo técnico há de ser feito. Essa constituição política do Estado, pilar essencial de sua existência, não é o interesse em jogo nos chamados crimes eleitorais. Na realidade, as condutas que vulneram diretamente a organização política do Estado são tuteladas pelos crimes contra a segurança nacional, ora disciplinados pela Lei 7.170/1983. Não que essa lei especial não mereça inúmeros questionamentos ou reparos, mormente após o advento de uma Constituição democrática, mas, o fato é de que nela é que se encontram disciplinados os denominados *crimes políticos*, isto é, condutas que vulneram diretamente o interesse jurídico penal *ordem política*.

Esse último termo, tecnicamente, não pode ser utilizado genericamente. Em outras palavras, não é porque os crimes eleitorais refiram-se, indiretamente, à política, que são, *ipso facto*, crimes políticos.[15] Há que se observar que a organização política nacional revela três poderes, notadamente, Executivo, Legislativo e Judiciário, nem por isso se compreende, e.g., uma fraude num certame de ingresso à Magistratura como *crime político*. O ingresso nos quadros dos dois outros poderes, no entanto, revela uma peculiaridade, que é o que está em jogo na presente discussão: o agente político alça o cargo no Executivo ou Legislativo por meio da eleição.

O crime eleitoral, assim, tutela o sufrágio, isto é, o pleito ou processo eleitoral.[16] Essa a chave interpretativa preliminar para a aferição da legitimidade de uma incriminação na espécie. Dessa maneira, não assiste razão ao pensamento que insiste em qualificar o crime eleitoral como crime político,[17] como o de

15. Os direitos políticos são mais amplos que o simples sufrágio. Nesse sentido, e.g., cf. BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1958. p. 459; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 405; MENDES, Gilmar Ferreira. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 779; SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 333; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 814.

16. No mesmo sentido, na doutrina espanhola, ressaltando o caráter essencial que o livre exercício do direito de voto possui para a sustentação dos valores próprios de um sistema democrático justifica a intervenção do Direito Penal, cf. CRUZ BLANCA, María José. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 15-13, 2013. p. 6-9.

17. Entendendo que crime eleitoral não é político, *vide* as seguintes decisões do STF: *HC* 42.108/PE, rel. Min. Evandro Lins e Silva, e Inq. 507/DF, rel. Min. Paulo Brossard. Contrariamente, no preâmbulo de sua obra, Gomes assevera que os crimes eleitorais

Hungria, o qual asseverava que se atenta, neste caso, "(...) de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais".[18] Não é isso que justifica a vedação penal eleitoral. Observe-se que quem, por exemplo, realiza propaganda eleitoral no dia da eleição (infração penal prevista no art. 39, § 5.º, da Lei 9.504/1997), não deseja a destruição da ordem política, mas, simplesmente, aproveitar-se maliciosamente de certos aspectos dela. Em termos singelos, seria uma postura de buscar uma vantagem indevida dentro das regras do jogo, sem se negar diretamente a existência desse mesmo jogo.[19]

Ademais, nota-se que a utilização do termo *crime político* como contraposição a *crime comum* pode causar incompreensões na dogmática penal.[20] Tecnicamente, crime comum é o que se contrapõe ao crime especial, sendo que aquela expressão normalmente se refere ao fato de não se exigir qualquer característica específica do sujeito ativo do delito, caso, aliás, da maioria dos crimes eleitorais. O oposto a *crime comum* é, assim, no geral, *crime próprio*, ou *crime especial*. A expressão *crime comum*, dogmaticamente, no geral, não diz respeito ao bem jurídico tutelado, e sim ao sujeito ativo do delito. Utiliza-se, ainda, a categorização de *crime comum* para diferenciação do *crime de responsabilidade*

estariam ligados à ideia de "(...) atentados aos ideais mais sagrados de representatividade popular, traduzem em desvirtuamento da vontade manifestada através do voto, abalam ou retiram a legitimidade do poder conferido aos eleitos". GOMES, Suzana de Camargo. Op. cit., p. 37. Observe-se que, a despeito da generalidade desse pensamento, não é possível inferir, por meio do ilícito penal eleitoral, qualquer vulneração direta ao regime democrático como um todo e muito menos à conformação política do país. Em sentido similar, v.g., cf. MORAES, Benjamin. Crimes eleitorais. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. n. 4. v. 1, 1964. p. 78; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito penal eleitoral: lineamentos de uma teoria geral. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 27, jul.-set. 1999. p. 163.

18. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I. t. I. p. 181.

19. O mesmo se diga, por exemplo, com relação ao controverso delito previsto no art. 323 do CE, que veda a conduta de "(...) divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado". Segundo HUNGRIA, o bem jurídico se revelaria no particular "(...) interesse do Estado em assegurar, além do livre exercício dos direitos políticos dos cidadãos, a regularidade da propaganda, a veracidade, a lisura e autenticidade de todos os papéis e operações inerentes às eleições, bem como a precisão e fidelidade de seus resultados". HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 129.

20. Caso, v.g., de NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 109.

e dos *crimes militares*, situações, uma vez mais, precipuamente atreladas às condições do sujeito ativo do crime.

Dessarte, como bem pontua Aranha,[21] o crime eleitoral tutela o processo eleitoral. De fato, é a vulneração do sufrágio o interesse fundamental em foco em ditas incriminações, cuja fonte legitimadora encontra-se na cláusula pétrea constitucional que assegura a incolumidade do voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, § 4.º, II). Esse o sentido lógico a revelar, como primeiro critério, a validade de um tipo penal na hipótese. Isso, por certo, não significa que condutas não ligadas diretamente ao processo eleitoral não possam ser criminalizadas, mas representa, todavia, um filtro a impor, nestes casos, que a conduta se relacione, de algum modo, a dito processo.

De qualquer forma, para fins de constatação da legitimidade dos tipos penais em questão, com vistas a uma sua racionalização, forçoso observar que outros critérios subsequentes se fazem precisos de verificação, como o atendimento aos princípios constitucionais penais da ofensividade, da subsidiariedade e da proporcionalidade das penas. Mas, antes da menção a problemas pontuais desse jaez em nossa legislação, interessante mencionar duas problemáticas formais que culminam por comprometer a coerência do tratamento do tema. Trata-se da correta classificação dos crimes eleitorais e da necessidade de sua disciplina unitária.

3. CLASSIFICAÇÕES DOS CRIMES ELEITORAIS E RESERVA DE CÓDIGO

Diverge a doutrina nacional acerca da correta classificação dos diversos tipos penais eleitorais. Em primeiro lugar, isso ocorre porque o Código Eleitoral – principal, porém não único, diploma penal eleitoral –, contrariando a melhor técnica legislativa penal, consagrada no movimento codificador iniciado no final do século XVIII, não subdivide os crimes eleitorais em categorias. O Código Penal, por exemplo, revelando os sentimentos e representações sociais, no dizer de Faria Costa,[22] insculpe em sua Parte Especial, a enunciação de tais interesses juridicamente valorados. No caso brasileiro, e.g., o primeiro deles diz respeito aos *crimes contra a pessoa*. Dentro desta categoria de interesse, o critério utilizado para a construção legislativa sistemática refere-se às formas de ataque, das mais gravosas, ou seja, *dos crimes contra a vida* – com o homicí-

21. ARANHA, Adalberto José de Camargo. Dos crimes eleitorais: sua natureza e classificação. *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*. n. 18. v. 5. p. 17.

22. COSTA, José de Faria. *Direito penal especial*: contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 14.

dio em primeiro lugar – até a mais singela, qual seja, *dos crimes contra a inviolabilidade de segredos* das pessoas.

A lei penal eleitoral, por sua vez, afasta-se desta técnica legislativa jurídico-criminal.[23] Essa falta de sistematização, verdadeiramente, pode prejudicar o intérprete na avaliação da legitimidade dos tipos penais em foco. Por conta disso, a doutrina busca estabelecer critérios para identificação das subcategorias dos crimes eleitorais, havendo ampla divergência quanto a seus delineamentos. Dentre as inúmeras classificações possíveis,[24] merece destaque, v.g., a proposta por Cândido,[25] de subdivisão das infrações penais eleitorais em: (a) crimes contra a organização administrativa da Justiça Eleitoral; (b) crimes contra os serviços da Justiça Eleitoral; (c) crimes contra a fé pública eleitoral; (d) crimes contra a propaganda eleitoral; (e) crimes contra o sigilo e o exercício do voto e (f) crimes contra os partidos políticos. Esta classificação denota diversas maneiras de atingimento do interesse em foco, qual seja, o processo eleitoral. Nesse sentido, nota-se, por exemplo, que a Justiça Eleitoral merece regras criminalizantes especiais relativamente à Administração da Justiça em geral – previstas no Capítulo III do Título XI da Parte Especial do Código Penal –, justamente porque se está a proteger, em realidade, o processo eleitoral.

23. V.g., o uso de violência para coagir alguém a votar (art. 301 do CE) vem depois de um fato menos grave como inscrever-se fraudulentamente eleitor (art. 289 do mesmo diploma).

24. A título exemplificativo, vejam os pensamentos de três autores de relevo na matéria. Em primeiro lugar, Hungria, ressaltando a dificuldade de subsunção a determinadas categorias de toda a casuística prevista para o tema, propõe a subdivisão em: (a) abusiva propaganda eleitoral; (b) corrupção eleitoral; (c) fraude eleitoral; (d) coação eleitoral; (e) aproveitamento econômico da ocasião eleitoral e (f) irregularidades no ou contra o serviço eleitoral. HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 129. Gomes, por sua vez, propugna oito categorias: (a) crimes eleitorais concernentes à formação do corpo eleitoral; (b) crimes eleitorais relativos à formação e funcionamento de partidos políticos; (c) crimes eleitorais em matéria de inelegibilidades; (d) crimes eleitorais concernentes à propaganda eleitoral; (e) crimes eleitorais relativos à votação; (f) crimes eleitorais pertinentes à garantia do resultado legítimo das eleições; (g) crimes eleitorais relativos à organização e funcionamento dos serviços eleitorais e (h) crimes contra a fé pública eleitoral. GOMES, Suzana de Camargo. Op. cit., p. 64. Por fim, Fávila Ribeiro divide os crimes eleitorais em: (a) crimes lesivos à autenticidade do processo eleitoral; (b) crimes lesivos ao funcionamento do serviço eleitoral; (c) crimes lesivos à liberdade eleitoral e (d) crimes lesivos aos padrões éticos ou igualitários nas atividades eleitorais. RIBEIRO, Fávila. Op. , cit., p. 624.

25. CÂNDIDO, Joel J. *Direito penal eleitoral & processo penal eleitoral*. Bauru: Edipro, 2006. p. 81-84.

De qualquer modo, forçoso observar que, efetivamente, o regrame penal eleitoral brasileiro carece de melhor disciplina legislativa,[26] assim como de mais estudos doutrinários. Nesse contexto, uma das propostas para findar com a falta de sistematização dos crimes eleitorais é a de sua inserção no Código Penal. Isso enseja, assim, a discussão acerca da reserva de Código ou da utilização da Legislação Penal Especial como sede de determinadas incriminações.[27] O debate ganha renovada atualidade diante da tramitação do PLS 236/2012, o qual pretende instituir um novo Código Penal. No que pertine à presente análise, cuida-se do ideário acerca da codificação *versus* subsistemas.

Basicamente, os defensores da inserção da totalidade, ou da maioria dos crimes, no Código Penal utilizam o argumento da maior coerência legislativa que isso ensejaria, assim como maior controle sobre a atividade legislativa, imbuída de uma fúria legiferante expansionista e atécnica nas últimas décadas.[28] Os opositores,[29] por sua vez, alertam que, em determinados casos, está-se diante de um subsistema próprio que seria tratado com maior harmonia em sede de legislação extravagante. Dessa maneira, por exemplo, temas como drogas, meio ambiente, trânsito, violência doméstica ou eleições formariam um conjunto orgânico e sistematizado de normas, inclusive com necessidade de prontas remissões de regras e conceitos. A cisão das regras, então, geraria falta de racionalidade no tratamento da matéria.

Doutrinariamente, Zanardelli[30] defendia a disciplina dos crimes eleitorais em legislação extravagante. Foi o que adotou, legislativamente, e.g., Itália, França, Espanha e Brasil. Na dogmática penal brasileira, a inserção do tema no Código Penal já era defendida por Hungria[31] e, mais recentemente, assim o é

26. "A classificação dos crimes eleitorais, do modo como se encontra em nossa legislação eleitoral, não atende aos anseios populares e muito menos às expectativas sociais, afigurando-se em clássico exemplo de como o agasalho do Direito Penal tradicional a determinadas formas de criminalidade mostra-se obsoleto e estéril". DA PONTE, Antonio Carlos. Op. cit., p. 50.

27. Para uma visão aprofundada do tema quanto ao Direito Penal, no geral, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014, *passim*.

28. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 155 e ss.

29. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 149-155.

30. CORDANI, Angela Santangelo. *Alla vigilia del Codice Zanardelli*: la riforma penale nell'Italia postunitaria. Milano: Giuffrè, 2008. p. 283 e ss.

31. HUNGRIA. Op. cit., p. 138.

por Da Ponte.[32] Esse foi ademais, v.g., o caminho legal de Alemanha, Portugal e Suíça. No Brasil, hoje, há crimes eleitorais previstos principalmente no Código Eleitoral, mas também em leis esparsas. O referido Projeto de novo Código Penal pretende inserir toda a legislação penal brasileira no Código Penal. No caso dos crimes eleitorais, sua previsão se daria no Título XI da Parte Especial, arts. 325 ao 338. Note-se que, no bojo deste *disegno di leggi*, há uma delimitação de crimes eleitorais no art. 325, capaz de esclarecer um pouco melhor os contornos do bem jurídico tutelado na hipótese:

> São considerados crimes eleitorais específicos os que seguem, bem como os crimes contra a honra, a fé pública, a Administração Pública e a administração da Justiça, quando praticados em detrimento da Justiça Eleitoral, de candidatos ou do processo eleitoral.

De qualquer forma, segundo posicionamento aqui adotado, não se sinaliza como a melhor solução a pretendida inserção dos crimes eleitorais – assim como, e.g., crimes econômicos ou atinentes a drogas ou ao meio ambiente, no interior do Código Penal. Isso porque um *Codex* se pretende, desde sua origem histórica, mais estável, com maior perenidade. Referidas legislações, a seu turno, apresentam maior dinamicidade que as regras relativas aos bens tradicionais, assim como demandam um tratamento sistematizado diferenciado de tais interesses clássicos. As contingências mutantes de eleições,[33] a necessária remissão a regras administrativas da Justiça Eleitoral etc. indicam que o melhor caminho a seguir é o da previsão em legislação especial, isto é, fora do Código Penal.[34] Aliás, tanto isso é verdade – a existência de um intrincado subsistema eleitoral – que temos um *Código* Eleitoral, e não simplesmente uma lei eleitoral. Isso não significa que o assunto atinente aos delitos eleitorais não deva receber melhor disciplina por parte de nosso legislador, quer em termos de melhor sistematização[35] ou mesmo descriminalização de certas condutas.

32. DA PONTE, Antonio Carlos. Op. cit., p. 36.

33. A ensejar, inclusive, a comum edição de tipos penais temporários ou excepcionais, consoante as particularidades de cada eleição, bem como o constante desenvolvimento tecnológico.

34. Defendendo o mesmo ponto de vista na doutrina espanhola, e.g., cf. ALTÉS MARTÍ, Miguel Angel. El delicto electoral. Corts: Anuario de derecho parlamentario. v. 8, 1999. p.168.

35. No mesmo sentido, v.g., em Itália, sinalizando também naquele país a hipertrofia de regulamentação, cf. NUNZIATA, Massimo. *Diritto penale elettorale*. Milano: Maurizio Minchella Editore, 2000. p. 6.

4. TIPOS PENAIS ELEITORAIS EM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

Apenas no Código Eleitoral (Lei 4.737/1965) existem 57 tipos penais. Ainda estão previstos crimes eleitorais em diversas outras leis extravagantes, como as Leis 6.091/1974, 6.996/1982, 9.504/1997 e LC 64/1990. Estas duas últimas, inclusive, sofreram mais de uma alteração. Efetivamente, há um cipoal legislativo, o que torna difícil o escorreito conhecimento das regras, dando azo, ademais, a situações fáticas de erro de proibição. Observam-se, ainda, inúmeras peculiaridades nos modelos de tipificação penal eleitoral. Não são incomuns leis excepcionais ou temporárias, como referido *supra*. Há forte remissão a conceitos e regras administrativas eleitorais. As penas cominadas são baixas (*vide* abaixo a discussão quanto às sanções cominadas). Promanam crimes de atentado. Ademais, a maioria dos crimes não possui correspondente na legislação comum,[36] somente podendo ser praticados na órbita eleitoral. Uma minoria, apenas, é constituída de crimes acidentais, ou seja, aqueles que possuem construções similares na legislação penal comum, caso, v.g., dos crimes contra a honra.

Aliás, essa própria desproporção entre crimes que lhe são próprios e os que possuem correspondente no modelo comum denota, uma vez mais, o sentido de uma específica legislação penal eleitoral. Se as figuras fossem em sua totalidade ou maioria similares às comuns, não haveria sentido na necessidade de uma legislação penal eleitoral, bastando a previsão de uma circunstância agravante no Código Penal, atinente a crime praticado com vistas ao atingimento do processo eleitoral.

Apesar das particulares construções, a justificativa oriunda de uma situação peculiar a denotar condutas específicas não torna infensa a legislação penal eleitoral da técnica da Teoria Geral do Delito. Em outras palavras, os princípios balizadores da ciência penal hão de ser respeitados, sendo, indubitavelmente, principais, os da taxatividade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade, da subsidiariedade e da proporcionalidade. Toda atenção a esse respeito deve ser dada na análise dos crimes em espécie, conforme se verifica a seguir. Efetivamente, em muitos casos, há vulneração de tais princípios, inclusive, muitas vezes combinados. A análise da proporcionalidade, por se referir diretamente ao sistema de penas, receberá menção apartada *infra*.

4.1 Vulneração da taxatividade

Condutas como "reter título eleitoral contra a vontade do eleitor" (art. 295 do Código Eleitoral), "promover desordem que prejudique os trabalhos elei-

36. Seriam tipos puros, no dizer de Hungria. Cf. HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 132.

torais" (art. 296), "impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio" (art. 297), "inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado" (art. 331), "fazer propaganda, qualquer que seja sua forma, em língua estrangeira" (art. 335) revelam formulações porosas, pouco claras, e, desta feita, inseguras para fins de vedação jurídico-penal. Nas cinco figuras delitivas citadas, viola-se o princípio da taxatividade, consequência imediata da legalidade penal, regra maior de garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado e que remonta aos ideais da Ilustração. De fato, não se sabe efetivamente o alcance do proibido nestas hipóteses, de modo que o legislador, em termos práticos, culmina por transferir seu mister ao aplicador da lei penal, o que é vedado consoante a exigência de certeza jurídica e o regrame da separação de poderes, delineado constitucionalmente.

4.2 Vulneração da exclusiva proteção ao bem jurídico

Não obstante, crimes como os de "não apresentar o órgão do Ministério Público, no prazo legal, denúncia ou deixar de promover execução de sentença condenatória" (art. 342 do citado diploma); de "não assegurar o funcionário postal a prioridade prevista no art. 239" (art. 338); de "não cumprir a autoridade judiciária, ou qualquer funcionário dos órgãos da Justiça Eleitoral, nos prazos legais, os deveres impostos por este Código, se a infração não estiver sujeita a outra penalidade" (art. 345) ou de "recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou pôr embaraços à sua execução" (art. 347), efetivamente, não tutelam o bem jurídico penal processo eleitoral, representando simplesmente mera utilização do Direito Penal como meio de conformação de comportamentos de alçada do Direito Administrativo.

Referidas condutas não detêm a mesma importância que, por exemplo, a previsão da corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral) e, de fato, poderiam perfeitamente ser tuteladas exclusivamente pelo Direito Administrativo, não se vislumbrando em que medida sua previsão pelo Direito Penal denota a afetação de um caro interesse social fundamental para a convivência pacífica dos indivíduos, que não pode ser tutelado de modo menos gravoso. Sinaliza-se, então, a mera utilização do ramo jurídico-penal com caráter simbólico, o que é ilegítimo.[37]

37. Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 24.

4.3 Vulneração da ofensividade

A sistemática penal eleitoral, destacadamente, abusa da postura antecipatória penal. Procura-se evitar a prática de comportamentos indesejados proibindo-se certas condutas por meio de crimes de perigo abstrato ou crimes de atentado, não cogitando, desta feita, o legislador, da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Dessa forma, "Inscrever-se fraudulentamente eleitor" (art. 289), "Reter título eleitoral contra a vontade do eleitor" (art. 295), "Não observar a ordem em que os eleitores devem ser chamados a votar" (art. 306), "deixar o juiz e os membros da junta de expedir o boletim de apuração imediatamente após a apuração de cada urna e antes de passar à subsequente, sob qualquer pretexto e ainda que dispensada a expedição pelos fiscais, delegados ou candidatos presentes" (art. 313), "Inscrever-se o eleitor, simultaneamente, em dois ou mais partidos" (art. 320) ou "fazer propaganda, qualquer que seja sua forma, em língua estrangeira" (art. 335) são situações em que não se está a cogitar de efetiva lesão do processo eleitoral. São todos crimes de perigo abstrato, em que o legislador antecipa-se a qualquer afetação, presumindo uma situação perigosa, a qual dificilmente poderia vir a vulnerar de alguma forma significativa a eleição.

Ainda, a lei penal eleitoral abusa da construção de crimes de atentado, isto é, tipos em que se preveem como descrição típica situações de tentativa do resultado. Tal se verifica, por exemplo, nos crimes de "impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio" (art. 297), "votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem" (art. 309) ou "violar ou tentar violar o sigilo de uma urna ou dos invólucros" (art. 317). Cuida-se de uma técnica tipificadora altamente questionável, vez que ignora a menor gravidade da conduta tentada relativamente à consumada, equiparando-se legislativamente situações fáticas distintas.

4.4 Vulneração da subsidiariedade

A questão da subsidiariedade, a seu turno, encontra-se diretamente relacionada com a da exclusiva proteção de bens jurídicos. Isto, pois, por vezes, presente se encontra um bem jurídico de cariz jurídico-criminal, no entanto, nada obstaria que a situação fosse tutelada mais eficazmente por outro ramo do Direito. Inclusive, a este respeito, forçoso observar que o Direito Administrativo não ostenta toda a sistemática garantista penal, sendo mais flexível. Nesse sentido, ganhar-se-ia em efetividade no tratamento do temário pela seara extrapenal. Por sua importância, o assunto será retomado *infra*, com sentido conclusivo.

5. Reflexões dogmáticas quanto ao tema

Os crimes eleitorais, ademais, ensejam significativas reflexões dogmáticas, potencializadas na prática pelas possíveis injustiças em decisões concretas. Particularmente, abordar-se-ão as questões do reconhecimento do princípio da insignificância e dos contornos do sistema de penas estabelecido por nossa legislação. Dois pontos importantes a se refletir com escopo a uma pretendida racionalização. Senão vejamos.

5.1 A questão do princípio da insignificância

Contextualizado no ideário relativo ao princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, destaca-se o princípio da insignificância, o qual, sucintamente, sinaliza que condutas formalmente típicas, porém incapazes de afetação do interesse juridicamente protegido, não podem ser criminalmente cerceadas. O posicionamento favorável a seu reconhecimento centra-se, corretamente, na atipicidade da conduta diante da necessária coerência de manejo da teoria do bem jurídico. Já a corrente contrária, simplesmente, costuma apegar-se a uma visão tecnicista de ausência de previsão legal, como se a atividade de exegese jurídica necessitasse ser inteiramente pautada pela lei.

A resistência de reconhecimento do princípio da insignificância pelo Poder Judiciário brasileiro se reflete também na Justiça Eleitoral, como o demonstram acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral, como, e.g., o relativo ao Recurso Especial Eleitoral 11.887-16/RN.[38] Absolutamente equivocadas as compreensões esposadas neste *decisium*, o qual assevera que o bem jurídico envolvido na hipótese não seria insignificante, bem como que o princípio em foco se limitaria aos crimes patrimoniais. Ora, a insignificância é do ataque ao bem jurídico, e não deste próprio, visto que, em tese, uma insignificância de um bem jurídico demonstraria, em verdade, a ausência de um bem jurídico penal válido. Ainda, incide em erronia a decisão quando circunscreve o reconhecimento do princípio em análise aos crimes patrimoniais. Como bem anota Stocco,[39] o princípio é universal e pode ser reconhecido para qualquer categoria delitiva, inclusive eleitoral. No mesmo sentido é o pensamento da maioria da doutrina.[40]

38. Rel. Min. Carmen lúcia.

39. STOCCO, Rui; STOCCO, Leandro de Oliveira. *Legislação eleitoral interpretada*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 862.

40. E.g., é o posicionamento de GOMES, Suzana de Camargo. Op. cit., p. 68, e DA PONTE, Antonio. Op. cit., p. 78-79.

Claro exemplo de insignificância em matéria penal eleitoral se daria com a distribuição de uns poucos *santinhos* ou a persuasão de poucos eleitores no dia da eleição em um grande centro urbano relativamente ao crime de realização de propaganda eleitoral no dia da eleição (art. 39, § 5.º, da Lei 9.504/1997). Nesses casos, o pleito eleitoral não se vê de qualquer modo vulnerado com as irrelevantes condutas. Do mesmo modo, e.g., o transporte de dois eleitores em benefício do próprio candidato (art. 302 do CE, c.c. art. 5.º da Lei 6.091/1974) num colégio eleitoral como São Paulo.

Por fim, de se notar que o reconhecimento do princípio da insignificância não se limita, ou sequer diz respeito necessariamente, a infrações penais de menor potencial ofensivo. Claro que essas últimas merecem uma mais apurada reflexão político criminal – pois, tratando-se de algo de menor relevo, forçoso indagar se o assunto é passível ou não de tutela penal –, mas o temário não se confunde com ínfimos ataques a um bem jurídico penalmente tutelado.

5.2 O sistema de penas e os crimes eleitorais

O sistema de penas dos crimes eleitorais demonstra, preliminarmente, descompasso com a técnica legislativa de fixação de penas adotada pelo Código Penal, porque, em diversas categorias delitivas, não se estabelecem as penas mínimas no preceito secundário. Na fixação de pena privativa de liberdade, os arts. 289 ao 292 e 295 ao 304, e.g., referem-se apenas ao máximo cominado. Quando isso ocorre, de modo esdrúxulo, o art. 284 do CE fixa que será considerada como pena mínima a de 15 dias, em caso de detenção, e de 1 ano, em caso de reclusão. O próprio diploma, por vezes, desrespeita sua própria construção, como no art. 293, que estabelece pena mínima de 15 dias de detenção.

Mais do que preciosismo técnico, isso parece revelar falta de familiaridade com o Direito Penal. E mais, hodiernamente, numa sistemática penal que consagra amplos caminhos alternativos à imposição prisional, como transação penal, suspensão condicional do processo e substituição de resposta prisional por penas restritivas de direitos, os crimes eleitorais, no geral, denotam baixas penas cominadas, inclusive, em diversos casos, exclusivamente pena de multa, nota característica de contravenção penal.[41] Isso merece uma melhor reflexão

41. Nesse sentido, observa com acerto Guerrero: "Note-se que nessa legislação há, no mínimo, uma curiosidade; uma vez que há vários tipos penais aos quais não é estipulada pena, nem de reclusão, nem de detenção; mas somente, pena de multa; o que contraria frontalmente o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que expressamente considera crime como 'a infração penal que a lei comina pena de reclusão

por parte da sociedade, pois, se, em regra, a resposta sancionatória será concretamente aquela que outros ramos do Direito já preveem ou podem prever, talvez não se justifique a utilização do gravoso e custoso aparato repressivo jurídico-criminal em diversas hipóteses.[42] Assim, v.g., "deixar o juiz e os membros da junta de expedir o boletim de apuração imediatamente após a apuração de cada urna e antes de passar à subsequente, sob qualquer pretexto e ainda que dispensada a expedição pelos fiscais, delegados ou candidatos presentes" (art. 313 do Código Eleitoral), infração penal a que se comina multa, pode perfeitamente ser tutelada satisfatoriamente pelo Direito Administrativo.

6. LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL ELEITORAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Toda a problemática levantada anteriormente leva a uma reflexão essencial, isto é, a de se os crimes eleitorais devem sofrer uma racionalização penal, com a descriminalização de certas condutas. Se, de um lado, constata-se que o processo eleitoral é um bem jurídico com dignidade penal, pelas razões expostas, o que necessariamente se leva a concluir que nem sempre a expansão do Direito Penal é disfuncional, de outro, verifica-se que a legislação penal eleitoral efetivamente produzida no Brasil encontra sérias dificuldades de validade e de efetividade, abusando do caráter simbólico do Direito Penal, devendo ser, desta maneira, repensada. Na prática, o que se afere em países como o nosso é a administrativização do Direito Penal,[43] o que é uma característica negativa, visto que consagradora de ilegítima utilização deste gravoso meio de intervenção do Estado.

---

ou detenção, quer isoladamente quer cumulativamente com pena de multa'. Tal impropriedade ocorre nos arts. 292, 294, 303, 304, 306, 313, 320, 338 e 345 do CEl pois na previsão de pena: – 'pagamento de 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias-multa não se faz referência à pena privativa de liberdade o que, como já dito, contraria toda a dogmática jurídico-penal; pois sempre que a pena de multa é prevista para crime, deve ser acompanhada de uma pena privativa de liberdade, que poderá ser estipulada cumulativa ou alternativamente. Como é sabido a pena de multa só é prevista desacompanhada quando se trata de punição a contravenção penal". GUERRERO, Hermes Vilchez. Dos crimes eleitorais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 16. out.-dez. 1996. p. 143.

42. Sinalizando no mesmo sentido, cf. DA PONTE, Antonio. Op. cit., p. 75.

43. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. Ana Lúcia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 5. São Paulo, jan.-mar. 1994. p. 12.

Mais concretamente, o que se constata *de lege lata* é a larga utilização do ramo jurídico-criminal com fins de ordenação de interesses administrativos, buscando-se forçar condutas ou cercear por esta drástica via comportamentos indesejados, o que não é papel próprio do Direito Penal. Pródigo exemplo dessa postura encontra-se em nossa legislação quanto aos crimes eleitorais em inúmeros tipos penais em que se perfaz o tipo objetivo com o simples não atendimento a normas administrativas. É o caso da não observância da ordem de chamamento dos eleitores para votar (art. 306 do CE), da omissão na expedição do boletim de apuração (art. 313), do retardamento ou não publicação de decisões, citações ou intimações da Justiça Eleitoral (art. 341), da não apresentação de denúncia ou não execução de sentença penal condenatória no prazo legal (art. 342), dentre outros tipos, ensejando grave cerceamento penal pelo desatendimento a prescrições de interesse da Administração.

Primeiramente, insta observar que a infração penal não pode tutelar a simples desobediência à Administração Pública, devendo ser aferida a afetação de um bem jurídico protegido.[44] Neste influxo, afere-se a primeira e fundamental incompatibilidade da assessoriedade administrativa com a construção típica do Direito Penal Eleitoral. Dessa maneira, na criação da norma penal eleitoral, no mais das vezes já se parte de um pressuposto equivocado e, portanto, ilegítimo, agressor do princípio da proteção a um bem jurídico com dignidade penal, ou, ainda, da subsidiariedade penal, o que já indica a necessidade de rechaço do Direito Penal em tais situações. Não é porque envolve o processo eleitoral que todas as condutas indesejadas devam ser vedadas pelo Direito Penal. Todavia, além da perniciosa premissa, constata-se, no mais das vezes, a inadequação estrutural do Direito Penal Eleitoral, o que também compromete sua racionalidade.

Com isso, quer se significar que os meios utilizados na construção dos mais diversos tipos penais eleitorais são por demais inseguros e porosos, a compro-

44. Cf. REALE JÚNIOR: "(...) não devem ser erigidos à condição de dignidade penal os interesses da Administração na obediência de normas regulamentares, sem referência a valor de relevo social, por exemplo, a não-notificação de modificação do excipiente de um remédio, sem qualquer risco à saúde e até mesmo com melhoria do produto. De idêntico modo, não podem ter proteção penal as políticas estatais convenientes à consecução de objetivos administrativos. Também não podem receber tutela penal a observância de regulamentos, como a incriminação do uso de agrotóxicos sem seguir as instruções, sendo o ilícito penal 'criado mais para organizar do que para proteger'". REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal* – parte geral. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24-25.

meter a via penal por meio de sua técnica. Isto é, para além das dificuldades ínsitas de regramento do ambiente eleitoral, complexo e dinâmico por sua própria natureza, empregam-se meios duvidosos, de larga incerteza jurídica, na técnica legislativa tipificadora. O abuso na utilização das técnicas de crimes de perigo abstrato, de tipos abertos, de crimes omissivos, de normas penais em branco e de crimes de atentado erige uma sistemática lastreadora do arbítrio estatal, vilipendiando-se a segurança jurídica por meio da vulneração dos princípios fundamentais da legalidade e da lesividade penais.

Muitas vezes, a conduta indesejada parte de determinado partido político, sendo muito difícil, senão impossível, identificar o autor do fato (v.g., crimes de calúnia, injúria e difamação). Tanto isso é verdade que o art. 336 do CE pretende sancionar o diretório do partido político pelo envolvimento nesses fatos. Quanto a isso, Gomes,[45] e.g., entende tratar-se de uma responsabilidade penal dos diretórios locais de partidos políticos. Ocorre que, abstraindo-se das amplas dificuldades de fixação da responsabilização da pessoa jurídica, o que é controvertido em termos jurídico-penais, fundamentalmente em razão do princípio da culpabilidade,[46] fato é que a Constituição de 1988 somente possibilitou essa hipótese para os crimes ambientais ou econômicos (arts. 225, § 3.º, e 173, § 5.º, da Carta, respectivamente), não havendo qualquer menção à seara eleitoral.

Assim, insta observar que o Código Eleitoral não nasceu avançado para sua época. Caso efetivamente se tenha intencionado punir criminalmente a pessoa jurídica, ele nasceu, isto sim, inconstitucional num período autoritário e assim continuou após a redemocratização. Uma interpretação que poderia ser possível para a hipótese seria, então, a de que o dispositivo regula a responsabilização administrativa, a ser apurada na sentença penal que julga o crime eleitoral. Todavia, neste caso, note-se que o ente moral não poderia se defender no processo, consoante os princípios do contraditório e da ampla defesa, vez que não faria sentido inclui-lo na denúncia. Desta feita, a única exegese possível é a de que o art. 336 do CE não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Por outro lado, a responsabilidade da pessoa jurídica não apresentaria qualquer problemática no campo administrativo, respeitados, por óbvio, os prin-

45. GOMES, Suzana de Camargo. Op. cit., p. 180.

46. Merece menção, em nossa doutrina, a seguinte coletânea de estudos críticos sobre o tema: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Ed. RT, 2011, *passim*.

cípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, o caminho alternativo da responsabilidade administrativa parece ser a solução mais eficaz para vedação de certas condutas. Ademais, a tutela penal e administrativa, concomitantemente, pode muitas vezes representar um *bis in idem*. Conforme nota Reale Júnior[47] ao, e.g., confrontar os tipos penais e as infrações administrativas nas Leis 8.137/1990 e 8.884/1994, ambos têm em comum a tutela do mesmo bem jurídico, por meio da vedação a condutas em grande parte semelhantes. Nesse diapasão, a punição nas duas esferas pela mesma conduta representa a consagração de um *bis in idem* num contexto de poder de punir estatal que é único. Tal é reconhecido em países como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, devendo ser o assunto ser melhor trabalhado no Brasil.

Outrossim, muitas vezes, a adoção exclusiva da tutela administrativa no âmbito eleitoral pode afastar a morosidade e a burocracia do rígido sistema penal, o que certamente valoriza a eficiência e evita a impunidade nas indesejadas infrações.[48] Ademais, medidas de maior transparência[49] quanto à estruturação de financiamento de campanhas e funcionamentos dos partidos sinalizam-se como medidas preventivas de muito maior eficácia para um sadio processo eleitoral.

Nesse diapasão, notam-se incongruências estruturais que sinalizam o Direito Administrativo Sancionador como a mais adequada opção, no geral, para a tutela eleitoral, ensejando a descriminalização de inúmeras condutas nestes casos. O abuso do poder econômico, em geral, e a utilização indevida da máquina pública[50] em nome de interesses particulares ou de grupos, representam

47. REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 28. São Paulo, 1999. p. 117 e ss.

48. No mesmo sentido para a seara penal econômica, cf. FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua concepção constitucional. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel & FERRARI, Eduardo Reale. *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004. p. 295; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico*: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 168-173.

49. Nesse sentido, e.g., cf. ALVAREZ, Michael R.; HALL, Thad E.; HYDE, Susan D. (eds.). *Election fraud*: detecting and deterring electoral manipulation. Whashington, D.C.: Brookings Institute Press, 2008, *passim*. Descrevendo o tradicional expediente de fraudes em eleições norte-americanas, cf. CAMPBELL, Tracy. *Deliver the vote*: a history of election fraud, na american political traditional – 1742-2004. New York: Carrol & Graff Publishers, 2006, *passim*.

50. Sobre o abuso de poder econômico e tendência de manutenção no poder do partido governista numa democracia precária, v.g., cf. CENDALES, Andrés; MORA, Jhon

os essenciais vetores a nortear o legislador penal.[51] Em outras palavras, apenas os mais graves ataques ao processo eleitoral merecem guarida por parte do Direito Penal. O preciosismo ou exacerbado rigor no cerceamento de condutas indesejáveis para o funcionamento institucional da escolha representativa não pode se dar ao contraditório preço do tolhimento desnecessário da cidadania.

7. Conclusões

1. A verificação de um interesse passível de tutela pelo Direito Penal dá-se, conforme a tradição jurídico-criminal europeia continental, de viés iluminista, conforme a evolução da teoria do bem jurídico;

2. A eleição é veículo político-jurídico assegurador da Democracia, razão pela qual se consubstancia, indubitavelmente, em um interesse digno de proteção penal;

3. Os tipos penais concretamente editados em nosso ordenamento encontram-se, principalmente, no Código Eleitoral e legislação esparsa;

4. A legislação eleitoral forma um subsistema próprio, com regras conectadas, a demonstrar que o regrame penal eleitoral deva encontrar-se fora do Código Penal, contrariamente ao que se pretende com o PLS 236/2012;

5. Os crimes eleitorais vigentes demonstram problemas quanto ao respeito das balizas fundamentais do ramo jurídico-penal, ou seja, os princípios constitucionais penais;

6. Assim é que são constatadas vulnerações aos princípios da taxatividade, exclusiva proteção de bens jurídicos, ofensividade, subsidiariedade e proporcionalidade;

7. Merece menção, ademais, a possibilidade de plena aplicação do princípio da insignificância em matéria penal eleitoral, o que, infelizmente, encontra dificuldades de aplicação no âmbito da Justiça Eleitoral;

James. Precarious democracies, political negotiation and selective predation. *Estudios Económicos*. v. 30. n. 2. jul.-dic. 2015. p. 305-339. Em sentido similar, especificamente na realidade mexicana, cf. VALDÉS-UGALDE, Francisco. Régimen político y democracia: conflicto constitucional en el pluralismo incompleto. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva Época. Año LVIII. n. 217. enero-abril 2013. p. 115-138; LÓPEZ GALEANA, Julián ¿ Cómo podemos combatir mejor los delitos electorales? Iter Criminis: *Revista de ciencias penales*. n. 6, 2003 p. 123-132.

51. No mesmo sentido, FELICIANO, Guilherme Guimarães. Op. cit., p. 185-188.

8. O sistema de pena dos crimes eleitorais, a seu turno, indica que as situações criminalmente vedadas revelam pouca gravidade, o que, aliado às demais dificuldades constatadas, indica a premente imposição de uma reforma do Direito Penal Eleitoral;

9. Essa racionalização legislativa enseja a necessária descriminalização de certas condutas, a serem reguladas melhor pela alçada administrativa, isto é, pelo Direito Administrativo Sancionador;

10. Apenas os mais graves ataques ao interesse identificado com o processo eleitoral – notadamente, atrelados ao abuso do poder econômico ou utilização desvirtuada da máquina pública – devem ser tutelados pelo ramo jurídico-penal.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTÉS MARTÍ, Miguel Angel. El delicto electoral. Corts: Anuario de derecho parlamentario. v. 8. p. 163-185, 1999.

ALVAREZ, Michael R.; HALL, Thad E.; HYDE, Susan D. (eds.). *Election fraud*: detecting and deterring electoral manipulation. Whashington, D.C.: Brookings Institute Press, 2008.

ARANHA, Adalberto José de Camargo. Dos crimes eleitorais: sua natureza e classificação. *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*. n. 18. v. 5.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. Ana Lúcia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 5. São Paulo. p. 5-24, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições no Brasil: uma história de 500 anos. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014.

BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1958.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal e injusto (política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado). Trad. J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*. v. 30. p. 38-54, jul.-dez. 1980 .

CAMPBELL, Tracy. *Deliver the vote*: a history of election fraud, na american political traditional – 1742-2004. New York: Carrol & Graff Publishers, 2006.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito penal eleitoral & processo penal eleitoral*. Bauru: Edipro, 2006.

CENDALES, Andrés; MORA, Jhon James. Precarious democracies, political negotiation and selective predation. *Estudios Económicos*. v. 30. n. 2. p. 305-339, jul.-dic. 2015 .

CORDANI, Angela Santangelo. *Alla vigilia del Codice Zanardelli*: la riforma penale nell'Italia postunitaria. Milano: Giuffrè, 2008.

COSTA, Edgard. *Dos crimes eleitorais*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1923.

COSTA, José de Faria. *Direito penal especial*: contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CRUZ BLANCA, María José. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 15-13. p. 1-27, 2013.

DA PONTE, Antonio Carlos. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito penal eleitoral: lineamentos de uma teoria geral. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 27. p. 159-190, jul.-set./1999.

FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua concepção constitucional. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel & FERRARI, Eduardo Reale. *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. *Crimes eleitorais*. Leme: Anhangüera, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GUERRERO, Hermes Vilchez. Dos crimes eleitorais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 16. p. 137-149, out.-dez. 1996.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? *In*: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿ fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HUNGRIA, Nélson. Crimes eleitorais. *Revista Eleitoral da Guanabara*. v. 1. n. 1. p. 129-138, 1968.

LÓPEZ GALEANA, Julián ¿ Cómo podemos combatir mejor los delitos electorales? Iter Criminis: *Revista de ciencias penales*. n. 6. p. 123-132, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Benjamin. Crimes eleitorais. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. n. 4. v. 1. p. 77-90, 1964.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUNZIATA, Massimo. *Diritto penale elettorale*. Milano: Maurizio Minchella Editore, 2000.

PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil*: da Colônia à 6.ª República. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Ed. RT, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 28. São Paulo. p. 116-129, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal* – parte geral. v. I Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Navarra: Civitas, 2008.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Paulo Fernando dos. *Crimes eleitorais comentados*. São Paulo: Leud, 2008.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil*: uma biografia. São Paulo, Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SINESCU, Mircea Constantin. Electoral crimes – Concept and evolution until 1990. *Challenges of the Knowledge Society*. v. 3. p. 121 –127, 2013.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico*: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

STOCCO, Rui; STOCCO, Leandro de Oliveira. *Legislação eleitoral interpretada*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Ed. RT, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALDÉS-UGALDE, Francisco. Régimen político y democracia: conflicto constitucional en el pluralismo incompleto. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva Época. año LVIII. n. 217. p. 115-138, enero-abril 2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ações eleitorais e direito sancionador, de Paulo Henrique dos Santos Lucon - *RIASP* 32/281-292 (DTR\2013\12538);
- Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos, de Marcelo Almeida Ruivo - *RBCCrim* 111/157-176 (DTR\2015\241); e
- Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e o direito processual eleitoral, de Rinaldo Mouzalas e *João Otávio Terceiro Neto* - *RePro* 262/413-426 (DTR\2016\24430).