66104

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 108 • maio-jun. / 2014

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 108 • maio.-jun. / 2014

Presidência
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Coordenação
Heloisa Estellita

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Heloisa Estellita

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alaor Leite, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Davi de Paiva Costa Tangerino, Luís Greco e Yuri Corrêa da Luz

CONSELHO EDITORIAL – Adriana Borghi, Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexey Choi Caruncho, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Gabriela Mendes Braga, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, André Augusto Mendes Machado, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, Bruna Angotti, Bruno Shimizu, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Christiano Falk Fragoso, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Daniel Silva Achutti, Danyelle da Silva Galvão, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Décio Franco David, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fábio Roberto D'Avila, Fernanda Emy Matsuda, Fernanda Regina Vilares, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Francisco Monteiro Rocha Jr., Frederico Gomes de Almeida Horta, Giovani Agostini Saavedra, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Helena Regina Lobo da Costa, João Daniel Rassi, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Juan Pablo Montiel, Juliana Garcia Belloque, Karyna Sposato, Leonardo Schmitt de Bem, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Maira Rocha Machado, Marcelo Almeida Ruivo, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariana de Assis Brasil e Weigert, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Lopes, Marina Pinhão Coelho Araújo, Marta Machado, Marta Saad, Maurício Stegemann Dieter, Máximo Sozzo, Paulo César Busato, Pedro Vieira Abramovay, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Duque Estrada Roig Soares, Rodrigo Sánchez Rios, Rogério Fernando Taffarello, Sérgio Salomão Shecaira, Thiago Bottino e Yuri Corrêa da Luz.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo

de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Ana Messuti, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

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 22 • vol. 108 • maio-jun. / 2014

Coordenação
Heloisa Estellita

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 22 • vol. 108 • maio-jun. / 2014

Presidência
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Coordenação
Heloisa Estellita

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
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [08-2014]
Profissional
Fechamento desta edição: [07.08.2014]

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2013/2014

Diretoria Executiva

Presidente
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
1.º Vice-Presidente
Helena Regina Lobo da Costa
2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Secretária
Heloisa Estellita
2.º Secretário
Pedro Luiz Bueno de Andrade
1.º Tesoureiro
Fábio Tofic Simantob
2.º Tesoureiro
Andre Pires de Andrade Kehdi
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Eleonora Rangel Nacif

Conselho Consultivo

Ana Lúcia Menezes Vieira
Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diogo Malan
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Marta Saad

Ouvidor

Paulo Sérgio de Oliveira

Suplentes da Diretoria Executiva

Átila Pimenta Coelho Machado
Cecília de Souza Santos
Danyelle da Silva Galvão
Fernando da Nobrega Cunha
Leopoldo Stefanno G. L. Louveira
Matheus Silveira Pupo
Renato Stanziola Vieira

Assessor da Presidência

Rafael Lira

Colégio de Antigos Presidentes e Diretores

Presidente
Marta Saad
Membros
Alberto Silva Franco
Alberto Zacharias Toron
Carlos Vico Mañas
Luiz Flávio Gomes
Marco Antonio R. Nahum
Maurício Zanoide de Moraes
Roberto Podval
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Bibliateca
Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Boletim
Rogério Fernando Taffarello
Comunicação e Marketing
Cristiano Avila Maronna
Convênios
José Carlos Abissamra Filho
Cursos
Paula Lima Hyppolito Oliveira
Estudos e Projetos Legislativos
Leandro Sarcedo
Iniciação Científica
Bruno Salles Pereira Ribeiro
Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo
Monografias
Fernanda Regina Vilares
Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti
Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Heloisa Estellita
Revista Liberdades
Alexis Couto de Brito

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Amicus Curiae
Thiago Bottino
Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira
Cooperação Jurídica Internacional
Antenor Madruga
Direito Penal Econômico
Pierpaolo Cruz Bottini
Estudos sobre o Habeas Corpus
Pedro Luiz Bueno de Andrade
Infância e Juventude
Ana Paula Motta Costa
Justiça e Segurança
Alessandra Teixeira
Política Nacional de Drogas
Sérgio Salomão Shecaira
Sistema Prisional
Fernanda Emy Matsuda

Presidentes das Comissões Organizadoras

18.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais - IBCCrim
Fernanda Regina Vilares
20.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Ana Lúcia Menezes Vieira
Secretário-geral
Rafael Lira

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 22 • vol. 108 • maio-jun. / 2014

Diretora Editorial
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
Juliana Mayumi Ono

Editores: Bruna Schlindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

Coordenação Editorial
Juliana De Cicco Bianco

Equipe de Produção Editorial
Analistas Editoriais: Damares Regina Felicio, Mauricio Zednik Cassim, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência
Analistas Editoriais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patricia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite e Samanta Fernandes Silva

Assistentes Documentois: Beatriz Biella Martins, Karen de Almeida Carneiro, Roberta Alves Soares Malagodi e Victor Bonifácio
Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Teoria Geral

A fenomenologia do dolo "eventual"
Joe Tennyson Velo 15

O Projeto 236/2012 e a ruptura com a história da codificação e cultura jurídico-penais
Matheus Almeida Caetano 55

Direito Penal e Filosofia da Linguagem: uma aproximação concreta
Pedro Augusto Simões da Conceição 91

Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal
Urs Kindhäuser
Traduzido por Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura 127

Direito Penal Econômico

Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas
Albert Estrada i Cuadras e Mariona Llobet Anglí 151

Direito Penal Internacional e Direitos Humanos

Direitos Humanos e Direito Penal: pensamento como forma de resistência ao poder
Jose Rafael Carpentieri 191

Terroristas y debido proceso: el derecho a un debido proceso para los presuntos terroristas detenidos en la bahía de Guantánamo
Kai Ambos e Annika Maleen Poschadel 223

Crimes da Ditadura

Crimes da ditadura militar: cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomez Lund*
Fernando A. N. Galvão da Rocha 261

As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos através do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso *Gomes Lund vs. Brasil*
SERGIO GARDENGHI SUIAMA 299

DIREITO ESTRANGEIRO

O confisco penal de honorários advocatícios nos Estados Unidos da América e seu impacto no sistema jurídico-penal acusatório
GUILHERME BRENNER LUCCHESI 349

PROCESSO PENAL

Emendatio libelli e sentido comum teórico dos juristas
THADEU AUGIMERI DE GOES LIMA 387

CRIME E SOCIEDADE

Culpa e punição em Freud e Kafka: articulações entre Direito, Literatura e Psicanálise
BRUNO SHIMIZU 419

Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise
CARLO VELHO MASI E RENAN DA SILVA MOREIRA 437

O imaginário punitivo na contemporaneidade: os paradoxos da democracia em face dos movimentos de sobrepenalização e da gestão do risco criminal com base na segurança
THIAGO FABRES DE CARVALHO 461

BIOÉTICA

Medicamentos quirais e suas implicações bioquímicas e jurídicas: o caso da talidomida
EDILSON ANTEDOMENICO, CLAUDEMIR RODRIGUES DIAS FILHO E RODRIGO RODRIGUES DIAS 493

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

O papel da reincidência criminal na aplicação da pena – Reflexões a propósito do Acórdão do RE 453.000 do STF
ADRIAND TEIXEIRA 513

Direito por Quem o Faz: Inconstitucionalidade da Consideração da Reincidência como Agravante

RE 591.563-8: Memoriais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Comissão *Amicus Curiae* 543

Resenha

Penas e medidas de segurança no Brasil: crítica e contenção do poder punitivo, de Salo de Carvalho

Resenha por Daniel Achutti 565

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 577

Temas 579

Normas de Publicação para Autores de Colaboração Autoral Inédita 583

66106

A FENOMENOLOGIA DO DOLO "EVENTUAL"

THE PHENOMENOLOGY OF "DOLUS EVENTUALIS"

JOE TENNYSON VELO

Professor da PUC-PR. Doutor pela UFPR. Master pela Università degli Studi di Padova. Advogado criminal.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito; Constitucional

RESUMO: Admitir dolo com fundamento apenas na assunção de um risco de ofensa a bem jurídico, como pode sugerir o Código Penal brasileiro de 1984, importa desatenção ao princípio da proporcionalidade. Segundo o método fenomenológico, a essência do dolo é a intenção antiética de alguma coisa, de modo que, para sua reprovação, enquanto tal, é pressuposto mínimo um complemento de ordem subjetiva, consistente na *indiferença, egoísmo* ou *desprezo* do sujeito em relação à causação da ofensa ao bem jurídico. O dolo *puramente eventual*, portanto, não existe. Por outro lado, o momento histórico, caracterizado pela ânsia de se contornarem riscos, propicia certo apego a perspectivas funcionalistas de modo descuidado. Isso contribui para interpretações equivocadas ou mesmo juridicamente absurdas, em relação à problemática do dolo. Seguida a redução fenomenal ou eidética (e por amor à lógica) proposta por Husserl, dolo é querer causar um resultado a partir de valores que denotam egoísmo ou outro estado de ânimo que traduza menoscabo quanto à integridade do bem jurídico; jamais pode ser apenas o assumir um risco de lesioná-lo. Em situações de maior imprecisão, o reconhecimento desta realidade interna pressupõe análise da história do sujeito, de sua *atitude interior* (*Gesinnung*), ocasião em que a resposta poderá ser alcançada intuitivamente.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática - Dolo eventual - Finalismo - Funcionalismo - Fenomenologia.

ABSTRACT: Admitting malice as a fundament which is only related to the assumption of a risk to a legal asset, as the 1994 Brazilian criminal code may suggest, can be regarded as a lack of attention to the principle of proportionality. According to the phenomenological method, the essence of malice is the unethical intention about something and therefore in order for its failure to take place we require a subjective complement related to indifference, selfishness or disdain of the individual in relation to the offense against that legal asset. Malice, which is purely intentional, therefore, does not exist. On the other hand, this historical moment, which focuses on a culture of fear, is eager to avoid risks due to a respectful view towards the functionalist thinking. This contributes to misinterpretations or interpretations which are legally meaningless. According to the eidetic reduction (and for the love of logics) proposed by Husserl, malice means wanting to cause a result based on values that denote selfishness, or another state of mind which translates lack of respect towards the integrity of that legal asset, it can never be the mere assumption of a risk to harm it. In situations of more imprecision, acknowledging this internal reality requires the analysis of the individual's story, his inner attitude (*Gesinnung*), and thus, a situation in which the answer may be found intuitively.

KEYWORDS: Dogmatics, *Dolus eventualis*, Finalism, Functionalism, Phenomenology.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O caminho da fenomenologia - 3. Finalismo e funcionalismo, duas perspectivas do mesmo objeto - 4. Dolo e direito penal do risco - 5. Fenomenologia do dolo - 6. Teoria complexa da culpabilidade - 7. Síntese conclusiva.

1. INTRODUÇÃO

Não são raros os trabalhos jurídicos acerca do dolo na modalidade conhecida como *eventual*, ocupados com as aporias inerentes a essa categoria. Especialistas têm sido fiéis à missão de aperfeiçoar a classificação de fenômenos jurídicos por meio da composição de conceitos úteis para a solução de conflitos sociais. Assim perfazem dogmática. Apresentam referenciais atualizados no âmbito de uma ciência do Direito Penal. Pode parecer paradoxal relacionar dogmática com atualização de referenciais, afinal, dogma seria algo não sujeito a argumentos, algo imutável e isento de aperfeiçoamento. Ocorre que o Direito Penal é saber do tipo prescritivo (dever-ser), motivo de sua dogmática ser importante como método para a captura de realidades ontológicas e normativas. Isso relativiza a natureza dogmática dos conceitos jurídicos. Sequer o legado de Hans Welzel sobre o compromisso do penalista para com estruturas lógico-objetivas dirimiu o caráter provisório ou normativo dos conceitos.[1] Em certo momento da história humana, os conceitos nunca deixaram de ser meros instrumentos para a organização social. No Direito, o dogma conserva a ideia de solidez. Enquanto instrumento, ele detém valor heurístico, principalmente para que a ciência jurídica apresente-se como sistema coerente de conceitos com critérios de valor, às vezes até mesmo estéticos, como reconheceu Radbruch.[2] Os conflitos sociais que envolvem lesões a bens jurídicos importantes são muito específicos e de alta complexidade. Tais conflitos têm características e intensidade variáveis e seguem os desejos preponderantes na cultura. Portanto, as respectivas orientações dogmáticas ainda dependem da hermenêutica (que pode revelar-se *dogmatismo* ou fidelidade absoluta ao dogma) ou de melhores compreensões à luz da Política Criminal. Assim, o dogma jurídico-penal relaciona-se com a política, e sua aplicação está à mercê de diferentes perspectivas de análise ou, diria até, diferentes filosofias.

---

1. Assim observa José Cerezo Mir: "Se as estruturas lógico-objetivas assinaladas por Welzel são perceptíveis e apresentam-se como essenciais a partir da concepção do ser humano como pessoa, como ser responsável, os conceitos correspondentes não serão, em rigor, puramente ontológicos, mas terão um correspondente normativo. Na realidade, já se está diante da busca de um equilíbrio entre elementos ontológicos e normativos. Isso se vê, claramente, no conceito finalista de ação e de omissão" (Ontologismo e normativismo na teoria finalista. Trad. Luiz Regis Prado. *Revista Ciências Penais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 0, jan. 2004, p. 21-22).
2. G. Radbruch refere-se a "solución 'elegante' de los problemas jurídicos, encontrando en su beleza un critério para contrastar su verdad", algo característico do Direito Alemão em comparação ao Inglês, este mais casuístico e despreocupado com a simetria (*Introducción a la filosofia del derecho*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Econômica, 1998. p. 139-140).

Esse entendimento sobre a dogmática gera insegurança? De certo modo, sim. Notadamente no que diz respeito ao dolo eventual,[3] cujas aporias têm constantemente exigido da doutrina o desenvolvimento de critérios que sejam verdadeiramente pragmáticos ao seu emprego, a polêmica tem ultrapassado perigosamente certo limite, seja no campo da construção dogmática, seja na ação dos tribunais. Sintoma disso, por exemplo, é a corriqueira incerteza em saber se o episódio de homicídio no trânsito, causado por motorista embriagado que desrespeitou sinal fechado, deve ser interpretado como resultado de dolo eventual ou de consciente imprudência. Apesar de as "dogmáticas" guardarem alguma uniformidade, na prática, têm vencido teses alicerçadas em conveniências consideradas de política criminal, provocando, entretanto, decisões que, por vezes, tangenciam a racionalidade. Supõe-se que remédio para esta, pode-se dizer, constante crise do conceito de dolo eventual seria as respectivas conclusões dependerem de uma lógica filosófica, embora nem sempre satisfatória quanto à prova do dolo. Como disse Will Durant, "A ciência nos dá o conhecimento, mas só a filosofia pode nos dar a sabedoria".[4] Se não há garantia de que mesmo a ciência do Direito, a dogmática, apresente o caminho induvidoso para a solução de um problema como o referido, quiçá esperar que a jurisprudência, sujeita à passionalidade que anima o debate em casos concretos, encontre a direção justa. Se a doutrina ou os "dogmas" são imprecisos, como reconhecer a validade da ciência jurídica e de sua prática? Sendo assim, confia-se que a sabedoria poderá ser alcançada, caso acessada uma filosofia ou síntese hermenêutica que melhor informe o dogma, ainda que, a partir disso, não seja construído um critério que garanta conceito unitário de dolo, sobretudo comprometido com a sua prova. De todo modo, sabe-se que nesta seara jamais haverá rigor científico. Ao menos se busca fazer atitude fundamental para que versões sensacionalistas ou passionais não aumentem a insegurança em torno de um caso.[5]

3. Sobre a evolução da doutrina penal em direção ao conceito de dolo eventual, é referência a obra de VALLÈS, Ramon Ragués i. *El dolo y su prueba en el processo penal*. Barcelona: Bosch, 1999. Para uma síntese da tese de Vallès, Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, n. 69, 2007, p. 129 e ss.

4. DURANT, Will. *A história da filosofia*. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 27.

5. Sintoma exemplificativo da problemática que permeia o conceito de dolo eventual encontra-se na seguinte opinião de Israel Domingos Jorio: "A leviana 'popularização' do dolo eventual é fruto de um misto de malícia, ignorância e hipocrisia. Malícia da mídia, ignorância do destinatário e hipocrisia de todos os que se arvoram paladinos da segurança. E o discurso é apelativo. Difícil combatê-lo com técnica e teoria" (O fetiche do dolo eventual. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, n. 230, jan. 2012, p. 11).

Em síntese, desde Feuerbach (1804), a ciência jurídica informa o conceito de dolo e classifica-o em direto e eventual, mas a dogmática, desde então, não esgotou o significado dessa categoria, de modo que não há segurança sobre o fundamento político que deve prevalecer no momento de sua aplicação.[6] O finalismo indica uma direção, o neokantismo outra, o funcionalismo tem suas particularidades e justificativas. Certo posicionamento à luz da Psicologia dinâmica ainda é possível constatar.[7] A problemática da prova do dolo também tem animado a doutrina a inclinar-se para a aceitação de um dolo apenas como representação e, assim, revisita a própria ideia de dolo na história da moderna dogmática.[8] Poder-se-ia objetar

6. É frequente a publicação de versões sobre dolo eventual, com destaque para as seguintes: NASCIMENTO, Antônio Benedito do. Delitos de trânsito: culpa consciente ou dolo eventual? *Revista dos Tribunais*, vol. 715, maio 1995, p. 405; JESUS, Damásio E. de. Ensaio sobre o dolo eventual, a culpa consciente e o preterdolo (o caso da morte do indígena Pataxó – hã-hã-hãe Galdino José dos Santos). *Revista dos Tribunais*, vol. 747, jan. 1998, p. 513; NINNO, Wilson. Racha. Dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 19, jul. 1997, p. 211; WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. *Revista dos Tribunais*, vol. 754, ago. 1998, p. 461; BARBERÁ, Gabriel Pérez. Dolo como reproche objetivo hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 95, mar. 2012, p. 13; CALLEGARI, André Luis. Dolo eventual, culpa consciente e acidentes de trânsito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 13, jan. 1996, p. 191; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 38, abr. 2002, p. 142; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 64, jan. 2007, p. 222; PIERANGELI, José Henrique. Morte no trânsito: culpa consciente ou dolo eventual? *Revista IOB de Direito e Processo Penal*, jun.-jul. 2007, p. 48; COUSIÑO, Luis. El dolo eventual en la dogmática chilena. *Revista de Ciências Penales*, Santiago de Chile, 1968, p. 115; CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual. *Doctrina y Jurisprudência Penal*, n. 7, 2011, p. 3, Universidade de Los Andes; BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El dolo eventual*. Buenos Aires: Hamurabi, 2001; ESPINAR, José Miguel Zugaldia. La demarcatión entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, Madrid, maio-ago. 1986, p. 395; DE FRANCESCO, Giovannangelo. Dolo eventuale e colpa cosciente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 1988, p. 113; PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 58, jan. 2006, p. 114.

7. A respeito, como será aprofundado adiante, destaca-se Elio Morselli (*Il ruolo dell' attenggiamento interiore nella strutura del reato*. Padova: Cedam, 1989).

8. É o caminho trilhado, por exemplo, por Gabriel Pérez Barberá (*El dolo eventual, hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires, 2011) e Luís Greco (*Dolo sem vontade*, xa.yimg.com/kq/groups/21954548/.../DOLO+SEM+VONTADE.pdf 0). Valles considera que nas tradicionais hipóteses de dolo eventual, desde a concepção de Engisch de 1930, que situou elementos subjetivos como a "indiferença" ou o "conformar-se" à ideia de dolo eventual, são admitidos pseudoelementos volitivos que inviabilizam a adequada prova do dolo. E, para uma aceitável teoria do dolo, seria indispensável abrigar um procedimento para prová-lo. De modo semelhante, Greco destaca que o elemento central

que tais concepções não acessam a essência do fenômeno. Configuram sistemas científicos indispensáveis e pragmáticos, cada um a seu modo, que não viabilizam conhecer a possibilidade total e final de dolo, e efeito disso são as dúvidas que ainda cercam a noção de "dolo eventual". Talvez o ontologismo defendido por Hans Welzel (1904-1977) tenha sido a síntese mais próxima da verdade, conquanto, para muitos doutrinadores, não completamente satisfatória.[9] O compromisso garantista e a referência filosófica assumidos por Welzel desde o início de suas formulações – a preocupação com a coisa em si –reivindicam atitude fenomenológica mais incipiente. Pode-se dizer que o debate não foi encerrado com o finalismo, seja porque aceito ou rechaçado.

O objetivo deste ensaio é revisar a mentalidade programada a partir do finalismo, que caracteriza a estrada dita *subjetivo-descritiva* acerca do dolo, que não abdica entendê-lo como *vontade* e compará-la com seu oposto, o funcionalismo, concepção que alinha a vertente *objetivo-normativa* sobre o mesmo tema, cuja preferência é ver o dolo exclusivamente como *conhecimento*. De todo modo, este texto também contém uma tese. Ela defende a possibilidade de aplicação do conceito de dolo como *vontade*, mesmo ciente das dificuldades práticas desta opção e do fato de dela divergirem pensamentos recentes de notável valor.[10]

2. O CAMINHO DA FENOMENOLOGIA

Para o desenvolvimento do debate sobre o dolo, opta-se por traçar uma rápida comparação entre concepções paradigmáticas na ciência penal das últimas décadas, a fim de se extrair uma síntese que possa justificar a ideia de dolo, ainda, como representação e vontade. Os dois paradigmas são o ontologismo e o normativismo. A fenomenologia, enquanto método, seria o fundamento filosófico que viabilizaria a defesa da primeira perspectiva.

---

no dolo não pode ser a vontade do resultado, algo inacessível ao analista, mas sim o "domínio" da situação perigosa. Quando o sujeito é o gerente de seu comportamento e das possíveis consequências dele, agiria com dolo e, nesse caso, seria irrelevante se aceitou ou não a ocorrência do dano ao bem jurídico. Portanto, tais autores prestigiam o caráter operativo do dolo normativo composto apenas pelo conhecimento. Informa Vallès que as *teorias do consentimento* nasceram na Alemanha no século XIX com Roberto Von Hippel e Reinhard Frank (Consideraciones sobre la prueba del dolo... cit., p. 132).

9. Para uma síntese dessa crítica, há o trabalho de Wilson Franck Junior e de Juliana Frank (Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 98, set.-out. 2012). Ainda sobre o ontologismo a partir do Finalismo, MIR, José Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista... cit., p. 9.

10. Além da tese de Ragués i Valles (*El dolo y su prueba en el proceso penal*... cit.) e de Greco, já citadas, encontra-se a de Gabriel Pérez Barberá (*El dolo eventual*, Buenos Aires, 2011).

Na literatura jurídico-penal o realismo é atitude para o conhecimento. E, como preveem Zaffaroni e Pierangeli,[11] a teoria realista do conhecimento "parte da base de que o objeto – enquanto 'matéria do mundo' – existe fora de nós e antes de nosso conhecimento". Assim, os valores concebidos pelos juristas seguem projetos políticos, todavia, hão de, razoavelmente, respeitar a realidade do que se valora. O direito não deve pretender, continuam Zaffaroni e Pierangeli,[12] "qualquer outra coisa além de uma ordem reguladora da conduta", tem de respeitar o "ser da conduta", sua "estrutura ôntica". Nesta ocasião, Zaffaroni conclui, atendendo a Welzel: o jurista não poderia criar um conceito de conduta ou, acrescenta-se, de dolo eventual, com menoscabo de sua existência *ôntico-ontológica*. Valorar situações faz parte do cotidiano do cientista do direito, porém, mesmo quando para tanto são trabalhados objetos conceituais (ontológicos), convém submeter-se à realidade destes. A atitude não deve ser de todo idealista, sublinham Zaffaroni e Pierangeli.

Partindo desta premissa, de que o ontológico não cria o ôntico, a tentativa será de aproximar o realismo jurídico-penal da Fenomenologia defendida por Edmund Husserl (1859-1938). Consigna-se que o dolo é alguma coisa, mas a sua realidade vincula o ato de valorá-lo, segundo ele é representado pela consciência. No produto dessa relação direta entre a coisa e a consciência dela (visto que, para a Fenomenologia, a consciência sempre será a consciência de alguma coisa, portanto *intencionalidade*), encontra-se o fenômeno segundo a Fenomenologia. Não significa dizer que a consciência cria idealmente o *dolo*, mas, sim, que ela depara-se com ele, que sua realidade é apreendida "idealmente". Para ter-se uma certeza do que o dolo é, deve-se compreender como sucede esse fenômeno de apreensão. Esse é o caminho, pretensiosamente lógico, que, aqui, pretende-se trilhar, porque se imagina ser o mais promissor para purificar, ao menos um pouco, a noção sobre dolo eventual e as várias impropriedades acometidas na prática jurídica, impropriedades que, por vezes, distorcem a realidade ou o significado do fenômeno e abrem portas para o oportunismo sensacionalista, de graves consequências.

Depois de ser sensibilizado pelas aulas de Franz Brentano (1838-1917), Husserl dedicou a vida ao estudo de um método que viabilizasse o conhecimento da essência dos objetos, sejam eles físicos ou teóricos. O debate inaugurado por ele na Filosofia coincide com a crise do conhecimento causada pelo psicologismo e, de resto, pelo cientificismo ao transcender do século XIX, crise não totalmente eliminada ainda hoje. Em sua última e mais polêmica obra, *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental* (1938), Husserl definitivamente convenceu-se da precariedade das ciências, sobretudo as da natureza, pois, apesar de toda

11. ZAFFARONI, R. Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 399.

12. Idem, p. 410.

a comodidade e aparente segurança que elas proporcionam, apresentam apenas sínteses do que analisam, portanto, visões parciais dos objetos que investigam. A ciência é método de investigação dos fatos, e não das essências; é modo de ver a realidade que viabiliza conclusões hipotéticas, motivo por que está em constante aperfeiçoamento; aos poucos, o cientista apreende pedaços cada vez maiores da complexidade inerente ao objeto de estudo, amiúde com a declaração de nulidade da perspectiva anterior e, o que é um problema, o cientista defende a crença de que a totalidade e a verdade do objeto encontram-se somente em suas parciais e datadas conclusões. Nesse sentido, a ciência termina por estabelecer certezas temporárias; válidas, até quando ela própria assumir que sua descrição era equivocada ou limitada. Segundo a crítica de Husserl, a ciência ignora o modo como os objetos aparecem à consciência ou são apreendidos, porque despreza a lógica, ignora o verdadeiro fenômeno ou circunstância que poderia permitir acessar a essência do objeto investigado. Para evitar esses equívocos, Husserl disse ser necessário refletir sobre o próprio ato de conhecer, refletir sobre a consciência e sua intencionalidade. "Enquanto fluxo temporal de vivências", a consciência consiste "na capacidade de outorgar significado às coisas exteriores"[13] (físicas ou teóricas). Eis por que a Fenomenologia é tida como a filosofia das essências: busca estabelecer unidade entre o ato de conhecer (*noesis*) e o objeto que é conhecido (*nomea*). A consciência, enquanto manifestação de si mesma e das significações objetivas, prevê Chauí, é "filosofia como uma ciência rigorosa".[14] Embora sujeita a muitas críticas, em algumas situações a Fenomenologia pode vir a ser importante para diminuir-se as incertezas que as reduções científicas não deram conta de eliminar. No campo do Direito Criminal e no que concerne ao conceito de dolo, imagina-se que seguir a proposta da Fenomenologia, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, não favorece a perspectiva normativista.

Como disse Thomas Ranson Giles,[15] quando afirma ou julga, o fenomenólogo perquire o significado do que já existe no investigador. Seu trabalho consiste na descrição, não produto da experiência analítica do método científico (indução), e sim a mais completa e induvidosa possível do que aparece à consciência, diga-se, à primeira vista, o *fenômeno*. Só assim, observa João Ribeiro Júnior,[16] "poderemos alcançar, com evidência e certeza, a própria essência das coisas, sua estrutura lógica necessária". Trata-se da "experiência das essências". A ambição original da Fenomenologia consiste em ultrapassar as angústias do cientista empírico; mas, se o Direito também é síntese dogmática de objetos culturais, portanto sujeitos à com-

13. CHAUÍ, Marilena. *Husserl*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 6.

14. Idem, p. 8.

15. *História do existencialismo e da fenomenologia*, p. 58 e ss.

16. RIBEIRO JÚNIOR, João. *Introdução à fenomenologia*. Campinas: Edicamp, 2003. p. 3.

preensão histórica, é pertinente aproximar os postulados de Husserl das problemáticas jurídicas. Com efeito, a Fenomenologia é importante para a política e para a crítica, porque defende viés alternativo. Ela subverte a mentalidade tradicional do psicologismo ou da ciência. No campo do Direito Penal, tal postura poderá traduzir crítica sobre as tentativas da dogmática em pretender explicar o dolo eventual por meio de argumentos explicativos ou normativos, como se o dolo fosse apenas produto da construção de uma estrutura abstrata, somente conceitual, sujeita ao valor, visceralmente fundada na teleologia funcionalista que, sem embargos, tem méritos, mas que, neste assunto, pode dar espaço para equívocos políticos. Não se nega o caráter categorial do dolo, sua implicação para o processo de tipificação de crimes, punibilidade, etc.; contudo, a partir do momento em que a dogmática traça variações do modelo conceitual básico, cuja primeira compreensão capta a ideia de *vontade* e sugere a figura do dolo eventual, inaugura o risco de estabelecer renovação não apenas da natureza do objeto em si, algo que o ontologismo combate, mas da própria consciência (*intencionalidade*) ou compreensão da essência do dolo. Dirá a Fenomenologia que, a um olhar sobre o que há de ser o dolo, depara-se com características *regionais* que lhe são essenciais. A atitude de conceituar o dolo é ato de consciência que lhe confere um significado ou estrutura peculiar, segundo a intencionalidade correspondente, em cujo centro encontra-se a *vontade*.

Marilena Chauí[17] lembra que, como um cubo pode ser visto pela percepção (*noesis*), esse mesmo cubo pode ser visto por um ato de imaginação, indicando uma essência diferente da anterior. São vários os modos de um ente ser visado pela consciência e que redundem significados distintos. No caso do ente jurídico *dolo*, a consciência apreende o que o mesmo *é*, não só o que *há de ser*, com atenção à intencionalidade voltada a ele, e o apreende como essência. Essa perspectiva ontológica regional do conhecimento sobre o dolo é o objetivo deste ensaio, ou seja, será arguido que o dolo não é apenas objeto cultural funcional, operacional, para fins de proteção a bens jurídicos, mas, ainda, conceito garantista, de modo que exija mínima fidelidade ao que realmente *é*. A perspectiva fenomenológica informa que a consciência sobre ele, condizente com sua essência, não pode ser desprezada. Querer encontrar no dolo, embora com objetivos pragmáticos, o que ele *não é*, significa trair a própria consciência ou intencionalidade. Entende-se que a descrição do dolo como querer algo envolve intencionalidade que também é apreendida por outra intencionalidade, a do analista ou julgador, que, por sua vez, tem a sua respectiva fenomenologia. São dinâmicas (da coisa e do analista) que não podem ser perturbadas, a ponto de desvirtuar a essência do dolo e de seu julgamento. O método de Husserl propõe abstrair toda sorte de suposição ou propósito acerca dos objetos analisados, a fim de apreender a essência ou a estrutura lógica que informa

17. CHAUÍ, Marilena. *Husserl*... cit., p. 9.

o objeto e pontua que a intuição é irrenunciável por ocasião de sua prática. É isso o que exatamente faz a Fenomenologia filosófica bastante vulnerável em campo jurídico-penal, pois a doutrina predominante ainda conserva alguns predicados do neokantismo, porque julga que a justiça depende do que é pragmático e passível de prova. Tal postura pode perfeitamente ser revista.

3. FINALISMO E FUNCIONALISMO, DUAS PERSPECTIVAS DO MESMO OBJETO

Quando pretende justificar a natureza e os limites do dolo eventual, o principal desafio do cientista do Direito Penal consiste em diferenciá-lo com precisão e convencimento da culpa consciente. No Brasil, o problema da diferença entre as hipóteses é maior, porque a fórmula legal é questionável e contribui para que surjam opiniões no sentido de que seria razoável reconhecer duas espécies de dolo: uma, em que há intenção de causar ofensa a bem jurídico, (art. 18, I, primeira parte, que seguiria a concepção *subjetivo-descritiva*), e outra, em que há intenção apenas de assumir o risco de causar a ofensa (art. 18, I, segunda parte, que seguiria a concepção *objetivo-normativa*).[18] Quanto à culpa consciente ou com previsão da ofensa (art. 18, II), sintetizam tais opiniões, a disposição de ânimo ou intenção não iria além da previsibilidade do resultado ofensivo. Esse arranjo legal, pode-se dizer, pouco seguro acerca do tema, tenta concentrar a discussão no que haveria de ser o verdadeiro significado da expressão *assumir o risco*, presente no Código Penal Brasileiro de 1984. A rigor, a fórmula legal para a previsão do chamado *dolo indireto* ou *eventual* é pobre, porque, também nas hipóteses de dolo direto ou mesmo de culpa com previsão, há assunção do risco de causar a ofensa, motivo por que seria ainda válido cogitar ser correta a exegese que não vê diferença entre *querer o resultado* e *assumir o risco* de provocá-lo. Este e outros aspectos inerentes às dúvidas que cercam os dois conceitos são ainda reflexo da crise do positivismo científico e jurídico dos séculos XIX e XX, crise do próprio conceito de dolo como *vontade*, que talvez sequer o aperfeiçoamento da norma jurídica daria conta de resolver. Enfim, no Direito Penal brasileiro, impera a dúvida se o jurista está diante de uma disciplina subjetiva ou normativa do dolo, ou, ainda, se as duas estão presentes.

No âmbito *acadêmico* do Direito Penal, essa crise também envolve alguns extremos. Há opiniões que sobrepõem propósitos político-criminais ao culto do garantismo – este repudia toda sorte de prejuízo ao rigor técnico que os conceitos dogmáticos pressupõem –, bem como tentativas de ordem psicológica que preferem convocar o jurista a investigar o que teria estado na mente do sujeito autor do fato, a fim de saber se ele, no dolo indireto, encampou o resultado lesivo. Ou seja, a

18. Assim é a fórmula presente no art. 18, I, do Código Penal Brasileiro de 1984: "Diz-se o crime, (...) I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

doutrina reúne teorias que privilegiam o momento intelectivo do dolo ou o aspecto volitivo deste.[19] Diante da dificuldade de esclarecer o que o sujeito quis ao assumir um determinado grau de risco de produzir lesão a bem jurídico, o jurista enveredа-se por caminhos alternativos e opta por fundamentos empíricos, axiológicos ou políticos, quase sempre não completamente satisfatórios do ponto de vista filosófico. E tal dificuldade de apreender a essência do dolo e da culpa faz com que o analista, às vezes, distancie-se demais da realidade do verdadeiro objeto analisado, qual seja, o próprio homem. Como dito acima, dolo e culpa são conceitos instrumentais, porém indignos de serem tratados como se fossem algo exterior ao sujeito. Tudo o que se refere ao conceito de dolo está, a princípio, relacionado essencialmente ao ser humano e assim justificado. Há a suspeita de que a perspectiva normativa, embora defendida categoricamente por importantes doutrinadores, dá mais campo para juízos equivocados.

Neste e noutros assuntos, a inexatidão da ciência jurídica é percebida no interessante debate entre o fundamento ontológico, desenvolvido principalmente por Welzel, e o teleológico, patrocinado por Claus Roxin.[20] Ambas as doutrinas guardam profundo compromisso com um Direito Penal fundado em garantias, com a necessidade de a ciência ser mais importante do que a criatividade do legislador, porém é inescapável que a sustentabilidade desse compromisso é tanto viável quanto mais próxima da lógica filosófica. Nesse caso, o ponto de vista desenhado pela teoria finalista tem maiores afinidades com a Fenomenologia, porque admitiu que a solução dos problemas normativos ou político-criminais que animam a

19. Para uma visão geral das teorias em torno desse debate, veja DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Ed. RT/Coimbra Ed., 2007. t. I, p. 368 e ss. O mestre de Coimbra reconhece que "Para distinguir o dolo eventual e a negligência consciente a doutrina apresenta uma multiplicidade infindável de critérios que pode tornar-se enganosa e que encobre, em grande parte dos casos, variações pouco mais que puramente semânticas, às quais não correspondem diferenças materiais e de resultados práticos assinaláveis" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 368-369). E, por fim, conclui: "Todas as contas feitas, uma conclusão se torna infelizmente segura: a de que a distinção entre dolo eventual e negligência consciente, como quer que seja levada a cabo, é tanto do ponto de vista teórico, como ainda mais da aplicação prática, tão *frágil e insegura* que mal é capaz de justificar – quer ponto de vista político-criminal estrito, quer em perspectiva dogmática, quer, globalmente e muito especialmente, à luz de princípio da culpa – diferenças significativas (e por vezes abissais) das molduras penais aplicáveis a um e outro caso". Por isso, F. Dias sugere o desenvolvimento de terceira categoria dogmática, a *temeridade*, situada entre a culpa e o dolo (mas que nada mais é do que uma imprudência mais grave) para incluir os tradicionais casos de dolo eventual e de culpa consciente (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 376, destaques originais).

20. O enfrentamento das duas posições pode ser encontrado no texto de DE FRANCESCO, Giovannangelo. Dolo eventuale e colpa consciente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 113.

evolução da ciência do Direito Penal pressupõe consideração sobre a natureza do homem como *ser no mundo*, como ser em situação (*Dasein*), diria M. Heidegger (1889-1976). E essa natureza há de ser compreendida a partir da consciência gradual, organizada e progressiva dela.

Cumpre ver ambas as perspectivas. Embora Welzel tenha admitido que seu modo de ver inspirou-se em estudos de psicologia, a exemplo do neokantista Richard Hönigswald (1875-1947), seu método não foi psicológico, e sim fenomenológico, ao estilo da segunda fase de Nicolai Hartmann (1882-1950). É certo que Hartmann deixou de ser absolutamente fiel ao método de Husserl, o que não impede de relacioná-lo a um finalismo que privilegia o *puro olhar* para capturar a essência dos objetos jurídicos analisados.[21] O argumento filosófico central, extraído por Welzel dos neokantistas que já ensaiavam raciocínios de fenomenologia, condiz com o princípio de que "las condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiência", de onde se deduz que "las categorías del *conocimiento* son también categorías del *ser*, es dicir, que no son sólo categorías gnoseológicas, sino (de modo primário) categorías *ontológicas*".[22] Em outros termos, tal modo de conceber fenomenologicamente certo objeto ressalta a participação do sujeito como consciência que se depara ou descobre a natureza ou essência dos objetos com os quais se relaciona. Como exercício cognoscente, o sujeito reconhece os objetos, é capaz de extrair sua verdade última intuitivamente. A partir do que apreende a consciência, em face de si mesma (*imanência*), o método fenomenológico propõe colocar entre parênteses a *transcendência* dos objetos (o que está fora do sujeito cognoscente). Nisso consiste a chamada redução fenomenológica (*epoché*), cuja proposta é a exclusão de tudo o que é transcendente, fático ou apropriado à investigação das ciências empíricas.

---

21. Assim explica Welzel, na 4.ª edição da *Introdução à doutrina da ação finalista* (*El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964. p. 12). O apego de Welzel às estruturas ontológicas do ser teria surgido num segundo momento de seus estudos, após haver referenciado a importância da adequação social da conduta, a partir de juízos de valores. Sintoma claro da mudança teria acontecido quando Welzel realocou o conceito de adequação social, ao final de sua vida, já quase sem importância, como causa de justificação e não mais como exclusão do tipo (cf. ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço de seus méritos e deficiências. Trad. Marina Pinhão Coelho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 65, mar.-abr. 2007, p. 12).

22. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*... cit., p. 13. Sobre a influência de N. Hartmann e sua fenomenologia no pensamento de Welzel, há o texto de LOPES, Othon de Azevedo. Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 44, jul.-set. 2003, p. 128 e ss. Ainda sobre a relação entre a teoria da ação finalista e a fenomenologia, escreveu OLIVEIRA, Paulo de Tarso. Uma abordagem fenomenológica do direito: a teoria finalista da ação. *Revista de Estudos Jurídicos*, Franca: UNESP, n. 10, 2001, p. 175 e ss.

Epoché, na concepção de Husserl, é o procedimento pelo qual se extrai o que um objeto *é*, segundo a operatividade intencional da consciência.[23]

Encaminhamento desse jaez conduziu Welzel ao focar a conduta humana e, diante dela, deparar-se com o sentido. Concluiu, resultado de verdadeira e própria redução fenomenológica, que a conduta (ativa ou omissiva), fundamentalmente, não é expressão de causalidades, mas de finalidades. Quanto a isso, há a lição de Heidegger, no sentido de que as ações humanas não são empurradas por fatores determinantes ou causais, e sim respostas a fatores *solicitantes*, algo que está à frente e ao derredor do sujeito (o mundo), como uma tarefa que requer empenho, algo de que se está encarregado. Por isso, em relação ao caráter ontológico do discurso sobre a liberdade humana e os fins que a solicitam, adequado é relacioná-la ao *querer*, ao *desejar*, ao *tender* e *ansiar*, que são modos (intencionalidades) de exercer o ser-no-mundo (*Dasein*).[24] O fim, o propósito do agir do homem é-lhe logicamente estrutural, o que o distingue como humano. Se o homem é um ser absolutamente peculiar, é porque se projeta, evidentemente tem interesses, finalidades. Essas lógicas, além de informarem o caráter existencial do ser humano, fundamentam sua inclinação à responsabilidade. A tese da fenomenologia é de que a essência do conteúdo da vontade (estrutura-lógica, segundo a argumentação de Welzel) pode ser aferida pela consciência do que lhe aparece diretamente, sem contestação, ou seja, a finalidade. Foi dito que, à luz da Fenomenologia, todo querer é querer alguma coisa. Como se referem Zaffaroni e Pierangeli: "A vontade implica sempre uma finalidade, porque não se concebe que haja vontade de nada ou vontade para nada; uma vontade sem conteúdo não é vontade, porque isto é inimaginável".[25] Como a Fenomenologia ocupa-se com a relação havida entre a consciência dos objetos (o aparecer) e o objeto mesmo (o que aparece),[26] entende-se que o finalismo tem matiz fenomenológico, porque defende a necessidade de o penalista não desprezar a essência da conduta, enquanto finalidade compreendida.

Segundo essas considerações, a finalidade, enquanto dolo, é o direcionamento a um resultado, que pode vir a ser proibido pela ordem jurídica. Por conta disso, parte relevante da doutrina rapidamente viu o finalismo como capaz de explicar apenas as atitudes ilícitas dolosas, já que nas culposas, em que não haveria relação entre fim e resultado proibido, atitude diretiva não haveria. O contrassenso dessa

23. Daí por que as concepções da fenomenologia partirem da *cogito* cartesiana (HUSSERL, Edmund. *L'idea della fenomenologia*. Trad. Elio Franzini. Milano: Bruno Mondadori. p. 42 e 45).

24. HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Trad. Gabriella Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 210-211.

25. ZAFFARONI, R. Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*... cit., p. 415-416.

26. HUSSERL, Edmund. *L'idea della fenomenologia*... cit., p. 50.

crítica é evidente. Mesmo a resposta singela de Welzel, compatível com a Fenomenologia, parece suficiente para neutralizar a divergência. Ele situou o dolo como algo naturalmente posto ou apreensível, que independe, a princípio, de seu caráter ilícito. Explicou:

"La doctrina de la acción no se ocupa en *primer término* de las acciones relevantes para el Derecho penal, sino que desarrola el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de los médios y la consideración de los efectos de los médios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin. En este sentido es completamente indiferente el fin de que se trate o que este sea o no relevante para el Derecho".[27]

Nesse contexto, as atitudes negligentes ainda se mostram como finais, seja porque nelas o sujeito mira um fim (este não proibido), seja porque pressupõem a eleição de meios ilícitos (imprudentes, negligentes ou imperitos). Como disse Welzel, "Esto significa que si bien todo dolo del tipo es una voluntad finalista, no toda finalidad es un dolo de tipo".[28] Portanto, alguns detalhes não passam incólumes nessa tentativa de Welzel de ajustar a figura da finalidade também aos delitos culposos: a conduta humana é finalista, dolo é uma qualidade atribuída pelo legislador para as hipóteses em que o fim está voltado a um determinado resultado socialmente repudiado. Quando o fim não for esse resultado, porém o de agir com negligência, haverá culpa, desde que um resultado proibido também aconteça. A bem dizer, em qualquer hipótese, a proibição refere-se à conduta; dolosa ou culposa é determinada maneira de o sujeito buscar um resultado, que pode ser também reprovável ou não. As características da conduta fundamentam o significado de ela ser dolosa ou culposa. Destarte, na culpa, com previsão ou não, congruência não há entre a finalidade e o resultado ofensivo, mas sim entre aquela e os meios escolhidos para atingir outro resultado. Porque nessa hipótese a ilicitude está nos meios visados pelo sujeito, o resultado pode (e deve) perfeitamente funcionar como uma condição objetiva para a punibilidade.[29]

---

27. WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista, hoy*. Estudios de filosofia del derecho y derecho penal. Sem tradutor. Buenos Aires/Montevidéu: IBDF, 2006. p. 20-21.

28. WELZEL, Hans. *Estudios de filosofia del derecho y derecho penal*... cit., p. 21.

29. Neste sentido, Luiz Alberto Machado: "O resultado natural, dano ou perigo de dano, obrigatoriamente existente para a punição da conduta culposa, é condição objetiva de punibilidade" (*Direito criminal* – Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 105). Welzel não seguia esse ponto de vista, inicialmente desenvolvido pela doutrina italiana, notadamente com Manzini, mas também compreendeu o resultado com uma função relacionada à punibilidade: "(...) a negligência (caráter não apropriado) da ação deve estar materializada no resultado. Essa relação interna justifica a incorporação do resultado na definição do fato típico. Desempenha êle aí, entretanto, o papel de um elemento não constitutivo, e sim unicamente limitativo"

Portanto, não há dúvida de que, para o finalismo, o aspecto de maior significado é a intencionalidade que determina a conduta e sua relação com o resultado. Na hipótese de culpa imprópria,[30] em que o sujeito visa um resultado danoso, mas sua motivação resulta de erro vencível, segundo a perspectiva finalista, há conduta dolosa, porém a reprovação ou a punibilidade, por opção do legislador, pode corresponder à dos crimes culposos. Nesse caso, haveria traição ao caráter ontológico ou natural da conduta? Não necessariamente. Como aventado no início, em direito não deve haver puro ontologismo ou puro e exclusivo normativismo. Ambas as perspectivas são pertinentes. Cabe ao jurista aplicar a visão mais oportuna, no caso, aquela que mais se coaduna com o garantismo. Na culpa imprópria haveria apego ao ontologismo, caso o legislador optasse por punir a conduta com as penas do crime doloso, apenas porque a intenção foi a de causar o resultado de dano. Entende-se que, para satisfazer a política garantista, na culpa imprópria a punibilidade mais justa condiz com a sanção correspondente ao crime culposo. No máximo, poder-se-ia dizer que, nessa hipótese de dolo não punível como tal, mas sim como culpa, prevaleceria a normatividade, porque há desvio da ontologia da conduta, em prol de *menor* punibilidade motivada pelo momento interno que animou a conduta concreta. É fundamental fazer a seguinte indagação de ordem fenomenológica: qual a finalidade do sujeito, qual foi sua intencionalidade ou convocação para agir, qual foi seu empenho? Na culpa imprópria o sujeito visa o resultado danoso, porque fez juízo errado dos fatos, o que faz mais compreensível sua adesão à convocação para agir. Essa intencionalidade viciada há de afetar o juízo de valor a ser feito, porque expressão de certo *estado de ânimo*, não ou menos reprovável, aspecto que será mais bem analisado adiante. De todo modo, a questão ainda presente concerne à possibilidade de ser empregado esse mesmo raciocínio para admitir-se a punição por dolo a atitudes em que propriamente não houve uma finalidade voltada ao resultado danoso; seria correto aventar-se hipóteses de *dolo impróprio*?

É coerente defender a possível compatibilidade entre a versão do Finalismo para o dolo e a necessidade, que se mostra indiscutível, para o Direito Penal conservar índole garantista. Isso seria efeito esperado pelo propósito da filosofia de Welzel de

(Culpa e delitos de circulação. Sôbre a dogmática dos crimes culposos. Trad. Nilo Batista. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, n. 3, jul.-set. 1971, p. 29).

30. Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes citam o seguinte exemplo: "o agente, à noite, ao ouvir barulho estranho em sua casa, abruptamente, sem tomar nenhum cuidado, supondo que se trata de perigoso ladrão, sai disparando contra o vulto que vê na varanda e que tinha algo em suas mãos: descobre-se, depois, que era o guarda noturno que portava um guarda-chuva e que procurava se proteger da chuva naquele momento". Nesse caso, reconhecem os autores, o crime é estruturalmente doloso, porém punido com a pena do crime culposo. Exatamente porque a sanção corresponde à natureza da finalidade da conduta em relação aos meios escolhidos pelo sujeito (*Direito penal:* parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2, p. 418-419).

estabelecer limites à política e à própria dogmática. Não obstante, o finalismo tem sido objeto de crítica por ocasião da construção das concepções reconhecidas como funcionalistas, com destaque para o trabalho de Claus Roxin, iniciado em meados do século passado, e que, pode-se dizer, iluminou o caminho das argumentações que veem o dolo apenas como conhecimento. Para o que viria a ser conhecida como a concepção *funcional teleológica-racional* da teoria do delito, não é aceitável, diante das necessidades jurídicas ditadas, segundo os fins do direito punitivo, esperar que o legislador ou o intérprete do direito extraia de dados preexistentes critérios para a solução de problemas jurídicos. Desde seus escritos iniciais, Roxin sempre fez questão de afirmar que a essência da ação, a finalidade, segundo o finalismo, deve ser compreendida como produto da linguagem do direito, de modo que a verdade referente a um *caso penal* dependa da preponderância dos propósitos, politicamente organizados como ordem jurídica, que devem ser acessados por ocasião da aplicação da lei. De que serve, indagou Roxin em sua paradigmática palestra proferida em Berlim em 1970, "a solução de um problema jurídico", que, apesar de sua linda clareza e uniformidade, é político-criminalmente errada?[31] Segundo essa opinião, a finalidade, enquanto caráter ontológico da ação humana, da perspectiva jurídica, não passaria de uma crença, pois o que é ou não há de depender exclusivamente das intenções da ordem jurídica, cujo fundamento está acima do sistema dogmático, composto de fórmulas abstratas e tendentes ao reducionismo lógico. Sequer à causalidade seria válido reconhecer qualquer caráter ontológico. Segundo Roxin, como revisor do neokantismo original,[32] essa compreensão é inexorável e o problema a ser evitado é o risco de engessar exatamente o que Welzel temia, ou seja, a criatividade do político-criminal em sua expressão legiferante e hermenêutica, para alcançar o que há de ser a função do Direito Penal. Significaria ver a dogmática como meio para a persecução do que seja o socialmente correto ou justo. Prevê Roxin que talvez a cultura de certo momento histórico, definida por meio de critérios constitucionalmente estabelecidos, seja o melhor limite ao arbítrio legislativo e jurídico.[33] Assim, para o enfretamento das necessidades práticas do Direito, em que há o risco de o dogmaticamente correto ser político-criminalmente errado,[34] um

31. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 7.

32. Segundo Roxin, as iniciativas neokantistas (filosofia dos valores, em especial os da Escola do sudoeste alemão, com Wildelband e Lask) seriam "valiosos pontos de partida para a introdução de orientações político-criminais no trabalho dogmático" (*Política criminal e sistema de direito penal*... cit., p. 26). Ainda na palestra de 1970, Roxin admitiu que muitas de suas indagações decorreram da construção teleológica de conceitos penais, "que nos foi legada pelo neokantismo" (*Política criminal e sistema de direito penal*... cit., p. 96).

33. ROXIN, Claus. Finalismo... cit., p. 14.

34. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema de direito penal*... cit., p. 17.

conceito ontológico de ação é problemático, porque, como fenômeno, sempre haverá de ser *jurídico*; não apenas o legislador, mas, sobretudo, o intérprete é quem escolhe seu significado, atribuindo-lhe relevância e pertinência à luz de valores político-criminais.[35] A vinculação das categorias dogmáticas à política criminal, compondo um sistema teleológico aberto às soluções sociológicas dos problemas, indica o que há de fundamental nas contribuições de Roxin à chamada ciência conjunta do Direito Penal, inicialmente idealizada por Franz von Liszt.[36] Levada às suas últimas consequências, a concepção funcionalista (não necessariamente a de Roxin) viabilizaria a ideia de que a tarefa da lei não mais se esgota em sua função garantística?

Quais seriam as consequências dessa opinião no que concerne à concepção do dolo? Em relação à estrutura do delito, em 1970 Roxin observou não haver necessidade de o dolo ser avaliado somente no espaço reservado ao juízo de tipicidade. Em termos, antecipou o que seria uma teoria complexa para a culpabilidade. Como disse, "o dolo é essencial para o tipo, pois sem ele a descrição legal do delito não poderia ser determinada como exige o Estado de Direito; mas ele também é relevante sob o aspecto da culpabilidade, porque tem a função de distinguir a forma mais grave de culpabilidade da mais leve (a negligência), devendo ser formulado também se levando em conta os aspectos valorativos desta categoria do delito".[37] Em especial acerca das controvérsias a respeito do dolo eventual, olhar superficial poderia concluir que a doutrina de Roxin, que historicamente é a contraface do Finalismo, teria optado por um viés não completamente alternativo ao próprio pensamento de Welzel ao entender o dolo como conduta contrária ao bem jurídico, com destaque para seu conteúdo volitivo.[38] Ocorre que o funcionalismo, ao reencontrar a importância da política criminal no contexto de um novo sistema de Direito Penal, como fez Roxin, defende premissas dogmáticas, cujos fundamentos são diferentes do finalismo. O destaque é dado à imputação objetiva, que assume papel de referência para a compreensão da tipicidade. Segundo essa teoria, a ação é, acima de qualquer dado ôntico, a realização de um risco não permitido. Isso é o que permite estruturar o ilícito à luz da função do Direito Penal, politicamente determinada. Ao considerar a ação típica como realização de um risco não permitido, o programa desencadeado, a partir de Roxin, tem duplo efeito: garantir racionalidade humanista e, aproximando-se de certo utilitarismo controlado, "proteger a socie-

35. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. p. 102-103.

36. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema de direito penal*... cit., p. 13.

37. Idem, p. 87.

38. Conforme anotam: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, n. 7, maio-ago. 2011, p. 109. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/artigo4.pdf].

dade contra riscos sociopoliticamente intoleráveis".[39] Assim sendo, imagina-se o desdobramento de uma preliminar crítica ao funcionalismo, pois seria coerente entender que a concepção funcionalista viabiliza que o dolo venha a ser o que o legislador entenda melhor para fins de real ou simbólica segurança pública; ao final, o político seria livre para determinar qual o sentido jurídico a respeito do que se passa pela consciência do autor de um ato lesivo, tanto para construir dogmática, quanto para julgar um caso concreto. Ao menos no início de suas formulações, as palavras de Roxin foram precisas em relação a esse aspecto, como se infere na seguinte passagem de sua *Contribuição crítica para a teoria finalista da ação*, de 1962, quando estava envolvido com o Projeto Alternativo ocidental alemão, trabalho que influenciaria o pensamento jurídico-penal para sempre: "também não será possível formar um conceito ontológico de dolo que seja independente da vontade do legislador. Pelo contrário, a única coisa que tem sentido é denominar dolo aquele grau de conhecimento da significação que o legislador pressupunha como mínimo para incorrer na pena – ou na pena mais elevada – e este grau pode ser completamente distinto".[40] Se o que importa é a valoração da conduta humana, enquanto que a verdade sobre seu conteúdo principal, o dolo, independe do que seja a sua essência, segundo qualquer fenomenologia, pois ele é resultado de um juízo político sobre o risco, Roxin novamente libertou o Direito Penal de uma ordem, segundo Welzel, natural e, de sobra, recuperou a plenitude de seu caráter instrumental à política criminal, como visto, projetada segundo os fins das penas. Sequer a causalidade teria condições de conservar sua natureza ontológica nesse ambiente, devendo ser complementada pelo conceito de *imputação*, cujo significado também haverá de ser funcional e não ditado exclusivamente por dados empíricos.[41]

A finalidade objetiva, norte da formulação mais contemporânea da prestigiosa teoria da imputação objetiva e que contém a ideia do risco proibido, foi inspirada em Honig e Larenz sobre a necessidade de o jurista afastar-se do ontologismo para tratar o nexo causal e mesmo o dolo. Com essas premissas, o interesse de Roxin foi desenhar outra ontologia – a social –, segundo a qual o dolo é produto do significado social da conduta, e não realidade lógica ou natural. Outrossim, em palestra proferida em Nápoles em 2002, Roxin reafirmou que o conceito de ação finalista

39. Roxin apresenta o seguinte exemplo: "Quando se quer saber se contatos sexuais mantidos por uma pessoa infectada pelo HIV com uma pessoa não informada desta infecção, utilizando ou não preservativo, configuram lesões corporais, isto só pode ser decidido através de uma estimativa exata do risco de infecção com ajuda de critérios sociopoliticamente fundados sobre os limites daquilo que é socialmente tolerável" (Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, n. 35, jul.-set. 2001, p. 16).

40. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*... cit., p. 104.

41. Idem, p. 145-146.

não trouxe qualquer nova limitação ao poder punitivo que já não existisse antes, com a teoria causalista. Além disso, ressaltou que não se encontra em categorias do ser o mais eficiente limite à criatividade do legislador, e sim em dados culturais e sociais, portanto, em axiomas normativos, a exemplo do direito à personalidade e à liberdade.[42] Então, até que ponto será doloso ou imprudente um agir com risco considerado proibido pela ótica da adequação social da conduta ou da função significativa dela? A resposta passa a ser o principal desafio para quem pretende, nos dias de hoje, conciliar o funcionalismo teleológico com o necessário garantismo. Não deve ser perdido de vista que a crítica ao finalismo radica no fato de o sentido da conduta humana e final, como toda situação que tem significado social, não depender de qualquer realidade do ser, mas de juízos de valor.[43] Na hipótese do dolo eventual, segundo essa postulação funcionalista básica, sua relevância jurídica decorreria não apenas do fato de o sujeito haver agido com vontade nesta ou naquela direção, mas do significado mais oportuno para o tratamento jurídico da situação.[44] Foi essa aparente coincidência entre o significado social da conduta humana e o da tipificação, quando produto de pura criatividade política, que Welzel tentou desfazer ao justificar sua filosofia.

Fato é que, se, por um lado, enquanto singular modo de conceber um sistema jurídico-penal, o funcionalismo propicia abertura suficiente para entender o fenômeno de assunção de um risco como o critério de valor fundamental para a distinção entre dolo eventual de outro direto, por outro, Roxin parece haver julgado necessário fazer algumas ressalvas. Na segunda edição alemã de seu Tratado (1994), destacou, como o cerne do conceito, impróprio, diga-se de passagem, de dolo eventual, a vontade do sujeito em relação ao planejamento para a consecução do resultado danoso.[45] Não diferente do que seria apropriado nesta seara ao pensar

---

42. ROXIN, Claus. Finalismo... cit., p. 21 e 24.

43. Idem, p. 12.

44. Na doutrina Italiana, Pagliaro (cf. DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. L'accertamento. Milano: Giuffrè, 2010. p. 91) destaca-se como defensor de concepção normativa ou teleológica do dolo, ao instrumentalizar a ideia de *evento significativo*, embora também argumente que no chamado dolo indireto há de ser identificada a atitude de *desprezo* ao bem jurídico. Vê-se que a postura é normativa, *però non troppo*.

45. Para Roxin, seria incorreta a denominação *dolo eventual*, "Pues el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es 'eventual o condicionado', sino, por el contrario, incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo (o sea 'bajo cualquier eventualidad o condición'). Unicamente la producción del resultado, no el dolo, depende de eventuales o condiciones inciertas. Seria por tanto más correcto hablar de un dolo sobre la base de hechos de cuya inseguridad se es consciente" (*Tratado de Derecho penal*. Parte general. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 426).

finalista, o planejamento, como elemento volitivo fundamental, para Roxin, seria elemento existencial do agir doloso, segundo esse entendimento. Toda conduta contém uma intenção que é projetada para alcançar fins determinados, porém a mesma conduta ainda compreende outros aspectos, além do resultado principal visado. O modo pelo qual o resultado pode ser alcançado, não apenas quando considerado indispensável, mas ainda quando possível e suficiente, a ponto de, segundo juízo abstrato, ser capaz de dissuadir o sujeito a desistir de seu empreendimento, caracterizaria sua atitude como dolo dito eventual.[46] Como diz Roxin, esta "decisión por la posible lesión de bienes jurídicos es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudência consciente y la que justifica su más severa punición".[47] O elemento linguístico reconhecido por Roxin para assim compreender o dolo – a intencionalidade, segundo a metodologia fenomenológica de Husserl – é *confiança na habilidade*, ou mesmo a *não resignação* ou o *não conformismo* do sujeito quanto à possibilidade ou probabilidade de o resultado lesivo suceder. À primeira vista, isso autorizaria entender que Roxin pretende supervalorizar uma atitude interna para definir o dolo, pois admite ser, em tese, impossível, nesta sede, subtrair totalmente o elemento volitivo intencional. Porém, exatamente por se tratar de meros artifícios linguísticos ou indícios pouco práticos e mesmo arbitrários para representar o que, em última análise, seriam elementos psíquicos, o fundamento há de ser, mesmo no dolo eventual, sobretudo de natureza normativa, uma fundamentação compatível com as chamadas teorias da *representação*.[48] E, nesse caso, diz Roxin, a punibilidade do *dolus eventualis* seria determinada por avaliação político-criminal acerca do que significa mais ou menos desrespeito à ordem jurídica.

4. DOLO E DIREITO PENAL DO RISCO

Esse rápido paralelo entre o pensamento finalista e o funcionalista, a partir da base elaborada por Welzel e por Roxin, aqui escolhido para demarcar, respectivamente, as tendências psicológica e normativa a respeito do dolo, é apoio para uma reflexão acerca da tendência da jurisprudência brasileira reconhecer o dolo eventu-

46. De certo modo, tal raciocínio condiz com a conhecida primeira fórmula de Frank sobre o dolo eventual: a representação de um resultado como possível constitui dolo se, e somente se, sua representação como segura não houver sido suficiente para dissuadir o sujeito de atuar (Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual*, p. 181-182).

47. *Tratado de Derecho Penal, Parte Geral*, p. 425. Consequentemente, em relação a casos de acidentes de automóvel em que o motorista assume relevante risco, Roxin os vê como ilicitudes imprudentes e não dolosas, pois "pese a su conciencia del riesgo, confia en poder evitar el resultado mediante sua habilidad al volante, pues de lo contrario desistiria de su actuación, porque el mismo sería la primera victima de su conducta" (ob. cit., p. 426).

48. *Tratado de Derecho Penal.*. cit., p. 429.

al, quando oportuno ou conveniente fazê-lo, como propicia o inc. I, segunda parte, do art. 18 da Parte Geral do CP/1984. E não significa dizer que, nos julgamentos, tem prevalecido o pensamento de Roxin, de modo fundamentado, expresso. Trata-se de atitude, pode-se dizer quase leiga, do ponto de vista científico e filosófico da jurisprudência antecipar juízos de censura penal a juízos de tipicidade, que revela não apenas descuido para com a necessidade de precisão dogmática, mas, ainda, consumação de juízos de censura de bases erradas. A impressão é de que o aplicador do direito penal filia-se à perspectiva normativa do dolo, porém, sem conhecê-la profundamente; ele apreende inconscientemente o postulado de que os fins da pena, coincidentes com a reprovação de certas condutas, são o que há de fundamental para a solução dos casos penais, mas elabora o conceito de dolo, infelizmente, como elemento sistemático-simbólico.[49] Em outras palavras, nesta seara, a necessidade de consolidar fins político-criminais não tem subvertido apenas princípios de segurança jurídica, mas, ainda, o saber vincular a dogmática penal a uma filosofia verdadeira, mesmo que, repetindo Bettiol, negar o caráter filosófico do Direito Penal já seja filosofia, aliás, péssima, costumava repetir o jurista da Universidade de Padova.

Há sérios indícios de que essa tendência é efeito do estágio econômico que se convencionou chamar *globalização*, cuja principal característica, segundo Bauman,[50] seria a translocalidade das incertezas, a sensação de ingovernabilidade e autopropulsividade dos negócios mundiais, fatores que induziriam à busca de novos estratagemas e fundamentações de imposição da ordem. O paradoxo da globalização é muito simples: encontra-se no fato de a inédita sensação de liberdade a ser gozada por alguns criar, ao mesmo tempo, o sentimento de maior insegurança e, consequentemente, de necessidade de novos controles e restrições de liberdade de outros.[51] O complexo problema da insegurança existencial decorrente da nova ordem econômica mundial, energizada como nunca por novas tecnologias, pres-

---

49. Observa Hassemer que o "O Direito penal simbólico é multifacetado. Ele marca um Direito penal que se inspira menos na proteção dos respectivos bens jurídicos do que no atingimento de efeito políticos de longo alcance, como a imediata satisfação de uma 'necessidade de ação'. Trata-se de um fenômeno de crise da Política criminal moderna, orientada para as consequências. Esta tende a transfigurar o Direito penal em um instrumento guarnecedor da Política, aduzindo-lhes bens jurídicos universais e crimes de perigo abstrato. Este Direito penal ajusta-se às concepções de 'insegurança global' numa 'sociedade do risco'" (*Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 230).

50. BAUMAN, Zigmunt. *Dentro la globalizzazione, le conseguenze sulle persone*. Trad. Oliviero Pesce. Roma-Bari, 2008. p. 69.

51. Bauman explica que, na modernidade, prevalecia o sacrifício das liberdades em troca de maiores seguranças e que, na pós-modernidade, há o contrário. O novo "culto" à liberdade pressupõe sacrifício à segurança. Isto exigiria a busca de métodos mais rigorosos e eficazes

suporia a atualização dos fins do Direito Penal e, por conta disso, as medidas de ordem social mostrar-se-iam simples e acessíveis. Com a globalização, supervaloriza-se a ideia de risco ou perigo de dano, a fim de reprovar as condutas típicas do dito momento pós-moderno. Com isso, redescobre-se importância para o cárcere: excluir os impertinentes à ordem econômica mundial, os não consumidores, os novos perigosos. Como pondera Rafaelle De Giorgi, hoje a sociedade está estruturada paradoxalmente. Enquanto reforçam-se instrumentos de segurança e de contenção de riscos na busca da estabilidade, simultaneamente nasce a instabilidade dos julgamentos, a precipitação de juízos, enfim, a insegurança. Na sociedade contemporânea, arremata De Giorgi, haveria mais riqueza, justamente porque haveria mais pobreza; mais paz, porque mais guerra; mais inclusão, porque haveria mais exclusão. A ideia de risco seria um modo de lidar-se com tais paradoxos.[52] No campo da dogmática penal, o emprego do dolo normativo, como sucede com mais frequência no julgamento de crimes de trânsito, seria uma espécie de reação à sensação de necessidade de impor mais segurança, de punir condutas danosas mais severamente, de tentar eliminar as dúvidas acerca da real intenção do agir por meio de fórmulas simples e mais precisas. A sociedade moderna, escreveu De Giorgi, "é caracterizada pela sua grande capacidade de controlar as indeterminações".[53]

Segundo viés criminológico, suposição desta ordem foi desenvolvida por Salomão Shecaira, ao concluir que o alargamento da noção de dolo eventual não passaria de outro modo de o poder punitivo, o *Estado penal*, aperfeiçoar o controle social de riscos, inclusive segundo técnicas atuariais.[54] Com efeito, seguida a compreensão crítica mais recorrente, vive-se a *sociedade de consumidores*, como também se refere Bauman;[55] nela, a felicidade está toda depositada no comprar e no prazer imediato; a principal característica, além da obsolescência intrínseca da maioria dos objetos (e relações) de consumo, é a ampliação da liberdade ou sensação dela, motivo por que a redução de riscos, capitaneada por neurótica intolerância, é fator primordial. Para consumir coisas e relações nos moldes pós-modernos, com o provável risco de danos, frustração e remorso, todos necessitam da máxima segurança. Então,

---

de conquistar segurança (*La società dell'incertezza*. Trad. Roberto Marchisio e Savina Neirotti. Bologna: Mulino, 1999. p. 10-11).

52. DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samanta Dobrowolski. Porto Alegre: SAFe, 1998. p. 192-193.

53. Idem, p. 191.

54. "Novamente o dolo eventual age na história para incrementar o controle social. (...) Pois bem: é esta a farsa do dolo eventual nos crimes de trânsito" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, n. 64, jan.-fev. 2007, p. 238).

55. BAUMAN, Zigmunt. *Vida para o consumo*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 20 e ss.

difundem-se novos valores, que perfazem cultura sobre nova liberdade, sobre o medo, sobre o cálculo do risco, sobre o indispensável controle. As implicações dessa ambiência podem ser institucionais. Assim, as categorias jurídico-penais tradicionais da modernidade, reconhecidas pela durabilidade e essencialidade, pensadas como instrumentos garantistas, pressupõem revisão para serem rapidamente adaptadas às necessidade do momento. Vistas as coisas por esse ângulo, a proposta da Fenomenologia é ultrapassada e inconveniente; afinal, ela defende a essência dos objetos, e não a transitoriedade ou adaptabilidade deles. E entre as possibilidades de revitalizar o conceito de dolo, a fim de evitar-se riscos nas relações de consumo, nos processos de produção, nos relacionamentos virtuais e outros hábitos da sociedade contemporânea, encontra-se o desprezo do que possa ser sua essência. Nada há de ser preconcebido, demarcado, pois prioritário é diminuir os riscos, ainda que superficialmente. As atitudes que significam ameaças devem ser controladas, eis o principal sentimento que, em hipótese, estaria animando os novos juízos, entre outros, sobre o dolo eventual.

A suposição é de que as interações sociais e, de resto, as expectativas delas decorrentes, em tempos de globalização, têm, como consequência, o aumento na sensação de insegurança e isso contribuiria para o desenvolvimento de concepções acerca do dolo eventual, que tentam afastar das tradicionais estruturas dogmáticas e aproximar de programações político-criminais conexas à necessidade de controle social ou mesmo à garantia de função preventiva geral à pena.

Outrossim, a necessidade de traçar o melhor critério para a solução do até então insuperável problema relacionado à prova do dolo é repercussão desse momento histórico. A justificativa de muitas concepções atributivo-normativas acerca do dolo, quando optam por abandonar as dificuldades práticas inerentes às teorias de perfil psicológico-descritivo, liga-se, portanto, à ideia de que um dolo essencialmente normativo facilitaria a proteção de bens jurídicos e garantiria a mais proporcional e justa reprovação de condutas que poderiam ser racionalmente compreendidas como bastante perigosas. E nesse caso, como referido, à imagem do risco acrescenta-se um juízo de qualificação que transforma o dolo em conceito puramente normativo e de melhor comprovação. A partir disso, constrói-se a seguinte compreensão: a criação de riscos intensos ou constatadamente eficientes para a ofensa a um bem jurídico, a despeito de qualquer elemento subjetivo, exigiria reprovações mais severas; portanto, devem ser consideradas como dolosas. Por outro lado, as atitudes que causem menores riscos de resultados danosos, porquanto de menor probabilidade de eles acontecerem, ensejaria menor reprovação, avaliação apoiada no conceito de culpa. É a estrada percorrida por Ingeborg Puppe, por exemplo. Em 2005, considerou que a razão de imputação, a título de dolo, não tem por fundamento a vontade do resultado danoso ou qualquer contexto envolvendo a situação existencial do autor, como, aliás, tem considerado a jurisprudência alemã, mas sim a vontade de um *estado de coisas* (risco) vinculado de modo específico ao

resultado de dano. Para Puppe, o fundamento do dolo decorre da imputação ou valoração do grau de risco de produzir o resultado.[56] Puppe reconhece como *cognitiva* a teoria que sustenta esse raciocínio, segundo ela, único capaz de prevenir o juiz de que convém valorar apenas o fato e não o autor dele, pois isso evita que "interesses políticos de todo estranhos ao dolo determinem o juízo sobre o dolo e a culpa".[57] Fez escola esta interpretação que acolhe critério apenas objetivo para a aferição do dolo. Humberto Souza Santos sintetiza que o elemento justificador da maior reprovação do dolo, direto ou não, é a "consciência da criação de um risco eficiente",[58] independentemente – e aqui residiria um dito *aperfeiçoamento* em relação a Puppe – de a vítima ou um terceiro haver, por meio de algum sistema de segurança ou proteção, reduzido a probabilidade do dano. Enfatiza esse autor que seu critério, compatível com a possibilidade de avaliação objetiva da *tendência* de produção da lesão, autorizaria um juízo mais severo sobre condutas que expõem bens jurídicos ao maior risco de serem ofendidos; isso garantiria "uma relação de proporcionalidade entre a importância da conduta praticada pelo autor e a reprovação à qual ela será submetida".[59] Noutras palavras, o grau de *vulnerabilidade*, mesmo que apenas em tese e avaliado segundo a capacidade de representação dela pelo autor da conduta, justificaria a imputação de dolo ou culpa. É concepção que descarta a volição como elemento do conceito de dolo, restringindo-o ao valor atribuído à sua cognição e caracterizando-o como capacidade de compreensão do potencial de eficiência na causação de certos resultados ou na criação de certos riscos. Assim, dolo seria apenas imputação, pois sequer a inaptidão do meio, na versão de Humberto Souza Santos, afastaria o caráter doloso da conduta. Haveria a possibilidade de ser compreendido um *risco em tese* (abstraindo-se mentalmente os fatores de segurança). Tal postura inegavelmente está preocupada em estabelecer um critério de reprovação, fundado na necessidade de segurança social, sob o manto da proteção de bens jurídicos, *como um dos* objetivos do Direito Penal. Importante seria o enfrentamento político da sensação de insegurança que certos riscos ensejam, mesmo que esses riscos, à luz da ontologia do dolo, não possuam relação com a vontade de causar lesão a bem jurídico. O dolo dependeria do grau de medo ou sensação de insegurança ou indignação que a conduta proporcionou.

56. Sintetizou a autora: "O dolo não é um dado que se encontra previamente dado pela natureza, por exemplo uma vontade no sentido da linguagem cotidiana (...). A proposição 'dolo é vontade' é correta, não no sentido descritivo-psicológico, mas sim em sentido normativo-atributivo" (PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 58, jan.-fev. 2006, p. 130).

57. Idem, p. 132.

58. SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 97, jul.-ago. 2012, p. 114.

59. Idem.

Ramon Ragués i Vallès, também influenciado pela *escola de Munique*, é outro exemplo importante dessa linha de pensamento. Prioriza o conhecimento dos riscos pelo agente, como o cerne de um conceito normativo de dolo. A opção defende a identificação de juízo de valor – praticado de acordo com critérios racionais e válidos para qualquer caso semelhante – acerca dos riscos criados como o melhor procedimento intelectual para a aferição, ou declaração, do dolo.[60]

O receio de impunidade para justificar o caráter objetivo ou normativo do dolo, objeto da tese de Ramon Ragués i Vallès, é compatível com uma *teoria da probabilidade* do resultado. Segundo o autor, o abandono do dolo como vontade tem como principal motivo o fato de ele possibilitar o castigo como meras imprudências de atitudes que "ante los ojos de cualquier espectador, parecen mucho más cercanos al merecimiento de pena próprio de los comportamientos dolosos,[61] de modo que prefere limitar o problema do dolo à prova do conhecimento acerca da probabilidade (risco) do resultado, bem como ao estabelecimento de um critério uniforme para a valoração desse aspecto. Assim, haveria condutas *especialmente aptas* para ocasionar certos resultados (exemplo: um assaltante disparar tiros em direção aos policiais que o perseguem) e outras *neutras*, em que, apesar de serem também aptas a causar resultados ou ampliar risco, à luz de uma experiência social, não se vinculam necessariamente a um resultado lesivo (ex.: desrespeitar um sinal vermelho, no trânsito). Infere-se que certo senso comum haveria de ser útil para, no primeiro exemplo, a atitude ser julgada como dolosa e, no segundo, como imprudente.[62] Quando Vallès defende que o *consenso social* há de ser o parâmetro para o entendimento do dolo, defende o compromisso da dogmática penal com a opinião pública, assumindo o percurso funcionalista atrás referido.[63]

Ainda nessa linha de argumentação, poder-se-ia entender como dolo a atitude de risco mais ou menos controlável.[64] Nessa hipótese, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente escaparia totalmente de um critério ontológico e habitaria o terreno da política criminal, baseada em pura normatividade sobre o risco. Os julgamentos seriam dirigidos segundo a lógica da necessidade simbólica dos sen-

60. VALLÈS, Ramon Ragués i. Consideraciones sobre la prueba del dolo... cit., p. 148.

61. Idem, p. 131.

62. Ob. cit., p. 148-149.

63. "En este ámbito el criterio decisivo debe ser el grado de confianza social en la certeza de los resultados de cada medio, lo que permite sostener, por ejemplo, que para la 'prueba del dolo' o de otros requisitos de la infracción penal, como los elementos subjetivos del tipo o el conocimiento de la antijuridicidad, el juez no puede ni debe acudir a la prueba pericial, porque actualmente no existe suficiente confianza en los resultados de dicho medio probatório" (VALLÈS, Ramon Ragués i. Consideraciones sobre la prueba del dolo... cit., p. 143).

64. Conforme prevê DE FRANCESCO, Giovannangelo. Dolo eventuale e colpa cosciente... cit., p. 131.

timentos sociais, e não da lógica filosófica ou mesmo científica, em torno da real aceitação do resultado pelo agente. Segundo palavras de De Francesco, ter-se-ia o critério de *semplificazione probatoria* da distinção entre dolo eventual e culpa consciente e, como adverte o mesmo autor, "Non sembra, però, che il problema possa, in tal modo, considerarsi adeguatamente risolto".[65] É possível que a segurança do critério normativo defendido por Puppe ou Humberto Souza Santos signifique mais tranquilidade ao julgador, porém não necessariamente justiça ao caso concreto. Esse ponto de vista não significa entender que a qualidade do risco criado seja irrelevante no pensar sobre a existência do dolo. As regras deduzidas da nova teoria sobre a imputação objetiva não são dispensáveis. Assim, por exemplo, parece incontestável que o conselho de um comportamento, sabendo-se do risco de lesão e desejando que esta aconteça, não deva ser imputável a título de dolo se o conselho operou-se no contexto de um risco permitido.

5. FENOMENOLOGIA DO DOLO

As ponderações acima desenvolvidas sobre possíveis efeitos da relevância do risco na prática jurídico-penal, e sobre o quanto a concepção funcionalista lhe é oportuna, são poucas se comparadas aos complexos motivos dessa verdadeira revolução em curso no interior das relações humanas. Mesmo assim, algumas sínteses são arriscadas. E acredita-se que essa complexidade tem desempenho cultural, por isso interfere no modo como a dogmática penal é interpretada e aplicada. A ambiência, ainda segundo palavras de Bauman,[66] pode ser chamada de *revolução consumista* ou *cultura do medo*. Investigação mais profunda sobre o fenômeno exigiria abordagem sobre as intencionalidades envolvidas, tais como o *querer*, o *desejar*, o *almejar* e seus correlatos consequenciais, o *temer*, o *projetar*, o *reprovar*, o *julgar*. De todo modo, é provável que os julgamentos em que o dolo está sob suspeita, porque se constata haver o sujeito agido ao menos com dúvida acerca da ocorrência do resultado danoso, estejam sendo presididos pela necessidade anímica de, por meio de maior penalização, superar-se o medo, resultado da insegurança. Mas o propósito desse ensaio é sublinhar que o acesso à realidade do dolo, em que pese seja este categoria jurídica, pressupõe ponto de vista mais racional e lógico, consequentemente, que respeite o princípio da proporcionalidade.

Como visto, foi o finalismo que propôs aproximação nesse sentido, apesar das críticas que lhe possam ser dirigidas. Welzel descreveu o que seria a natureza do dolo: a conduta voluntária dirigida a certo objetivo; a vontade de realizar o comportamento descrito no tipo, a fim de se produzir certa ofensa a bem jurídico que justificou sua tipificação. Com atenção ao método fenomenológico, o dolo pri-

65. Idem, p. 132-133.

66. BAUMAN, Zigmunt. *Vida para o consumo*... cit., p. 41.

meiramente *é*, secundariamente *deve ser*, conforme consciência do objeto *comportamento que se define intencional*. A intencionalidade seria a essência da categoria dolo, porque é assim que um observador o apreende por meio do *puro olhar*. Destarte, desde logo se pode deduzir não haver espaço para *dolo eventual* (em que há dúvida sobre o evento danoso) nesse contexto; o dolo depende de haver intenção de algo e jamais de eventualidade dela (mera representação). É artificioso entender haver dolo (eventual) somente devido ao risco assumido, à representação do resultado ou à dúvida em relação a este realmente acontecer. À luz da Fenomenologia, é ilógico existir intenção (dolo) eventual ou indireto.[67] Eventualidade de um episódio significa incerteza sobre sua existência e a fenomenologia defendeu um método que pudesse superar todas as contingências. De resto, para o finalismo, o dolo determina a tipicidade e não o contrário; num primeiro estágio do raciocínio, convém seja ele considerado apenas eideticamente, isto é, isento de algum juízo de valor, como intenção (substância psíquica) de algo. Welzel entendeu que a censura sobre a intenção haveria de ser feita por ocasião do juízo de censura penal, à luz dos elementos inerentes a esse juízo.[68] Mas, também isso, é opção político-criminal, evidentemente.

Da teoria Finalista ainda extrai-se que dolo é querer *resultado*, não apenas querer agir (assumir o risco); consequentemente, abarca os fins e os meios capazes de viabilizar o resultado. Welzel reconheceu haver finalidades intermediárias envolvidas no processo, relacionadas aos meios que, de igual modo, podem causar resultados, estes, sim, na órbita intencional, eventuais ou secundários. Esses efeitos colaterais podem ser eventuais ou apreendidos como inevitáveis (necessários). Na primeira hipótese (eventuais), podem não haver sido queridos, apesar de prováveis (dúvida), porque prevalece uma indiferença, desde que o alcançar o resultado principal tenha sido irrenunciável, ou mesmo, na segunda hipótese, os efeitos colaterais são certos, pois não há dúvida sobre eles, de modo que, logicamente falando, não há como concluir não haverem sido igualmente queridos (dolo direto de 2.º grau, segundo tradicional doutrina). Portanto, no chamado dolo eventual (que, em verdade, de eventual cogita-se só o resultado e não o dolo em si), o sujeito pode exercer as seguintes intencionalidades, referentes aos meios escolhidos, para fins típicos ou extratípicos: tolerância, consentimento, anuência, aprovação, desejo, indiferença. São atitudes internas vinculadas aos meios. Nesse caso, Welzel insere-se entre os chamados doutrinadores clássicos sobre o dolo, encabeçados por Von

67. A respeito da evolução de concepções sobre o dolo que culminaram na admissão da possibilidade de existir a figura do *dolo eventual*, sugestiva é a obra de Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual*, já citada neste ensaio.

68. Na doutrina brasileira, a respeito desta versão do Finalismo sobre o dolo natural e outras implicações, referência é Luiz Luisi e sua já clássica monografia *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: SAFe, 1987. p. 64 e ss.

Hippel, segundo Pérez Barberá.[69] Von Hippel considerou alguns estados de ânimo como demonstrativos de que os efeitos colaterais de certos comportamentos significariam resultados *coqueridos* às consequências efetivamente desejadas. Assim, no dolo (eventual), sugere v. Hippel, haveria duas emoções envolvidas, uma como desejo (em relação ao resultado principal, aquilo efetivamente querido) e outra como vontade (simples *querer*), desacompanhada de desejo (com efeitos colaterais necessários ou não). A diferença entre vontade e desejo mostra-se estratégica e indispensável para este raciocínio. De fato, é possível haver vontade (querer agir) sem desejo (agir contra a própria vontade). Para Hippel, entende-se que, na hipótese de haver vontade de atingir-se um resultado, conquanto sem desejá-lo, haverá dolo se a ausência de desejo não decorrer de motivos éticos, mas porque há propósitos antiéticos envolvidos. Para o bem da verdade, essa vontade *não desejada*, mas apenas *querida*, corresponderia a estados de ânimo vinculados à personalidade do sujeito. Diga-se de passagem que essa observação é condizente com o pensamento do próprio Claus Roxin. Desta vez próximo da Fenomenologia (mas não adepto), o mestre de Munique concebeu a *manifestação da personalidade* – controle e direção de vontade significativa – como elemento básico para definir a ação, embora, por vezes, o conceito não se limite a elementos psíquicos, e também requisite categorias valorativas, sociais, éticas ou mesmo jurídicas, como acontece, por exemplo, com relação às atitudes omissivas.[70] O conceito de *imputação* é o fator que qualifica a ação como manifestação da personalidade ou atitude significativa e controladora. Para o Direito Penal, prevê Roxin, ação é o comportamento significativo, capaz de definir um curso, de eleger um objetivo, é, portanto, a atitude imputável.[71]

Essa maneira de relacionar dolo a uma essência ou natureza absolutamente irrenunciável para qualquer análise jurídica também foi genialmente assumida por Elio Morselli,[72] para quem a diferença essencial entre dolo e culpa é de relação havida entre o Eu e pulsões inconscientes. Seu fundamento é antropológico, portanto. Ao percorrer a mesma estrada tomada pelas teorias psicodinâmicas da personalidade para explicar o dolo, Morselli concebeu a realidade estratificada do psiquismo humano, vendo-o como composto por instâncias nem sempre harmônicas e que disputam espaços existenciais que geram conflitos internos e, em situações mais

69. *El dolo eventual*, p. 179.

70. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 257 e ss.

71. Nesse sentido, de certo modo, Roxin admite uma forma pré-jurídica para entender a ação. Isso fez com que alguns escritores, como Lúcio Antônio Chamon Júnior, concluíssem que, ao entender a ação como manifestação *controlada pelo eu*, "não garante a Roxin uma autonomia frente ao *conceito* de ação finalista" (*Do giro finalista ao funcionalismo penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004. p. 63).

72. MORSELLI, Elio. *Il ruolo dell'attegiamento interiore nella struttura del reato*... cit.; MORSELLI, Elio. Coscienza e volontà nella teoria del dolo. *Archivio Penale*, Roma, 1966, p. 433 e ss.

críticas, também externos. Por conseguinte, ele restaura a importância da historicidade da personalidade do sujeito e de sua responsabilidade ética, pois relaciona o dolo à atitude de *escolher* algo, concepção, aliás, que sempre foi desenvolvida pela doutrina italiana mais tradicional.[73] Sobretudo, o dolo seria manifestação da personalidade que escolhe, mas o momento de imputação deriva da qualidade psíquica que prevaleceu ou motivou o comportamento danoso. Explica Morselli que, no dolo, haveria uma espécie de adesão ou aceitação por parte da consciência (Eu) quanto a certos impulsos, enquanto, na culpa, haveria a submissão mais ou menos inconsciente a esses impulsos, de modo que, na base de todos os crimes, haveria certa *disfunzione generale della personalità*, ou seja, a inabilidade funcional (pactualizada ou não) do Eu estar preparado para controlar ou administrar energias, chamadas pulsões, contidas no inconsciente; haveria uma inabilidade intencional e outra, resultado da negligência, do despreparo.[74] Além de similar à mentalidade quase medieval que diferenciava a feitiçaria (adesão ao Mal) da possessão (negligência de modo a deixar-se afetar pelo Mal),[75] essa compreensão não é distante da desenvolvida por Welzel, quando este descreve o que seria o aspecto *caracterológico* inerente à problemática do livre-arbítrio. Segundo Welzel, inspirado em antropólogos existenciais, há um desafio existencial inexorável que faz do homem ser inclinado à responsabilidade, pois está cotidianamente convocado a escolher entre formas essenciais de determinação. Afinal, prevê Welzel, a psique é formada por

73. O entendimento da essência do dolo como *escolha* remonta a Aristóteles (*Ética*), como esclarece Gian Paolo Demuro, ao defender conceito unitário de dolo. Tanto no dolo direto quanto no indireto encontra-se a essência relacionada à escolha (*voluntas sceleris*) do sujeito entre agir, com o risco de causar o dano, ou desistir. Mas o que define esta essência não é o aspecto quantitativo, o fato de o sujeito calcular a probabilidade do resultado ofensivo acontecer, mas o qualitativo referente à índole do sujeito, ao fato de ele haver escolhido agir porque aceitou o resultado, ou seja, a possibilidade de o resultado advir não haver sido motivo para desistir (*Il dolo*... cit., p. 8-19). Na doutrina espanhola, radicalmente contrária a este viés subjetivo, na compreensão do dolo encontra-se a tese de Ramon Ragués I Vallès. O autor defende que a prova do dolo pressupõe consideração do significado social da conduta, estabelecido a partir do conhecimento que é atribuível ao sujeito. Trata-se de perspectiva funcionalista, porque trabalha a ideia de função da norma penal (*El dolo y su prueba en el proceso penal*... cit., p. 520-521).

74. MORSELLI, Elio. *Il ruolo dell'attegiamento interiore nella struttura del reato*... cit., p. 43-46.

75. É impossível não associar essa diferenciação de *estados de alma* à estratégia de poder, articulada na Idade Média pelo Clero católico com os institutos da feitiçaria, em que haveria o pacto com o mal, e da possessão, em que o pacto estaria ausente, como explica Michel Foucault: "Na possessão, ao contrário, não há pacto selado num ato, mas uma invasão, uma insidiosa e irresistível penetração do diabo no corpo. O vínculo da possuída com o diabo não é da ordem do contrato; esse vínculo é da ordem do *habitat*, da resistência, da impregnação" (*Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 263).

uma pluralidade de *capas* (estratos psíquicos), algumas mais conscientes, outras não tanto. Assim, por exemplo, manifestações anímicas como paixões, desejos, certos interesses, instintos vitais, comporiam o amálgama da instância mais baixa, que, na busca pela existência, tende a desafiar outra mais elevada e consciente, convocando-a a deixar-se levar e oportunizar suas manifestações. Então, diante do dilema, caberia ao Eu, como sede do ser responsável, ponderar as incursões oriundas da *capa profunda* para administrá-las em direção a um sentido, pode-se dizer, ético.[76] Para Welzel, livre é quem conquistou autonomia ética, isto é, capacidade de disciplinar as pulsões oriundas da *capa profunda*. De resto, tendo-o identificado como adesão aos impulsos inconscientes, tanto Welzel quanto Morselli não veem como dissociar o conceito de dolo do que haveria de ser uma *atitude interior* ou *estado de alma* (*Gesinnung*) que condiciona as escolhas. No segundo momento da teoria Finalista, Welzel concluiu que todo delito é expressão de uma *Gesinnung* penalmente relevante.[77] Para tais perspectivas, conclui Morselli, a essência do dolo "consiste nell'attegiamento interiore di cosciente adesione ai propri impulsi antisociali. Ad esso corrisponde la *Gesinnung* antisociale del condice penale tedesco federale, è *l'evil intent*, la *malice* o la *mens rea* degli anglosassoni, la *malicia* del codige spagnolo, la *böse Absicht* di quelo austriaco, nonché *animus nocendi, occidendi, furandi, injuriandi* (...) etc., del diritto romano e di quello intermedio".[78] Por certo, a disfunção geral ou manifestação da personalidade que caracterizaria toda conduta criminosa seria o que viabilizaria ser ela imputável como dolosa ou culposa, sem desviar o olhar sobre qual *disfunção*, internamente típica, prevaleceu.

Os encaminhamentos articulados por Welzel e Morselli têm pertinência como métodos fenomenológicos para a compreensão do dolo. Apesar do grau de subjetividade e até de excentricidade manifestados, tais versões mostram-se mais coerentes para o enfrentamento da problemática do assim chamado dolo eventual. Nesse particular aspecto, o funcionalismo, em sentido genérico, conquanto aparentemente mais seguro sugere perspectiva menos aceitável, pois oportuniza um tipo de demanda político-criminal preocupada com a punibilidade do dolo pelo mero assumir o risco, como acontece com o art. 18, I, segunda parte, do Código Penal

76. Segundo este raciocínio, em última análise, Welzel também concebe a ação como sendo a *manifestação da personalidade*, pois "Los impulsos puedem ser también dirigidos sin embargo y precisamente según su contenido de sentido y de valor para una configuración de la vida que se extienda más allá del momento presente" (*El nuevo sistema del derecho penal*... cit., p. 88). A adesão a certos impulsos teria a propriedade de estabelecer uma tendência comportamental, uma espécie de vício, congruente ou não com o sentido de valor prestigiado pelo direito. Portanto, o agir humano seria expressão da autoeducação, capitaneada pela personalidade, de como dá-se sentido aos impulsos.

77. Apud MORSELLI, Elio. *Il ruolo dell'atteggiamento interiores nella struttura del reato*..., p. 57.

78. Idem, p. 52.

Brasileiro de 1984, embora o legislador da Parte Geral, é possível supor, não tivesse sintonizado a doutrina de Roxin ou a de outro funcionalista.

Na legislação de 1984 a disciplina normativa do dolo eventual, ao repetir a do Código anterior, não é tecnicamente perfeita porque o legislador não assumira filosofia fenomenológica como fundamentação. Não há como conciliar a Fenomenologia ou a ontologia do dolo com essa normativa simplesmente porque, mesmo na imprudência, ocorre a assunção de risco de produzir resultado. A previsão de que qualquer vontade de *assumir o risco* sempre significa atitude ética reprovável como dolo é incompatível com a essência desta categoria; outrossim, entender haver um dolo apenas cognitivo ou baseado na gravidade de um risco ou no domínio afasta-se do que é possível extrair da consciência de dolo, inegavelmente identificada com o *querer*, não apenas o risco, mas o resultado de dano, ainda que esse resultado não esteja em primeiro lugar na pauta de propósitos ou desejos do sujeito. Sequer a consciência da probabilidade do resultado danoso suceder credencia entender ter havido dolo (eventual), pois, fenomenologicamente falando, representação e vontade são intencionalidades diferentes e somente um ato de pura normatividade poderia equipará-las. Apenas querer um risco ou assumi-lo é ação que pode ser ontologicamente imprudente, não dolosa. Por outro lado, porque não contempla qualquer critério axiológico relacionado à mensuração do risco, aspecto que comprometeria o legislador a uma versão normativista do dolo, a fórmula legal é criticável.

Definitivamente, do ponto de vista fenomenológico, não existe um dolo do tipo eventual. Considerada a mensagem de Husserl com o método eidético de acessar a essência dos objetos, não se vê outra coisa no dolo a não ser certo *querer o resultado de dano pautado de modo antiético*, pois é isso o que informa o juízo ou o senso de maior reprovação do dolo em relação à imprudência culposa. E esse *querer o resultado* via eleição de um meio perigoso ou imprudente é expressão de determinada *gesinunng*. Se, como ensina Miguel Reale, são os *valores* que determinam os motivos, são eles o fundamento da solicitação de comportamentos para uma direção. Portanto, os motivos estão no âmago das escolhas, de modo que "fim é o dever ser do valor reconhecido racionalmente como motivo de agir".[79] Assim, a única maneira verdadeiramente garantista de analisar o dolo é tentar encontrar sua ontologia por meio do método fenomenológico. Há, segundo Miguel Reale, uma fenomenologia não apenas dos valores, mas da intencionalidade, ou seja, do *valorar*. O valorar é o ato de consciência, ato de atribuição de significado e de importância

79. Reale admite a seguinte antropologia existencial: "O específico do homem é conduzir-se, é escolher fins e pôr em correspondência meios e fins. *A ação dirigida finalisticamente* (o *ato* propriamente dito ou a *ação* em seu sentido próprio e específico) é algo que só pertence ao homem (...). Os outros animais movem-se, o homem atua" (*Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 374-375).

que atualiza um estado de personalidade. Nesse caso, é provável que a *atitude interior* seja o único estrato que, ao ser acessado, possibilita denunciar qual tenha sido o valor que sustentou o comportamento ilícito, para então entender tenha sido ele doloso ou somente imprudente. Ademais, o modo como a consciência apreende essa realidade revela indícios sobre ter o sujeito anuído ou não a um resultado. A consciência é atributo da personalidade. Fenomenologicamente falando, a ação é a própria personalidade histórica do indivíduo, é expressão do encampamento de valores, da eleição de motivos,[80] cujo espectro configura o estilo da pessoa na cultura em que está incerta; significa a índole ou *estado de alma*[81] de alguém, em suma. Certamente não deve ser esquecido que toda referência a algo, todo ato de consciência ou intencionalidade, encontra-se na temporalidade, na historicidade de seu *dasein*. Essa circunstância não pode ser negligenciada em qualquer juízo; a historicidade também faz parte da essência da ação e exige atenção da fenomenologia da realidade jurídica.[82]

Por tudo o que foi exposto, entende-se que, no agir doloso, há a seguinte síndrome: *o querer, decorrente de um valorar vinculado a uma história e cultura, um fim, que revela um estado de alma*. Esta é a contingência inerente ao ser humano, segundo perspectiva existencialista e fenomenológica: as vontades humanas são manifestações de alma, têm significado enquanto valor e não enquanto dado físico.[83] A inves-

80. Compreende Miguel Reale: "A nosso ver, a noção de *fim* é decorrência da de *valor*. O *fim* é *valor*, enquanto racionalmente pode ser captado e reconhecido como motivo do agir. (...). O que declaramos *fim* não é senão um momento de *valor* abrangido por nossa racionalidade limitada, implicando um problema de meio adequado à sua realização" (*Filosofia do direito*... cit., p. 376). Por conseguinte, embora Reale entenda que o valor dificilmente pode ser acessado racionalmente, não é possível uma teleologia separada de uma axiologia.

81. A expressão *estado de alma* é aqui utilizada como estratégia para sugerir o que vem a ser decisivo para o conceito de dolo. Seguindo a compreensão de Romano Guardini, estado de alma "designa antes a atitude profunda anterior a toda a vontade consciente; a predisposição interior para nos abrirmos ou fecharmos; a estreiteza de alma ou a generosidade, a angústia ou a disponibilidade, a fraqueza ou a força, condições que determinam as primeiras impulsões da vontade e a primeira direcção da vida, e que assim constituem, absolutamente, a sua opção prévia" (*O mundo e a pessoa*. Trad. Fernando Gil. São Paulo: Duas Cidades, 1963. p. 245).

82. Nesse sentido, Reale: "Ora, o 'conteúdo intencional' do Direito só nos pode ser dado na tela da História, podendo-se dizer que a subjetividade, à qual se volve a 'reflexão fenomenológica' é a do homem na temporalidade de seu ser histórico, em sua concreta universalidade" (*Filosofia do direito*... cit., p. 365).

83. Observa Jean-Paul Sartre que emoções humanas, como a cólera, não são meras modificações fisiológicas diferenciadas apenas pela intensidade. Cólera não se resume a uma alegria mais intensa, embora o ritmo respiratório acelerado, ligeiro aumento do tônus muscular, oscilação da tensão arterial, etc., estejam presentes em ambas as emoções. "O idiota que está em cólera não está superalegre" (*Esboço para uma teoria das emoções*. Trad. Paulo Ne-

tigação sobre se a conduta foi dolosa (eventual) ou culposa (consciente) pressupõe do analista olhar que perfaz compreensão sobre os seguintes aspectos relacionados ao sujeito: *quem agiu*, quais foram suas intenções visíveis, qual é sua história, quais eram seus conflitos existenciais; a qual tipo de convocação existencial o comportamento correspondeu. Mas essa avaliação não é apenas de ordem axiológica; num primeiro momento, ela não se refere ao que *parece*, mas sim ao que *aparece*. Trata-se de análise que vai ao encontro do puro fenomenal, do apodítico ou indubitavelmente *dado*, incursão que permite ao analista realizar juízo que transcende os preconceitos, pois descarta tudo o que não aparece à consciência e é produto de suposição. Assim, ele consegue reter o que é a alma, o sentido verdadeiro de certa conduta, como se refere Thomas Ranson Giles.[84] A intropatia, lembra Giles, é o ato de consciência operante neste trabalho. Ela acontece quando se depara conscientemente com outra personalidade, mas que, em essência, tem movimentos semelhantes aos do analista, de modo que este realiza raciocínio de comparação ou de recordação de seu próprio *eu*. Segundo Husserl, um dos sinais de que foi alcançada a objetividade do objeto analisado ou sua verdade apodítica é o analista conseguir reconhecer-se no contexto do objeto.[85]

Porque o rito fenomenológico viabiliza descrever coisas ou acontecimentos como eles aparecem à consciência, as possíveis conclusões não são, necessariamente, produtos da experiência. Segundo Husserl, sendo a subjetividade do outro o objeto focado, ela somente pode ser acessada por meio da empatia ou da *intuição pura*. Husserl dá o exemplo (lembrado no início) do trabalho do geômetra para explicar o fenômeno. Observa que as formas espaciais não são descritas geometricamente porque se realizaram experiências ou verificações. Ao menos tais experiências são dispensáveis. O geômetra descreve, por meio da intuição, a essência ou completude dos objetos.[86] Seguindo essa linha de entendimento para fazê-lo também válido para o estudo dos problemas jurídico-penais, ao recuperar os aspectos relacionados à história do sujeito, para o fim de reconhecer o dolo ou a culpa, o analista jurista haverá de intuir a essência do agir do sujeito, com o isolamento do que é fruto da

---

ves. Porto Alegre: L&PM Ed., 2007. p. 31-32). Porque algo humano, a essência da cólera é diferente da essência da alegria, por isso remete a significados e juízos diferentes. E, por vezes, intuitivamente sabe-se se alguém agiu com cólera ou alegria.

84. *História do existencialismo e da fenomenologia*, p. 75.

85. Como explica Thomas Ranson Giles: "É a intropatia que leva à constituição da objetividade intersubjetiva do objeto. Experimentando os outros como outros *eus*, experimento-os simultaneamente como sujeitos cognoscentes que se formam também num mundo que eu posso experimentar na minha consciência (...)" (*História do existencialismo e da fenomenologia*, p. 79).

86. HUSSERL, Edmund. *Fenomenologia e psicologia*. Sem tradutor. Napoli: Filema, 2003. p. 84; HUSSERL, Edmund. *L'idea della fenomenologia*... cit., p. 15 e ss.

suposição e do ideal político. Ao aceitar tal metodologia, não será lógico, por exemplo, dizer que, mesmo um motorista embriagado, que desrespeita o sinal vermelho e causa um acidente, quis provocá-lo porque assumiu o risco de fazê-lo. Num caso como este, a intuição somente autorizaria dizer haver o motorista sido imprudente, a não ser que a intuição indique, decorrente da história do motorista, que ele teve a vontade (consciente) de expor a própria vida em risco.[87] Em situações em que esta exceção não estivesse presente, o dolo da conduta seria desmentido pela pura intuição. Significa dizer que o que se vê diretamente, por vezes, viabiliza intuir o que não é assim visto, como acontece quando intuímos toda a forma de um cubo, sem que precisemos tocá-lo ou girá-lo, para reconhecê-lo por diferentes ângulos. Não convém esquecer que a Fenomenologia não permite ver as coisas apenas como reais, mas como essenciais, ou seja, como aparecem à consciência. O cubo aparece à consciência como ele é, sem que precisemos tocá-lo concretamente. De modo similar, a não intenção pode aparecer à consciência do examinador como resultado da investigação da história do sujeito. A compreensão da personalidade ou do *estado de alma* no momento do episódio lesivo é a atitude de cognição que deve ser assumida. Somente com a compreensão[88] de determinada *Gesinunng* será autorizado dizer ter havido ou não dolo.

Não se apresenta à consciência a intenção suicida (ao menos consciente) nos acidentes de trânsito de todos os dias, mesmo nos episódios mais graves. Apesar disso, tem sido comum reconhecer o dolo eventual, porque o motorista assumiu o risco, bastante provável em sua mente, de causar o dano. Portanto, esse tipo de juízo contradita a lógica fenomenológica, trai a consciência do próprio analista do caso, despreza a essência do dolo e enfraquece a função garantista que a dogmática penal deve representar. Conclusão, à luz do finalismo, guarda compromisso com a filosofia e o método fenomenológico. O mundo do "outro" somente é conhecido, preconiza a Fenomenologia, enquanto relacionado com minha consciência; somente assim o mundo é existente para um observador. Eis porque reconhecer dolo

87. Semelhante compreensão – e intuição – é de Israel Domingos Jorio do seguinte modo: "Quem dirige veículo automotor em condição de embriaguez, excesso de velocidade ou disputando 'rachas', mesmo sabendo da probabilidade de causar a morte de alguém (e a sua própria), mas acreditanto (ainda que estupitamente) que tal resultado não ocorrerá (parece ser a regra, a menos que partamos do raciocínio do *psicopata suicida*), age com culpa consciente" (O fetiche do dolo eventual... cit., p. 11).

88. A compreensão pressupõe análise especial, mas isso extrapolaria os limites deste trabalho. Com atenção aos ensinamentos de Karl Jaspers, limita-se a considerar que a compreensão, compatível com a Fenomenologia, viabiliza entender conexões entre eventos psíquicos e que é interpretação: "o que se compreende só tem realidade empírica na medida em que se manifesta sob a forma de fatos significativos objetivos da expressão, dos atos, das obras" (*Psicopatologia geral*. Trad. Samuel Penna Reis. São Paulo: Atheneu, 2000. vol. 1, p. 425).

na mera eventualidade do resultado é um raciocínio preconceituoso e idealista, carente de embasamento filosófico.

6. TEORIA COMPLEXA DA CULPABILIDADE

Resta ponderar sobre se o entendimento do dolo, *como querer o resultado motivado por certo estado de alma*, na frequência percorrida por Morselli, não abre espaço para juízo de tipicidade ou mesmo de censura penal, fundamentado em características existenciais (a assim chamada conduta na vida), que tanto amedronta os juristas fiéis ao garantismo. A doutrina penal moderna tem repudiado com sólidos argumentos político-garantistas o subjetivismo que arrima a culpabilidade com base na *conduta na vida*. Todavia, nem sempre aproximar-se do subjetivo é aproximar-se do autoritarismo. Por vezes, a compreensão da subjetividade, ou do próprio caráter, é o único modo que garante fazer justiça no caso concreto e evitarem-se abusos punitivos.

O processo que em retrospecto foi até aqui chamado de fenomenológico é compatível com a versão complexa da culpabilidade (Gallas, Wessels, Jeschek, Maurach e Bettiol, entre outros), para a qual o dolo e a culpa desempenham funções tanto no tipo penal, quanto na culpabilidade. O juízo de tipicidade, seguido pelo critério fenomenológico suprarreferido, incide sobre o estado anímico para descobri-lo como objeto, e nesse momento encontrará correspondência no tipo doloso ou no *culposo*. No juízo de culpabilidade, de outra parte, o mesmo objeto anímico se sujeita à censura, enquanto expressão de personalidade ética, com as implicações necessárias, principalmente para a ponderação de eventual pena. Esse *objeto anímico* tem sido chamado pela doutrina penal de *Gesinnung*, *atitude interior*[89] ou *estado de alma*.

89. Clássico o texto de Giuseppe Bettiol, inspirado na doutrina de Schmidhäuser, no qual descreve a *gesinnung* como "o comportamento interior de consciência, desenvolvido pelo agente, a respeito da natureza de determinado bem jurídico e de sua violação ou modalidades de violação", espécie de *centro pessoal de responsabilidade*, condição, na versão de Bettiol, para o correto acertamento da responsabilidade penal, que tem de ser individual (Sobre o direito penal da atitude interior. Trad. Alberto Silva Franco e Paulo José da Costa Júnior. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 442, 1972, p. 317-318). Apesar das críticas, em especial, oriundas da escola de Bologna, Bettiol sempre procurou contrastar seu *Gesinnunsstrafrecht* com o *Willensstrafrecht*, este sim bastante útil em mãos totalitárias. Ressaltou que a vontade ou mesmo os *estados de alma* (Guardini) são fatos psicológicos que têm de ser interpretados com base na filosofia existencialista e não como predisposições impulsivas que anulam a autonomia ética da pessoa, notadamente porque a *gesinnung* não se apresenta como tendência inata e determinante, mas, segundo pensamento de Heidegger, algo adquirido por meio de valores que aos poucos vão sendo agregados à personalidade (BETTIOL, Giuseppe. *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*. Gli ultimi scritti e la lezione do congedo. Padova: CEDAM, 1984. p. 106). Exemplos de *estados de alma* seriam a brutalidade, a dureza de ânimo, a violência (BETTIOL, Giuseppe. *Colpevolezza*

Sem a sua investigação precisa, não é possível, em certos casos, diferenciar o crime doloso do culposo consciente. Trata-se de estado da personalidade que se expressa, por exemplo, como *crueldade, brutalidade, egoísmo, temeridade, descuido, leviandade* ou *atitude geral* de desrespeito ou *indiferença* a bens jurídicos.[90] No âmbito da teoria complexa, redescobre-se o significado da expressão *culpabilidade*, presente no art. 59 do CP/1984, assim como *do caráter que a infração exprime*, presente no art. 46, § 2.°, do Código Penal Alemão, ou mesmo da *capacidade para delinquir* prevista no art. 133 do Código Penal Italiano.[91] Se o dolo é elemento fundamental à tipicidade conforme a concepção Finalista e manifesta-se como *estado de alma* ou *posição do agente diante do bem jurídico*, infere-se que, ao lado da representação e da vontade, há sua terceira dimensão, a *atitude interior*, que também compõe a essência da conduta humana. Não apenas o juízo de culpabilidade recai sobre um aspecto da personalidade, mas ainda o de tipicidade; afinal, como defendeu Welzel, a ontologia da conduta humana condiciona toda valoração jurídico-penal que se queira fazer. E isso não significa admitir a tipificação pela conduta na vida ou de estados de ser; não significa, enfim, revitalizar o que seria um *Willensstrafrecht* com a mentalidade que imperou entre 1930 e 1940. Ao contrário, significa definir o injusto, segundo vontades inerentes a respectivas condutas lesivas, que não podem ser isoladas de certas opções predispostas como ego, como realidade *personal*, em certo momento da vida. Não se trata a *Gesinnung* de uma característica inata, mas de momento anímico manifestado em concreto, fruto de um estilo intencionalmente desenvolvido, previamente optado. De qualquer maneira, todo juízo de tipicidade deve ser prudente e perquirir a atitude interior apenas para reconhecer ou não a presença do dolo. Certa *Gesinnung* com esse significado é indício de dolo.[92] Não obstante, seu

---

normativa e pena retributiva oggi... cit., p. 111). Interessante notar que a versão da *atitude interior* dada por Bettiol guarda senso ético-espiritualístico, enquanto que a de Morselli, um tanto alicerçada em premissas da Psicanálise, tem inclinação social-naturalística. Para a compreensão do dolo, a perspectiva de Morselli pode parecer mais adequada, contudo, a fundamentação da culpabilidade segundo a versão de Bettiol é mais atraente, desde que ladeada por política garantista.

90. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 636.

91. Cf. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal*... cit., p. 559.

92. Interessante refletir o exemplo utilizado por Lacmann, quando buscou contestar a fórmula de Frank, já referida neste texto, a fim de explicar por que a investigação da atitude interior mostra-se importante no juízo de tipicidade. Segundo Gabriel Pérez Barberá (*El dolo eventual*... cit., p. 183-184), o caso seria o seguinte: num parque de diversões, um rapaz oferece dinheiro a outro se este conseguisse acertar um tiro numa bola segurada por uma menina alheia ao episódio. Assim, ele pensa: se acertar levo o dinheiro, se errar e acertar a garota, desapareço na multidão. Arrisca e acerta a menina. Segundo Lacmann, seria injusto não reconhecer o dolo de lesões, mesmo que o atirador, por razão óbvia, não estivesse indiferente ao resultado danoso. Nessa hipótese, reconhecer o dolo seria mesmo o melhor. Porém, mesmo nesse caso o aspecto subjetivo da conduta, o *egoísmo* como estado de alma,

destaque é indispensável, quando o propósito é aperfeiçoar a mentalidade garantista, sendo certo dizer, então, não haver dolo (eventual) se a atitude interior foi a leviandade ou o mero descuido. Somente quando houver indiferença, crueldade, egoísmo ou desprezo pelas consequências que a eleição de certos meios proibidos possam ocasionar, será válido reconhecer o dolo dito eventual.[93] Isso impõe uma convocação ao juiz: a de analisar, desde logo, para dizer se houve dolo, *quem* agiu. É a incursão definitiva de subjetividade na tipicidade, apesar de todas as dificuldades práticas inerentes a isto. Relacionar dolo ao mero assumir o risco não diz quase nada sobre o que essencialmente é o dolo. Eis porque o compromisso com o método fenomenológico é o único que permite acessar possível e irrenunciável verdade para um Direito Penal moderno e racional.

7. SÍNTESE CONCLUSIVA

Em relevante medida, a dificuldade inerente à aplicação do chamado dolo eventual decorre da deficiente disciplina prevista no Código Penal Brasileiro de 1984. Ela favorece a exegese de que a conduta movida pela mera intenção de assumir o risco de causar ofensa a bem jurídico comporta reprovação, em tese, semelhante à que recairia sobre a conduta movida pela intenção de causar o dano diretamente (dolo normativo). Essa abstrata equiparação traduz desatenção ao princípio da proporcionalidade, portanto, é inconstitucional. Aristóteles especulou que cada ideal tem sua base natural, embora tudo o que é natural tenha um desenvolvimento ideal. Pois bem, a naturalidade do dolo (sua essência), segundo o método fenomenológico, é a intenção de alguma coisa. A esta base natural deve corresponder um ideal jurídico. Em respeito a isso, o dolo é categoria que necessariamente deve, ao menos, pressupor um complemento de ordem subjetiva, qual seja, a *indiferença* do sujeito em relação à causação da ofensa ao bem jurídico, ou outra emoção que signifique certo valor ou atitude antiética do sujeito para com o bem jurídico protegido. Ausente essa *Gesinunng*, naturalmente diferente do mero assumir o risco (probabilidade do resultado), o dolo não existe como expressão humana. Sendo

---

pode ser decisivo. Com efeito, realmente não houve desejo em relação ao resultado lesivo, mas não devido a um respeito à integridade da menina, e sim porque o motivo era receber o dinheiro. Nesse caso, o assumir o risco denuncia ter havido dolo (vontade sem desejo), porque o atirador aceitou que o episódio acontecesse, tanto que programou uma possível fuga, caso errasse o tiro. Houve vontade de agir motivada por um propósito antiético. Dolo é querer um resultado ou assumir o risco de produzi-lo, desde que presente também uma atitude interior reprovável.

93. A esse respeito, Luiz Flávio Gomes e Pablos de Molina recordam Jeschek, quando considera que, "excepcionalmente, pode ter-se que negar o dolo como expressão do desvalor da atitude interna, ainda quando concorra como elemento da ação" (*Direito penal*... cit., p. 565).

assim, a proposta é que o dolo deva ser compreendido segundo a perspectiva subjetivo-explicativa.

Por outro lado, o momento histórico é peculiar. Prepondera o desafio de evitar riscos, o que propicia certo apego a perspectivas funcionalistas de modo descuidado. Isso tem contribuído para interpretações equivocadas ou mesmo juridicamente absurdas, em relação à problemática do dolo. Por conta disso, por primeiro, o enfrentamento do problema pressupõe atenção ao método fenomenológico. Como teria dito Bacon, seguindo a lógica do ontologismo, há de ter-se uma espécie de afinidade e ligação com a verdade e, portanto, admitir não existir propriamente *dolo* eventual. A lógica que busca a proporção entre juízos de reprovação assim permite dizer. Lógica significa, simplesmente, lembra Will Durant, "a arte e o método do pensamento correto (...) nada é tão enfadonho quanto à lógica, e nada tão importante".[94] Como atitude de consciência, seguida a redução fenomenal ou eidética (e por amor à lógica), dolo é querer (desejo) causar ou não se importar (simples vontade) em causar ofensa a bem jurídico. Jamais pode ser apenas o assumir um risco de fazê-lo. Em situações de maior imprecisão, o reconhecimento desta realidade pressupõe análise da história do sujeito, ou seja, de sua *atitude interior* (*Gesinnung*), ocasião em que a resposta será alcançada intuitivamente. Afinal, o objeto da fenomenologia é a *intuição das essências*, como descreveu Husserl.

Tem-se ciência de que esse caminho não é o mais simples ou prático. Muito pragmático seria admitir o dolo normativo, que se basta pelo conhecimento da probabilidade do resultado ofensivo ao bem jurídico. Todavia, cumpre repetir, tem-se constatado que essa perspectiva tem servido para a condenação de pessoas, como se elas houvessem agido com dolo, quando, na realidade, manifestaram emoções de significados éticos radicalmente diferentes. Equiparar quem quis ou esteve indiferente a um dano a quem não quis, em Direito Penal não revela sensibilidade afinada com o princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

BAUMAN, Zigmunt. *Dentro la globalizzazione, le conseguenze sulle persone*. Trad. Oliviero Pesce. Roma-Bari: 2008.

_____. *La società dell'incertezza*. Trad. Roberto Marchisio e Savina Neirotti. Bologna: Mulino, 1999.

_____. *Vida para o consumo*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BETTIOL, Giuseppe. *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*. Gli Ultimi Scritti e la Lezione di Congedo. Padova: CEDAM, 1984.

94. DURANT, Will. *A história da filosofia*... cit., p. 77.

_____. Sobre o direito penal da atitude interior. Trad. Alberto Silva Franco e Paulo José da Costa Júnior. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 442, 1972, p. 315.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *Husserl*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

DE FRANCESCO, Giovannangelo. Dolo eventuale e colpa cosciente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 1988, p. 113.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samanta Dobrowolski. Porto Alegre: SAFe, 1998.

DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo*. L'accertamento. Milano: Giuffrè, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Ed. RT/Coimbra Ed., 2007. t. I.

DURANT, Will. *A história da filosofia*. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FRANK JUNIOR, Wilson; FRANK, Juliana. Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 98, set.-out. 2012, p. 169.

GILES, THOMAS RANSOM. *HISTÓRIA DO EXISTENCIALISMO E DA FENOMENOLOGIA*. SÃO PAULO: EDITORA PEDAGÓGICAE UNIVERSITÁRIA, 1989.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, n. 7, p. 109. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/artigo4.pdf]. Acesso em: fev. 2013.

GUARDINI, Romano. *O mundo e a pessoa*. Trad. Fernando Gil. São Paulo: Duas Cidades, 1963.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Trad. Gabriella Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2009.

HUSSERL, Edmund. *Fenomenologia e psicologia*. Sem tradutor. Napoli: Filema, 2003.

_____. *Investigações lógicas*. Trad. Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. *L'idea della fenomenologia*. Trad. Elio Franzini. Milano: Bruno Mondadori.

JASPERS, Karl. *Psicopatologia geral*. Trad. Samuel Penna Reis. São Paulo: Atheneu, 2000. vol. 1.

JORIO, Israel Domingos. O fetiche do dolo eventual. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, n. 230, jan. 2012, p. 10.

LOPES, Othon de Azevedo. Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 44, jul.-set. 2003, p. 128.

LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: SAFe, 1987.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal* – Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1987.

MIR, José Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. Trad. Luiz Regis Prado. *Revista Ciências Penais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 0, jan. 2004, p. 9.

MORSELLI, Elio. Coscienza e volontà nella teoria del dolo. *Archivio Penale*, Roma, 1966, p. 433.

_____. *Il ruolo dell'atteggiamento interiores nella struttura del reato*. Padova: CEDAM, 1989.

OLIVEIRA, Paulo de Tarso. Uma abordagem fenomenológica do direito: a teoria finalista da ação. *Revista de Estudos Jurídicos*, Franca: UNESP, n. 10, 2001, p. 175.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 58, jan.-fev. 2006, p. 114.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofia del derecho*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Econômica, 1998.

REALE, Michel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982.

RIBEIRO JÚNIOR, João. *Introdução à fenomenologia*. Campinas: Edicamp, 2003.

ROXIN, Claus. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

_____. Finalismo: um balanço de seus méritos e deficiências. Trad. Marina Pinhão Coelho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, vol. 65, mar.-abr. 2007, p. 9.

_____. *Política criminal e sistema de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, n. 35, jul.-set. 2001, p. 12.

SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 97, jul.-ago. 2012, p. 87.

SARTRE, Jean-Paul. *Esboço para uma teoria das emoções*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Ed., 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, n. 64, jan.-fev. 2007, p. 222.

VALLÈS, Ramon Ragués i. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, n. 69, 2007, p. 129.

_____. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch Ed., 1999.

WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação. Sôbre a dogmática dos crimes culposos. Trad. Nilo Batista. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, n. 3, jul.-set. 1971, p. 13.

_____. *El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

_____. *Estudios de filosofia del derecho y derecho penal*. Sem tradutor. Buenos Aires/ Montevidéu: IBDF, 2006.

ZAFFARONI, R. Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual, de Sérgio Salomão Shecaira – *RBCCrim* 64/222 (DTR\2007\11);
- Dolo eventual e culpa consciente, de Sérgio Salomão Shecaira – *RBCCrim* 38/142, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/943 (DTR\2002\154);
- Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica, de Carlos María Romeo Casabona – *RCP* 3/7 (DTR\2005\403).

66107

O Projeto 236/2012 e a ruptura com a história da codificação e cultura jurídico-penais

Bill 236/2012 and the rupture with the history of codification and legal-criminal culture

Matheus Almeida Caetano

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Bolsista da CAPES, Processo 1181122 (Programa de Doutoramento Pleno no Exterior).

Área do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: O artigo critica o novo projeto de Código Penal brasileiro e aponta alguns de seus problemas mais significativos sob os aspectos da codificação e da cultura jurídico-penais. O Projeto 236/2012 caracteriza-se por impropriedades formais que não permitem classificá-lo como um verdadeiro Código. Por fim, o seu conteúdo – caso ele seja aprovado e promulgado – poderá trazer consequências nefastas para a segurança jurídica e a justiça no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Novo projeto de Código Penal brasileiro. Codificação. Problemas políticos e dogmáticos do Projeto 236/2012. Insegurança jurídica. Ameaça ao Estado Democrático de Direito.

Abstract: This article criticizes the New Brazilian Criminal Code Reform Bill and points out to some of its most significant problems under the aspects of criminal codification and culture. Bill 236/2012 is characterized by formal inconsistencies that do not make it possible to classify it as a true code. Finally, in relation to its content, in case it's approved and enacted, it can cause disastrous consequences to legal security and to justice in the Rule of Law.

Keywords: New Brazilian criminal code reform bill, Codification, politic and dogmatic problems of Bill 236/2012, legal insecurity, threats to Rule of Law.

Sumário: 1. Introdução – 2. Um Projeto de Código Penal, de Consolidação de Leis Penais ou de coisa que o valha... – 3. Os motivos e fundamentos manifestos e velados do Projeto de Código Penal – 4. As impropriedades dogmáticas mais significativas do Projeto de Código Penal e suas consequências sobre a juridicidade e o Estado Democrático de Direito – 5. À guisa de conclusões – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

De[1] forma não acidental, o presente artigo inicia-se com a mesma mensagem da epígrafe, de autoria de *Tobias Barreto*, constante na segunda parte ("os modos da Codificação") do *Relatório Final da Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal*: "O direito não é filho do céu. É um produto cultural e histórico da evolução humana".[2] Partindo-se dessa ideia e do *sentido* que uma epígrafe tem – ao menos, por via de regra – para um documento político-jurídico da relevância social de um *Novo Código Penal*, intenta-se expor algumas das impropriedades mais significativas tanto do *Projeto de Lei 236 de 2012 do Senado Federal*, quanto de seu *Substitutivo*.[3]

Eis o problema proposto: apontar e criticar os maiores equívocos desse *Projeto de Código Penal brasileiro*, desde a perspectiva da codificação e da cultura jurídica até alguns de seus aspectos dogmáticos mais controversos. Dessa forma, tem-se como hipótese de trabalho que o *Novo Código Penal*, nos moldes em que fora (re) apresentado, caso venha a ser aprovado e promulgado, acabará por aprofundar o já relativo descrédito social da Justiça Penal perante a comunidade e – com a irremediável quebra da confiança desta nos aparatos institucionalizados de controle social – colocar em xeque, por conseguinte, o próprio Estado Democrático de Direito pelo abalo da segurança e da justiça.

---

1. Abreviaturas e siglas: *CCL* (Cadernos de Ciência de Legislação); *Europa e diritto privato* (*Revista Trimestrale Europa e diritto privato*); *LABEO* (*Rassegna di Diritto Romano*); *RCCP* (*Revista Canaria de Ciencias Penales*); *RDPC* (*Revista de Derecho Penal y Criminología*); *RL* (*Revista Liberdades*); *RLE [Reforma do Código Penal]* (*Revista Liberdades*, Edição Especial, "Reforma do Código Penal"); *RLJ* (*Revista de Legislação e Jurisprudência*); *RTDirPC* (*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*); *RTDP* (*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*).

2. *Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal*, 2012, p. 5.

3. Considerando-se que foram analisados dois diferentes textos acerca do *Projeto de Código Penal brasileiro* em discussão, seguem algumas advertências. Primeiramente distinguem-se aqueles em: (i) uma primeira versão proposta pela *Comissão de Juristas* (ver nota de rodapé 11), em 18.06.2002, por meio do *Relatório Final da Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal*; e (ii) uma segunda versão proposta pela *Comissão de Senadores* (ver nota de rodapé 12), em 19.08.2013, por meio do *Relatório da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*. Em segundo lugar, em paralelismo aos dois textos apresentados e apenas quando se fizer necessário citar os dispositivos legais do *Projeto de Código Penal*, serão, doravante, utilizadas as seguintes expressões: (i) *Projeto de Lei 236 de 2012 do Senado Federal*; e (ii) *Substitutivo* (*ao Projeto de Lei 236 de 2012 do Senado Federal*). Por fim, utilizar-se-ão de forma indistinta as seguintes expressões quando não se fizer relevante a indicação da primeira ou da segunda versão: *Projeto ou Proposta de Código Penal* (*brasileiro*), (*Anteprojeto ou Projeto de*) (*Novo*) *Código Penal*.

Para tal desiderato foram adotados os seguintes fios condutores: (i) o indispensável auxílio das lições sobre codificação dos juristas *Portalis*, *Bentham*, *Thibaut* e *Savigny*, teóricos responsáveis pela consagração da "concepção qualitativa da codificação";[4] (ii) a assunção da postura crítica como "tarefa que corresponde ao jurista",[5] o que remete ao pensamento jurídico-penalmente "preocupado",[6] cujas manifestações são a fundamentação "ontoantropológica do direito penal" e a "doutrina preventiva";[7] sobretudo a primeira delas implica (iii) a rejeição de quaisquer fundamentações firmadas sobre bases meramente utilitaristas ou de éticas orientadas pelas consequências,[8] conforme parecem demonstrar as descon-

4. Concepção contraposta à "quantitativa", "(...) entendida no sentido de compilação: simples reunião de soluções que permanecem justapostas, de modo que o caráter casuístico da sua gênese não é verdadeiramente ultrapassado" (OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 289).

5. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introduccion al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 28.

6. Referência à categoria da "preocupação" enquanto elemento do "modelo íntimo" proposto por *Ortega y Gasset* ao tratar da "realidade radical": a nossa vida e o constante exercício de planejar e executar o que vamos ser. Partindo da ideia central de *Heidegger* em "*Sein und Zeit*", *scilicet*, a vida como cuidado (*Sorge*), o filósofo espanhol propõe que a "vida é preocupação", o que se reflete no cotidiano "ocupar-se antecipadamente, é preocupar-se" (ORTEGA Y GASSET, José. *O que é Filosofia?* Trad. José Bento. Lisboa: Edições Cotovia e / Biblioteca Editores Independentes, 2004. p. 190 e ss.).

7. O fundamento onto-antropológico do direito penal em: COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 251, 381 (nota de rodapé 61) e 626. Já as concepções de "doutrina preventiva" (posicionamento crítico consideravelmente anterior ao início da vigência da lei) e de "doutrina repressiva" (posicionamento crítico da lei vigente), pioneiro sobre o assunto, cf. LEITE, Alaor. O *doping* como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor (Orgs.). Doping *e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5; LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *RLE [Reforma do Código Penal]*, 2012, p. 61; aspecto ressaltado também por: MOURA, Bruno. A legítima defesa e o seu excesso não punível no novo projeto de código penal. *RL* 12, 2013, p. 148 (nota de rodapé 13); MARTINELLI, João Paulo Orsini. Editorial. *RLE [Reforma do Código Penal]*, 2012, p. 4.

8. Apesar de este trabalho recorrer a algumas premissas lançadas por um dos maiores representantes do utilitarismo, *Bentham*, elas restringir-se-ão ao tema da codificação e da nomografia. Destaca-se aqui também o rechaço das posturas funcionalistas (uma derivação do utilitarismo) como decorrência da postura onto-antropológica do direito penal, cf.: COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*... cit., p. 103; COSTA, José de Faria. *Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2000. p. 4 e ss.; COSTA, José de Faria. O uno, o múltiplo e os crimes negligentes. (Anotação ao Acórdão de 13 de Julho de 2011 do STJ). *RLJ* 3970, 2011, p. 60; COSTA, José de Faria. Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *plaidoyer* por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado (Anotação ao Acórdão n.º 179/2012 – Processo

certadas (em muitos pontos, mais corretamente inexistentes) dogmática penal e política-criminal promovidas pelo *Anteprojeto*, fruto do pensamento jurídico-penal "despreocupado".[9]

Assim, serão desenvolvidas algumas reflexões sobre a essência dessa *Proposta de Código Penal*, de consolidação de leis penais ou de coisa que o valha (segunda parte), sua motivação político-ideológica com seus fundamentos manifestos e velados (terceira parte), seus aspectos jurídico-penais mais significativos com as respectivas consequências sobre a juridicidade e o Estado Democrático de Direito (quarta parte) e, por fim, à guisa de conclusões (quinta parte).

2. UM PROJETO DE CÓDIGO PENAL, DE CONSOLIDAÇÃO DE LEIS PENAIS OU DE COISA QUE O VALHA...

Considerando-se um Código como a lei, em sentido material, regulamentadora de determinado ramo do direito, tendencialmente a exauri-lo[10] e "elaborada por uma forma científico-sistemática e unitária",[11] antecipa-se que o *Anteprojeto* em questão não atende aos requisitos básicos de um Código (a saber: concisão, rigidez, clareza, completude e acessibilidade) e ao *sentido* que este exige. Adverte-se também que as críticas – seja sob as perspectivas codificadora, histórica ou dogmática – dirigidas aos textos respectivamente apresentados pela *Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal*[12] e pela *Comissão Temporária de Estudo da*

---

n.º 182/12). *RLJ* 3973, 2012, p. 252 (nota de rodapé 11). Por fim, a respeito dos diversos pontos de arranque das racionalidades fundamentadas pelos efeitos (os consequencialistas) e pelos valores (os deontológicos) nos âmbitos ético-jurídico e filosófico-moral, cf.: GRECO, Luis. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion. Berlim: Duncker & Humblot, 2009. p. 120 (em especial a nota de rodapé 62) e p. 230 e ss.

9. Em contraposição à concepção assumida alhures (ver nota de rodapé 5), a "despreocupação" refere-se àqueles "(...) espíritos débeis que ao sentir o peso, ao mesmo tempo doloroso e deleitoso, de sua própria vida, se sentem assustados e então preocupam-se, precisamente para tirar dos seus ombros o próprio peso que eles são, e lançá-lo sobre a coletividade; isto é, preocupam-se com despreocupar-se" (ORTEGA Y GASSET, José. *O que é Filosofia?*... cit., p. 191).

10. CONTENTO, Gaetano. Clausole generali e regole di interpretazione come "principi di codificazione". *Valore e principi dela codificazione penale:* le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze (19-20 Novembre 1993). Padova: CEDAM, 1995. p. 110.

11. BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 20.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012. p. 99.

12. Comissão instituída por meio do *Requerimento Interno do Senado Federal 756/2011*, de autoria do Senador Pedro Taques, sob a Presidência do Ministro do Superior Tribunal

Reforma do Código Penal[13] não perdem sua pertinência por se tratar, no caso, apenas de um Projeto de Lei, portanto naturalmente passível de erros e ainda suscetível de correções, sugestões e alterações.[14] Conforme se pretende demonstrar, e, no sentido

---

de Justiça, Gilson Langaro Dipp, integrada inicialmente pelos(as): a Ministra, também do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza Rocha de Assis Moura; os advogados Antonio Nabor Areias Bulhões, Marcelo Leal Lima Oliveira, Emanuel Messias Oliveira Cacho, Técio Lins e Silva, René Ariel Dotti, Marcelo Leonardo, Gamil Föppel El Hireche; o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, José Muiños Piñeiro Filho; o Consultor Legislativo do Senado Federal, Tiago Ivo Odon; a Defensora Pública, Juliana Garcia Belloque; o Professor Luiz Flávio Gomes; a Procuradora de Justiça, Luiza Nagib Eluf; o Procurador Regional da República, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (Relator-Geral do Anteprojeto de Código Penal); o Promotor de Justiça de Goiás, Marcelo André de Azevedo, e o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Marco Antonio Marques da Silva. O texto produzido pela *Comissão de Juristas* foi entregue ao então Presidente do Senado à época, José Sarney, em 18.06.2012, sendo comunicado pela Senadora Ana Amélia, em sessão do Senado Federal de 10.07.2012, a sua transformação no *Projeto de Lei do Senado 236 de /2012* por aquele com algumas ressalvas, a saber: os dispositivos 122; 128, III, IV e parágrafo único; §§ 2.º, 3.º e 4.º do art. 212, os quais tratavam respectivamente sobre os temas da eutanásia, causas de exclusão dos crimes de aborto, do porte de drogas e do seu plantio para uso próprio. Apenas a título informativo, algumas dessas ressalvas do (ex-)Presidente do Senado, José Sarney, foram acatadas pelo *Substitutivo ao Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal*, conforme se depreende da exclusão do crime de eutanásia (art. 122); do afastamento da hipótese de exclusão do crime de aborto por "vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade" (inciso IV do art. 128) e da presunção de destinação da droga para uso pessoal (§ 4.º do art. 212).

13. A Comissão de Senadores instituída em 08.08.2012, tendo como Presidente e Relator-Geral inicial o Senador Eunício Oliveira, e como Vice-Presidente, o Senador Jorge Viana, além dos outros nove Senadores (ou de seus respectivos Suplentes). O Relator-Geral do *Substitutivo ao Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal* apresentado foi o Senador Pedro Taques. Segundo o *Plano de Trabalho da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*, não há menção alguma sobre o corpo de juristas responsável pela revisão do texto apresentado pelo *Relatório Final da Comissão de Juristas*, limitando-se a ressaltar que seriam designados "(...) assessores membros da minha equipe jurídica e de comunicação, bem como manterei contato com Consultores Legislativos da Casa, juristas especialistas no tema", bem como seriam discutidas as sugestões "(...) com a Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Gilson Dipp, tudo para preservar as ideais centrais dos autores primitivos da proposta" (segundo o Senador Pedro Taques, quem assina o texto do *Plano de Trabalho* redigido em primeira pessoa, cf. p. 8).

14. Prova inequívoca é que, mesmo após as audiências públicas realizadas, as críticas direcionadas ao *Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal*, o recebimento de alterações, propostas e sugestões pela *Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*, bem como a incorporação das proposições legislativas, o texto do *Substitutivo (ao Projeto de Lei 236 de /2012)* permaneceu com defeitos graves e preocupantes, conforme o

já denunciado pela "doutrina preventiva", a quantidade e a gravidade das impropriedades contidas naqueles documentos são de tamanha ordem que não se torna possível salvar o produto final.[15]

Sob o ponto de vista do mais profundo *sentido* de uma codificação e de toda a história jurídica envolvida nesse fenômeno político-social, o *Anteprojeto de Novo Código Penal brasileiro* é, sem exageros, de causar espanto. A começar pela pretensão de se conceber um Novo Código Penal – com os complexos objetivos assumidos[16] e evidentemente não alcançados – em (prematuros) sete meses (período em que a *Comissão de Juristas* realizou 24 reuniões), o que, por conseguinte, impossibilitou o cumprimento das funções de consolidação e divulgação de um Código.[17] Essa tarefa já surreal transforma-se em um verdadeiro disparate segundo as datas da programação inicial da Presidência do Senado (conforme sessão deliberativa de 08.08.2012) para a tramitação da *Proposta de Novo Código Penal* brasileiro, a saber: (i) de 09.08 a 05.09.2012 para apresentação de emendas; (ii) de 06 a 20.09.2012 para elaboração dos relatórios parciais; (iii) de 21 a 27.09.2012 para a confecção do relatório do Relator-Geral; e (iv) de 28.09 a 04.10.2012 para lavra do parecer final daquela Comissão.

---

presente artigo procurará demonstrar. Por fim, adiciona-se um recente agravante: no dia 17.12.2013 foi aprovado o Relatório Final elaborado pelo Senador Pedro Taques (ou seja, o texto do *Substitutivo ao Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal*) pela Comissão Especial de Senadores supracitada. Portanto, o *Projeto de Novo Código Penal* pode seguir já para o Plenário, embora circule uma (im)provável chance de o texto ainda ser submetido ao crivo da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), cf. a matéria intitulada "Aprovado na comissão especial novo projeto do Código Penal" no "Portal de Notícias" do Senado Federal. Disponível em: [http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/17/aprovado-na-comissao-especial-novo-projeto-do-codigo-penal]. Acesso em: 20 dez. 2013.

15. Nesse sentido manifestou-se também a *Comissão de Código Penal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, a saber: "(...) o Relatório não se mostra recuperável, tamanha a sequência de necessárias correções" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; MARONA, Cristiano Avila; NEISER, Fernando Gaspar; SOUZA, Luciano Anderson de; RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS n.º 236/12*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013, p. 5. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 20 dez. 2013.

16. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 3: "A Comissão de Reforma aceitou, portanto, as seguintes tarefas: a) modernizar o Código Penal; b) unificar a legislação penal esparsa; c) estudar a compatibilidade dos tipos penais hoje existentes com a Constituição de 1988, descriminalizando condutas e, se necessário, prevendo novas figuras típicas; d) tornar proporcionais as penas dos diversos crimes, a partir de sua gravidade relativa; e) buscar formas alternativas, não prisionais, de sanção penal".

17. QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da lei penal no Projeto de Código Penal. *RLE [Reforma do Código Penal]*, 2012, p. 11.

Não por outras razões, *Moura* fala na "incompreensível pressa (...) sem-par na nossa história de codificação em matéria criminal".[18] Pressa esta refletida também no art. 542 do *Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal*, que prevê a entrada em vigor em 90 dias após a sua publicação,[19] o que reflete o atropelo, por parte da *Comissão de Juristas*, da norma prevista no art. 8.º da Lei Complementar 95/1998,[20] no tocante à razoabilidade do prazo para que o *Novo Código Penal* se tornasse de amplo conhecimento.[21] Impropriedade esta (para não se dizer temeridade sob o ponto de vista da segurança jurídica) que permanece, nos mesmos termos, no art. 526 do *Substitutivo*.

Sob o aspecto histórico da codificação penal brasileira, faz-se relevante estabelecer algumas comparações. Nem no primeiro Código Criminal (1830), ainda no Brasil Império, tamanho açodamento legislativo fez-se presente, v.g.: os Deputados Bernardo Pereira de Vasconcellos e Clemente Pereira propuseram os seus respectivos projetos em 04 e 16.05.1827; em junho de 1828 criou-se uma Comissão Bicameral para analisá-los, a qual optou pelo projeto do primeiro (sem desconsiderar as contribuições daquele apresentado por Clemente Pereira); somente em 19.10.1830 o texto adquiria uma redação definitiva, fruto de outra Comissão formada para tal e após discussões plenárias e pressões sociais, sendo promulgado em 16 de dezembro do mesmo ano pelo Imperador Dom Pedro I e publicado em 08.01.1931.[22]

---

18. MOURA, Bruno. A legítima defesa e o seu excesso não punível no novo projeto de código penal... cit., p. 4.

19. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 204: "Art. 542. Este Código entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação". O Código Penal de 1940, v.g., teve uma *vacatio legis* superior a um ano, promulgado pelo Decreto 2.848, de 07.12.1940, e entrou em vigor em 01.01.1942.

20. "Art. 8.º A vigência da lei será indicada de forma expressa e *de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento*, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena repercussão. § 1.º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral; § 2.º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial'" (destaque livre).

21. QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da lei penal no Projeto de Código Penal... cit., p. 33 (nota de rodapé 103), lembrando, ainda, que tanto o atual Código Penal quanto o Código Civil de 2002 tiveram uma *vacatio legis* de um ano, inclusive o último "demonstra que nem as usuais platitudes sobre a sociedade pós-moderna, ou coisa que o valha, não justificariam período tão curto".

22. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 65-68.

Já o Projeto Alcântara Machado teve a sua Parte Geral submetida em 1938 com uma extensa e densa Exposição de Motivos (o que não se nota no *Projeto de Código Penal* sob análise), mas a versão definitiva foi entregue em abril de 1940, após modificações e alterações realizadas por uma Comissão Revisora,[23] presidida pelo Ministro da Justiça Francisco Campos e composta por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra. Apenas em 07.12.1940, por meio do Decreto 2.848 de /1940, o Código foi baixado, entrando em vigor a partir de janeiro de 1942. A partir dele, base do Código Penal vigente, muitas alterações foram realizadas e algumas tentativas de Reforma surgiram, mas não vingaram.

Quanto às últimas, o Anteprojeto de 1961, confiado pelo Presidente Jânio Quadros a Nelson Hungria, foi apresentado e publicado pelo Decreto 1.490 de /1962 para adquirir amplo conhecimento e receber sugestões. Além dessa importante abertura à participação da Ciência Jurídico-Penal e da sociedade brasileira, três comissões revisoras foram instituídas pelo então Ministro da Justiça à época, Milton Campos, a saber: (i) uma presidida por este e composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra e Hélio Tornaghi; (ii) outra presidida por Aníbal Bruno e composta por Nelson Hungria, Hélio Tornaghi e Heleno Fragoso; e (iii) uma formada por Heleno Fragoso, Benjamin de Moraes Filho e Ivo D'Aquino (destinada a uniformizar os textos dos Projetos de Código Penal e Código de Processo Penal). O texto final foi convertido em Lei pelo Decreto-lei 1.004 de /1969 da Junta Militar que governou o Brasil, mas, por uma panóplia de adiamentos, o Código não chegou a viger no país, sendo revogado pela Lei 6.578 de /1978.

Posteriormente às formações de Comissões Avaliadoras acerca dos Projetos de Códigos de Processo Penal e de Execuções, institui-se outra Comissão de Juristas[24] para a reforma do Código Penal, por meio da Portaria 1.043/1980, em 27 de novembro, sob a lavra do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel. Entre os meses de fevereiro e março de 1981 eram entregues ao Ministério da Justiça os Anteprojetos de Código Penal e de Lei de Execução Penal, recebendo estes críticas e sugestões. Em junho do mesmo ano, foram instituídas Comissões Revisoras dos textos apresentados, sendo a do Código Penal coordenada por Francisco de Assis Toledo com a participação de Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior.

23. Comissão Revisora desconhecida pelo autor do Anteprojeto inicial, Alcântara Machado, o qual só veio a tomar conhecimento desta e das alterações do seu texto submetido com a publicação do Novo Projeto, segundo palavras de *Galdino Siqueira*, "(...) em sigilo se elaborou o novo projeto, convertido no código, nem o próprio autor do que se pretendia rever, foi convidado para tomar parte nas reuniões para isso destinadas" (Id., Ibid., p. 78-79 (nota de rodapé 37)).

24. Presidida por Francisco de Assis Toledo e composta por Francisco Serrano Neves, Hélio Fonseca, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Rogério Lauria Tucci.

Em 11.07.1984 publicou-se a Lei 7.209, a qual modificou substancialmente a Parte Geral do Código Penal em vigor, regulamentando os principais pontos da teoria geral do crime e das penas, a saber: estipularam-se novas regras para o concurso de pessoas, em especial sobre a responsabilidade dos partícipes; diferenciou-se, no tocante à doutrina geral do erro, entre os erros de tipo e de proibição; instituiu-se a falta de consciência do injusto como fator de limitação da responsabilidade jurídico-penal; deu-se cabo ao sistema do duplo binário; criaram-se novas formas de penas não privativas de liberdade segundo uma escala de gravidade dos crimes; e, por fim, constituindo-se o princípio do *nullum crimen sine culpa* o núcleo disseminador desta reforma, estabeleceu-se outro tratamento para os crimes qualificados pelo resultado, além de condicionar a aplicação de pena à prática, no mínimo por negligência, de um ilícito-típico com culpabilidade.

Já a Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1940 foi, ao final, coordenada e entregue a publicação pelo Desembargador Luiz Vicente Cernicchiaro, em julho de 1984. Esse trabalho foi republicado posteriormente por determinação do então Ministro da Justiça, Paulo Brossard, e revisto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sem chegar ao Congresso Nacional. Posteriormente, ele fora ressuscitado por outro Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, que instituiu, em 10.12.1992, uma Comissão de Juristas.[25] Só ao final de 1997 o Ministro da Justiça, Íris Rezende, resolve publicar o Esboço, instituindo uma nova Comissão.[26] Esta "tinha em mãos, para orientação, o esboço de 1994, que, por sua vez, se inspirara no anteprojeto de 1984".[27] Em 02.03.1998, René Ariel Dotti, Juarez Estevam Xavier Tavares e Miguel Reale Júnior solicitaram os seus respectivos desligamentos da Comissão por não concordarem com a celeridade exigida pelo Ministro Íris Rezende para finalizarem os trabalhos. O mesmo episódio voltou a ocorrer com o *Projeto de Lei 236/ de 2012 do Senado Federal*, quando, do início dos trabalhos, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e René Ariel Dotti pediram afastamento da *Comissão de Juristas*, a qual se submeteu ao apertado prazo estipulado pelo Senado Federal (sete meses!).

Tal prazo é inconcebível, pois, como se sabe, jamais existiu uma forte e constante demanda social ou quaisquer outros fatores que o justificasse. Diante de todo

25. Presidida pelo Ministro Evandro Lins e Silva e composta por Paulo Sérgio Pinheiro, Jair Leonardo Lopes, René Ariel Dotti, Juarez Estevam Xavier Tavares, João Marcello de Araújo Júnior, Luiz Vicente Cernicchiaro, Francisco de Assis Toledo, Luiza Nagib Eluf, Hélio Bicudo e Alberto Silva Franco, que inicialmente se retirou da Comissão por divergências de caráter dogmático.

26. Presidida por Luiz Vicente Cernicchiaro e composta por René Ariel Dotti, Juarez Estevam Xavier Tavares, Miguel Reale Júnior, Ney Moura Teles, Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Licínio Leal Barbosa; e contando com os seguintes Consultores: o Ministro Evandro Lins e Silva e o Procurador de Justiça aposentado, Damásio Evangelista de Jesus.

27. Pierangeli, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*... cit., p. 91.

o exposto, em especial sobre as últimas tentativas de reforma do Código Penal em vigor, *Wunderlich*, *D'Ávila*, *Oliveira* e *Garcia* advertem: "Uma Reforma Penal, após tantos anos e tantas tentativas frustradas, merece redobrado cuidado".[28] Expostos alguns sinais de ruptura desse *Anteprojeto* com a história legiferante brasileira em matéria criminal, bem como em se considerando que a alteração de leis é *per se* complexa, em especial quando se trata de natureza penal por tocar o que há de mais fundamental à sociedade (a paz jurídica) e à pessoa (a vida e a liberdade), seguem abaixo algumas críticas de cunho codificador àquele, com destaque para as ideias dos quatro grandes pensadores da codificação oitocentista: *Portalis*, *Bentham*, *Thibaut* e *Savigny*.

Extrai-se das palavras iniciais do reconhecido discurso de *Portalis* à época da promulgação do *Code Napoléon* (1804) uma primeira lição tanto para a *Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal* quanto para a *Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*: "A experiência demonstra que os homens mudam mais facilmente de dominação que de leis".[29] Trata-se da regra de experiência histórica dos governos (independentemente de estarem envolvidos povos livres ou conquistados): mesmo sob as grandes mudanças sociais, o "direito civil comum"[30] permanecia. Reconhece-se a defasagem – ideológica, política, social e técnica – do atual Código Penal, o que, por sua vez, não justifica sua revogação e consequente adoção de um diploma absolutamente controverso e mal elaborado como o *Anteprojeto* em questão.[31]

---

28. WUNDERLICH, Alexandre; D'ÁVILA, Fabio Roberto; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de; GARCIA, Rogério Maia. *Breves notas críticas sobre a reforma do Código Penal*: Projeto n.º 236 do Senado Federal, p. 11. Disponível em: [www.oabrs.org.br]. Acesso em: 2 nov. 2013.

29. PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Introducción y traducción de I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 28.

30. "Direito civil comum", no sentido de que, à época, incluía também as normas de direito penal e de processo, e não somente aquelas inerentes às relações jurídicas de natureza civil, no sentido hoje compreendido. Em verdade, a história da codificação cruza-se com a do "direito civil comum", remetendo a pensadores ainda do século XVII, cf.: STERN, Jacques. Introducción. In: THIBAUT, Anton Friedrich Justus; SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La codificación*: una controversia programática basada en sus obras "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania" y "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho". Trad. esp. por José Díaz García. Madrid: Aguillar, 1970. p. XIX-XX.

31. Para elucidar a gravidade de suas impropriedades, chama-se à baila a crítica geral de *Greco* (a seguir, na quarta parte deste trabalho, serão aprofundados alguns dos mais preocupantes problemas dogmáticos daquele documento): "A Parte Geral do Projeto é um exuberante amontoado de erros, de uma diversidade que faz inveja à fauna amazônica. Há erros materiais, ideias que foram adotadas, sem que tivessem sido entendidas; há erros lógicos, isto é, dispositivos que se contradizem reciprocamente; há erros técnicos, que demonstram o quão pouco o Projeto conhece a matéria que se propõe a regular; e, *last but not least*, há

O documento peca também por sua tautologia e absoluto desconhecimento a respeito da existência e relevância do direito penal nuclear e do direito penal secundário. Primeiramente, depara-se com a seguinte ilação: "(...) a Comissão de Reforma trabalhou para tornar o Código Penal o centro do ordenamento jurídico-penal".[32] Tal afirmação faria algum sentido à época do medievo, marcada por uma pluralidade de concomitantes ordens jurídicas com disposições de natureza penal (v.g., o direito canônico, o direito romano, além do *ius comune* das respectivas regiões da Europa), mas, desde os primeiros códigos penais da modernidade, o centro da ordem jurídico-penal sempre foi tal diploma (e nada indica que será diferente).

A "despreocupação" com o preparo de um documento jurídico da relevância de um Novo Código Penal foi tamanha que o *Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal* conseguiu tipificar por duas vezes a mesma conduta em duas situações diferentes: a primeira, nos crimes de redução à condição análoga à de escravo, art. 150 – "Reduzir alguém à condição análoga à de escravo (...)" –, e de escravidão, art. 462 – "(...) reduzir alguém à condição análoga à de escravo (...)";[33] a segunda ao simplesmente repetir o mesmo crime de registro irregular de ou desmembramento de loteamento nos arts. 440 e 441, na tutela das relações de consumo.[34] Não por outras razões, *Quandt* considera tal descuido como "(...) o mais expressivo sinal da falta

erros de português" (GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *RLE [Reforma do Código Penal]*, p. 36. Reconhecendo a necessidade de reforma do Código Penal atual, principalmente de sua Parte Especial, cf. WUNDERLICH, Alexandre; D'ÁVILA, Fabio Roberto; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de; GARCIA, Rogério Maia. *Breves notas críticas sobre a reforma do Código Penal*... cit., p. 1.

32. *Relatório Final da Comissão de Juristas*..., p. 6-7. Aspecto também presente no *Relatório da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal* (p. 26) nos seguintes termos: "O Projeto, buscando tornar o CP o centro nevrálgico do sistema normativo penal, prevê que as regras gerais nele definidas devem ser aplicadas para fatos tipificados em outras leis de conteúdo penal, como as extravagantes e os Códigos Militar e Eleitoral, tornando ineficazes previsões em sentido diferente".

33. Espantosamente, esse lapso continua presente no *Substitutivo ao Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal* (p. 329 e 423), agora nos arts. 156 (crime de redução à condição análoga à de escravo) e 477 (crime de escravidão). Nota-se que a conduta "reduzir alguém à condição análoga à de escravo", presente nesses dois dispositivos, está prevista também como crime hediondo (p. 299), cf. art. 54, IX e XII.

34. A conduta por duas vezes tipificada é a de "registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado". Esse equívoco foi corrigido pelo *Substitutivo*, tipificada a mesma conduta – agora uma única vez – no art. 455, crime de registro irregular de loteamento.

de sistema e de simples revisão",[35] um documento arvorado em se autoproclamar *Anteprojeto do Novo Código Penal* jamais deveria apresentar grotesca imprecisão.

A mais festejada e anunciada das tarefas assumidas pelas *Comissões*[36] é simplesmente atropelada por este comezinho exemplo de absoluta assistematização, *scilicet*, nem sequer internamente o *Anteprojeto* consegue revisar o que se propõe,[37] ainda mais em se tratando da matéria envolvida e do tempo assumido para tal. Outro demonstrativo de assistematicidade está no tratamento dado às causas de justificação e de exculpação, denominadas, respectivamente, de "exclusão do crime" (art. 25) e "exclusão da culpabilidade" (art. 29), pois se nota, além de uma reprodução da primeira expressão em vários trechos da Parte Especial,[38] uma disseminação de outros termos pelas Partes Geral [v.g., "não isenta de pena" (art. 24, § 2.º) e "afastada a culpabilidade" (art. 27, parágrafo único)] e Especial [v.g., "exclusão da ilicitude" (art. 148, nos crimes contra a honra) e "exclusão da tipicidade" (art. 359, § 15, no crime de sonegação fiscal)] do *Substitutivo ao Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal*.

---

35. QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da lei penal no Projeto de Código Penal... cit., p. 33.

36. Conforme os termos utilizados nos documentos, fala-se em "unificar a legislação penal esparsa" (*Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 3) e, como "um dos principais objetivos do PLS n.º 236, de 2012, foi fazer uma limpeza na legislação extravagante. A Comissão de Juristas analisou as mais de 120 leis em vigor com algum conteúdo de direito penal material e propôs as revogações necessárias. Os dispositivos considerados dignos penalmente foram preservados, ajustados e incorporados ao Anteprojeto. Ao final do processo, tem-se inegavelmente um ordenamento jurídico-penal menor" (*Relatório da Comissão Temporária...*, p. 29). Não se nega, realmente se alcançaria um ordenamento jurídico-penal menor, mas também, nos termos realizados, muito pior, conforme se pretende demonstrar.

37. Outro exemplo dessa falta de sistematização que também expõe o insucesso no cumprimento daquela promessa de unificação da legislação extravagante são as penas desproporcionais que figuram na Parte Especial do *Anteprojeto*, segundo *Greco*, "(...) o que já era ruim na legislação extravagante torna-se intolerável em um Código, cuja primeira razão de ser é a pretensão de coerência interna" (GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal... cit., p. 38. Inclusive, ver a seguir, no item 4 deste artigo, os vários exemplos de desproporcionalidade entre as ofensas aos bens jurídicos e as respectivas penas correspondentes no *Substitutivo ao Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal*.

38. O termo "exclusão do crime" dissemina-se pelos arts. 127 (aborto), 157, § 3.º (violação de domicílio), 220, § 2.º (tráfico de drogas), 248, § 7.º (terrorismo), 308, § 3.º (falso testemunho), 405, § 7.º (caça a espécimes da fauna silvestre), e 487, § 3.º (racismo). Isso torna questionável se e apenas para o caso do *Anteprojeto*, da ausência de uniformidade na terminologia empregada e do texto proposto, a culpabilidade não seria mais elemento do crime, pois apenas as causas de justificação (agora sob a curiosa alcunha de "exclusão do crime") excluem o crime, o que não se passa com as causas de exculpação (denominadas pelo novo diploma de "exclusão da culpabilidade").

Essa infeliz pluralidade de conceitos provoca sensíveis dificuldades aos intérpretes do direito penal, pois deixa absolutamente em aberto quais seriam as naturezas jurídicas daqueles e, por conseguinte, as consequências daí decorrentes.[39] O outro lado desta moeda é destacado por *Thibaut*, ao discorrer sobre a introdução do *Code Napoléon*, no sentido de que, se o súdito (hoje o cidadão) aprender devidamente o novo Código, ele saberá o que tem de fazer e de permitir,[40] e é justamente neste aspecto que o *Anteprojeto* peca, porque não orienta corretamente o comportamento das pessoas. E não o consegue pela imprecisão técnica que o caracteriza, sobretudo ao ignorar a importância das palavras das leis, as quais – segundo *Bentham* – deveriam ser pesadas como os diamantes, "(...) pois, ao fim e ao cabo, a vida, a liberdade, a propriedade e a honra... tudo depende da correta escolha das palavras por parte do legislador".[41]

Conforme a crítica de *Leite*, a *Comissão de Juristas* deveria ter acompanhado a tradição da codificação penal brasileira de positivar as causas de justificação e de exculpação, mantendo uma uniformidade terminológica que evitasse problemas de concretização do direito penal.[42] Invoca-se ainda, nesse âmbito, outra lição do jurista da codificação:[43] "O vício contrário ao da simplificação, ou seja, a complicação produz ou agrava todos os males contrários aos fins da justiça: falta de certeza do próprio direito, ou melhor, demoras desnecessárias, gastos e vexações em sua execução".[44] Ao que tudo indica, as *Comissões* incorreram nesse erro quanto ao

39. Portanto, compreensível é a desconfiança de parte da doutrina jurídico-penal (os "preocupados" com o direito penal) em face da "doutrina repressiva" (cf. nota de rodapé 6) em virtude do interesse político desta primeiramente na determinação, e, paulatinamente, na consolidação de alguns posicionamentos na jurisprudência. Realidade esta que não fugiu à percepção do principal teórico da codificação, *Bentham*, que já afirmava serem as imperfeições da lei a fonte de oportunidades dos juristas por meio da seguinte metáfora "quanto mais turbulentas sejam as águas, mais proveitosa será a pescaria", embora representem, segundo *Zapatero* agora, "um atentado a segurança – e, portanto, a liberdade dos cidadãos" (ZAPATERO, Virgilio. Nota del Editor. In: ZAPATERO, Virgilio (Ed.). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Edición y estúdio preliminar de Virgilio Zapatero. 2. ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. XI.

40. THIBAUT, Anton Friedrich Justus. Sobre la necesidad de um derecho civil general para Alemania (1814). In: THIBAUT, Anton Friedrich Justus; SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La codificación*: una controversia programática basada en sus obras "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania" y "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho". Trad. esp. por José Díaz García. Madrid: Aguillar, 1970. p. 27.

41. ZAPATERO, Virgilio. Nota del Editor... cit., p. XI.

42. LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 78-79.

43. Reconhecido como o teórico responsável pela criação do termo "codificação", cf. CRIFÒ, Giuliano. "Codificazione" e "Sistematica". *LABEO* 45, 1999, p. 454.

44. BENTHAM, Jeremy. *Falacias politicas*. Estudio preliminar de Benigno Pendas. Trad. Javier Ballarin. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p. 182-183.

tratamento dos princípios da culpabilidade e da ofensividade (arts. 1.º, parágrafo único, e 14, *caput*).

Primeiramente, porque há sinceras dúvidas sobre se o legislador deveria adentrar nessas minúcias; segundo, porque afirmar se o Código Penal atende ou não àqueles princípios antes decorreria da análise de alguns institutos da Parte Geral (v.g., os crimes hediondos e os qualificados pelo resultado, a *actio libera in causa*, a reincidência no tocante à culpabilidade) e dos crimes da Parte Especial, conforme criticou *Greco*.[45]

A preciosa (e incompreensível!) predileção da *Comissão de Juristas* em manter o "indicativo numérico de condutas", considerado "'patrimônio imaterial' dos apli-

45. Nos termos empregados por *Greco*: "é a Parte Especial que tem de demonstrar que o princípio geral é mais do que uma mera promessa" (p. 39). Máxima esta válida para ambos os princípios supracitados, os quais são considerados pelo autor como simples promessas do *Anteprojeto* por variadas razões, a saber: *(i)* quanto ao da ofensividade por transformar "(...) à primeira vista, todos os crimes omissivos de resultado em crimes de mera desobediência" (p. 44), bem como a contravenção penal de perturbação do sossego em crime (art. 266 do *Substitutivo*) com o seu "(...) suposto bem jurídico 'sossego' (...)" e uma inconformidade com a pena de prisão simples de 15 dias a três meses do atual art. 42 da Lei de Contravenções (p. 40); pela incoerência do Projeto em relação aos crimes de perigo abstrato (p. 40-41) e outros aspectos circundantes ao tema do bem jurídico [críticas aos duvidosos bens jurídicos dos crimes de falseamento de resultado de competição esportiva, art. 259 do *Substitutivo*, *stalking*, art. 154 do *Substitutivo*, e aos bens jurídicos "aparentes" da paz pública (crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ou restrito, art. 252 e ss. do *Substitutivo*), da saúde pública (na pretensa legitimação do direito penal de drogas, art. 220 e ss. do *Substitutivo*, excepcionada a descriminalização da posse de droga para consumo próprio, art. 28 da Lei 11.343 de /2006 em vigor) e das relações de consumo (art. 442 e ss. do *Substitutivo*)]; acredita-se também poder incluir aqui o ensejo dado pelo infeliz texto do art. 14 do *Substitutivo* ao reconhecimento de que possa existir crime sem ofensa a bem jurídico, uma vez que "a realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza risco juridicamente relevante *ou* ofensa a determinado bem jurídico" (destaque livre, ver mais detalhes no item 4 do presente trabalho); por fim, o autor reconhece alguns (raros) avanços no tocante ao princípio da ofensividade [v.g., a descriminalização dos atuais crimes de manutenção de casa de prostituição (art. 227), de escrito ou objeto obsceno (art. 230), de posse de droga para consumo próprio e no desacato (art. 331), excluído como figura autônoma, mas se instituindo um lamentável aumento de pena na injúria contra funcionário público (art. 147, IV, do *Substitutivo*), e, em alguma medida o seu reflexo nos crimes sexuais], aos quais se pode acrescentar a revogação da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/1941), em especial à figura da vadiagem; *(ii)* quanto ao da culpabilidade, em virtude do "(...) reconhecimento, no corpo de um Código, da odiosa figura dos crimes hediondos (art. 57), à geral desproporcionalidade entre as penas e às penas excessivas cominadas na Parte Especial" (p. 38), conforme será exemplificado na quarta parte deste trabalho, bem como a "despreocupante" regulamentação da reincidência (art. 77 e ss. do *Substitutivo*) e da *actio libera in causa*, de um modo geral essas e outras críticas (GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal... cit., p. 37-41).

cadores e estudiosos do Direito Penal",[46] é um nítido demonstrativo das excentricidades elegidas por aquela. O fato de, por exemplo, os crimes de homicídio, furto, roubo e estelionato continuarem respectivamente com os números 121, 155, 157 e 171 em nada altera para melhor a concretização do direito penal. Tal escolha parece guiada por razões de ordem esotérica ou supersticiosa, o que – parafraseando *Shakespeare* – se pode afirmar: "Que há num simples [número] nome? O que chamamos [v.g., homicídio] rosa, sob uma outra [numeração] designação teria igual [significado de matar alguém] perfume".[47]

Frente às razões apresentadas nesta seção, a *Proposta de Novo Código Penal brasileiro* aproxima-se, no máximo, de uma "concepção quantitativa de codificação", portanto, de uma mera consolidação de leis penais,[48] pois ela afastou-se dos requisitos básicos de um Código. A começar pelo da concisão, já que o *Anteprojeto* não é breve e se caracteriza por uma completa assistematização de conceitos e institutos jurídicos nas Partes Geral e Especial, não apresentando as balizas gerais do sistema. Quanto ao da rigidez, tamanhas são as impropriedades daquele que não é duvidoso surgir um movimento de constantes alterações, o que quebraria a tendência à permanência que um Código busca, pois estas provocariam consequências nem sempre calculadas pelo legislador. No tocante ao requisito da clareza, a redação de muitos dispositivos ficou a desejar lógica, gramática, técnica e político-crimi-

46. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 7: "Grande cuidado teve a Comissão em manter o indicativo numérico de condutas que, de tão tradicionais, ingressaram no 'patrimônio imaterial' dos aplicadores e estudiosos do Direito Penal, como é o caso do art. 121, (homicídio), 155 (furto), 157 (roubo) e 171 (estelionato). Esta decisão, todavia, significou que os títulos e capítulos correspondentes tiveram que permanecer na mesma ordem atual. Não foi possível, desta maneira, dar primazia aos 'Crimes contra a Humanidade', que bem poderiam iniciar a parte especial". Adverte-se que, na versão de Código Penal apresentada pelo *Relatório da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*, não mais se nota tal manutenção numérica dos crimes supramencionados.

47. SHAKESPEARE, William. Romeo and Juliet. In: CRAIG, William James (Ed.). *The Oxford Shakespeare*: the complete works of William Shakespeare. New York: bartleby.com, 2000, Act II, Scene ii. Disponível em: [www.bartleby]. Acesso em: 1 ago. 2013.

48. Consideração também feita por *Quandt*, ao considerar as penas desmensuradas para crimes absolutamente diversos como o principal demonstrativo de que o *Anteprojeto* não se trata de um Código, mas tão somente de uma consolidação: "O problema da medida das penas é um indicativo seguro da absoluta falta de unidade do texto: trata-se de simples e precária consolidação das leis penais, realizado sem qualquer senso de prioridade, à qual ousadamente se deu o nome de projeto" (QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da lei penal no Projeto de Código Penal... cit., p. 33). Crítica também apontada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; MARONA, Cristiano Avila; NEISER, Fernando Gaspar; SOUZA, Luciano Anderson de; RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS n.º 236/12*... cit., p. 4 e 170.

nalmente, conforme já salientado e a seguir mais bem desenvolvido. Muitas das impropriedades apontadas dificultam a cognoscibilidade das normas pelo cidadão, outras ampliam demasiadamente o papel do intérprete na concretização do direito penal. A falta de clareza dos dispositivos (o que não atende à "perfeição formal" de *Thibaut*, *scilicet*, a maior clareza possível na redação da lei) e o previsível atentado à concisão e rigidez[49] afastam o *Anteprojeto* em questão dos padrões mínimos que são exigidos por um Código.

A *Proposta de Novo Código Penal* esforçou-se muito em relação a dois requisitos, embora pecando por excesso em ambos. No primeiro deles, o da completude, a trágica unificação da legislação esparsa, realizada a contragosto das orientações dogmáticas e político-criminais que cada matéria exige, acabou por gerar um extenso e amorfo conjunto de crimes sem sistematização e coerência estrutural e material. Quanto ao da acessibilidade, o pêndulo da linguagem acessível seguiu unilateralmente o senso comum, atraído por uma atmosfera apelativa, senão populista e sensacionalista (conforme argumentação do item seguinte). Todos esses fatores inevitavelmente afetaram a densidade técnica do Código, cuja metodologia de trabalho orientada por critérios cronológicos e casuísticos[50] (ver, no item seguinte, as suas inúmeras manifestações de um direito penal emergencial) deixou uma nefasta gama de problemas e dúvidas.

Apontados alguns traços gerais da ruptura do *Anteprojeto de Código Penal* com a história da produção legislativa brasileira e a cultura jurídica da codificação, passa-

---

49. Previsível porque o legislador não descansa e, suprimida a legislação esparsa como pretende o *Anteprojeto*, toda e qualquer alteração futura em matéria penal terá o efeito de alterar diretamente o Código Penal, promovendo as suas não recomendáveis dilatação (mediante a proposta de novos tipos penais) e constante alteração, mitigando ainda mais a já relativa estabilidade que este Novo Código deveria possuir. *Quandt* advertiu sobre o malfadado esforço da Comissão em eliminar (conforme texto do art. 13 do *Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal*) os microssistemas (com destaque para as suas Partes Gerais) das legislações eleitoral, extravagantes (v.g., o direito penal ambiental) e militar, posto que "tal esforço não impede que o legislador torne, no futuro, a excepcionar o regime geral do Código, pois este não pode imunizar-se da derrogação por lei *posterior* e *especial*" (QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da lei penal no Projeto de Código Penal... cit., p. 31). Crítica que parece ter sido compreendida, ao menos quanto às matérias eleitoral e militar, pelo novo texto do art. 13 do *Substitutivo*, mas não se pode negar que futuras alterações das partes do Código (esperadas porque a série de problemas apresentada pelo *Anteprojeto* é significativa) provocarão consequências não calculadas pelo legislador.

50. Nesse sentido a crítica de *Wunderlich*, *D'Ávila*, *Oliveira* e *Garcia*: "(...) o tempo ofertado pelo Senado da República para a elaboração de um projeto de Código Penal foi muitíssimo curto e, para além de consagrar uma espécie de jurisprudencialização da lei penal, na expressão de Salo de Carvalho, causou perplexidades" (p. 1-2) (WUNDERLICH, Alexandre; D'ÁVILA, Fabio Roberto; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de; GARCIA, Rogério Maia. *Breves notas críticas sobre a reforma do Código Penal*... cit.

-se, no tópico seguinte, a desenvolver os aspectos do verdadeiro contraste existente entre o que está visível na superfície daquele e oculto em seu subterrâneo (ou entre o que está manifesto e o que está velado), bem como os seus principais defeitos metodológicos.

3. OS MOTIVOS E FUNDAMENTOS MANIFESTOS E VELADOS DO PROJETO DE CÓDIGO PENAL

Ao tentar descortinar as razões deste afoito *Projeto*, *Greco* chega à conclusão de que "a única razão para correr seria evitar a necessária discussão, da qual tem de participar a sociedade e a ciência do direito penal".[51] O que não é admissível em um Estado Democrático de Direito, por simplesmente ignorar a "natureza dialógica e orientada a um acordo" do processo de produção de normas jurídicas.[52] A ausência de discussões públicas, transparentes e abertas sobre o *Novo Código Penal* foi patente, em um primeiro momento,[53] ao não se encontrarem registros das discussões pré-Projeto, as alegadas transmissões televisivas das reuniões de sua *Comissão de Juristas* nem os protocolos oficiais de sua realização.[54] Nesse contexto, é de trazer à

51. GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal... cit., p. 58 (nota de rodapé 50).

52. HESPANHA, António Manuel. Leis bem feitas e leis boas. *CCL* 50, 2009, p. 34-35. Processo que deveria atender aos seguintes pressupostos: *(i)* deve-se ouvir a todos, compreendidos aqui não apenas aqueles integrados ao universo político-jurídico, mas antes todo e qualquer cidadão ou grupo social, segundo as práticas de uma democracia participativa; *(ii)* aceitar e buscar assimilar as variadas formas de manifestação de interesses daqueles, "(...) não circunscrevendo o diálogo aos que não entendem a linguagem tecnocrática"; e *(iii)* acolher-se "uma política inclusiva do diálogo".

53. Diga-se em um primeiro momento, pois, após a publicação do *Relatório Final da Comissão de Juristas* e as inúmeras críticas deste e outros teores dirigidas ao seu conteúdo, inclusive no sentido de ausência de mecanismos de participação da sociedade civil e científica, foram promovidas audiências públicas conforme mencionam os itens "4. O roteiro de trabalho" do *Plano de Trabalho da Comissão Temporária destinada à análise do Projeto de Reforma do Código Penal* (p. 6-8) e "1.5-Audiências Públicas" do *Relatório da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal* (p. 60-61).

54. Embora o *Relatório Final da Comissão de Juristas* (p. 3) afirme que "as reuniões da Comissão foram transmitidas pela TV Senado e causaram imensa repercussão nos meios de comunicação social", acompanha-se em gênero, número e grau as indagações de *Greco* sobre tais registros, cf.: GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal... cit., p. 56-57, em especial na nota de rodapé 45. Demonstrativos de que tais indagações tinham a devida pertinência estão tanto no texto do *Plano de Trabalho da Comissão Temporária destinada à análise do Projeto de Reforma do Código Penal* (p. 6-8) quanto no do *Relatório da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*, v.g., o último vem expressamente justificar as audiências públicas nos seguintes termos: "Com o fim de dar voz à sociedade sobre a reforma do Código Penal (CP), a Comissão recebeu dezenas

baila as palavras de *Mattarella*: "Codificação e difusão dos textos normativos devem andar de mãos dadas".[55]

Em virtude da envergadura político-jurídica desse documento, cujos efeitos recaem diretamente sobre o cotidiano dos cidadãos, não é admissível a exclusão da Ciência Jurídico-Penal nesse debate, a qual deveria ter sido informada e convidada a se pronunciar desde o primeiro momento[56] por meio de manifestações de professores e pesquisadores das Universidades e institutos de pesquisa neste âmbito. Também deveriam ser consideradas as contribuições das instituições diretamente vinculadas à concretização do direito penal (desde a Ordem dos Advogados do Brasil, passando pelas Defensorias Públicas dos Estados, Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público, Polícias Militar, Civil e Federal; agentes penitenciários estaduais e federais, até os demais participantes da Justiça), bem como da população e dos demais atores sociais envolvidos. O *Projeto de Lei 236 de 2012 do Senado Federal* seguiu a contramão da história legislativa brasileira em matéria penal, também no tocante à efetiva participação da dogmática.[57] Tudo indica que as Comissões esqueceram-se de que "ontem, como hoje, a arte de legislar é a arte de fazer boas leis com a ajuda das ciências",[58] e cumprem tristemente a promessa[59] de

---

de documentos, de pessoas físicas e jurídicas, e realizou várias audiências públicas, em Brasília e em outras cidades do País. Foram ouvidos especialistas no tema, operadores do direito, autoridades e a sociedade" (p. 22).

55. MATTARELLA, Bernardo Giorgio. La codificazione in senso dinamico. *RTDP* 3, 2001, p. 714.

56. Diga-se desde o primeiro momento porque apenas no *Plano de Trabalho da Comissão Temporária destinada à análise do Projeto de Reforma do Código Penal* (p. 6-8), após o *Projeto de Novo Código Penal* ser entregue pela *Comissão de Juristas* ao Senado Federal, encontram-se tímidos elementos de convocação à participação da sociedade civil, da comunidade jurídica e jurídico-científica, nos seguintes termos: "A remessa de email com cópia do projeto será realizada para as seguintes pessoas e órgãos, sem prejuízo de outros que possam ser indicados pelos demais Senadores: a) Todos os Senadores não membros desta Comissão Especial; b) Todos os Ministros do STF; c) Todos os Ministros do STJ; d) As seccionais da OAB de todos os Estados; e) Todos os Tribunais de Justiça dos Estados; f) Todos os Tribunais Regionais Federais; g) Todas as Procuradorias do Ministério Público Federal e Estadual; h) Todas as Defensorias Públicas de todos os estados (sic); i) Todas as Procuradorias do Estado; j) As principais universidades do Brasil." (p. 7-8).

57. Segundo Leite: "De se lamentar é que a ciência não tenha sido convidada enquanto ainda se confeccionava o Projeto 236/2012." (p. 61, nota de rodapé 7), mais sobre esta crítica, cf.: LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 59 (nota de rodapé 1), 61 (nota de rodapé 7), 65, 95, 96 e 97.

58. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Sobre o Clube dos nomófilos / nomógrafos e a difícil arte de legislar no Estado Contemporâneo. *CCL* 50, 2009, p. 111.

59. LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 62: "De fato, não se trata de um trabalho aprofundado. Nesse ponto, a promessa foi cumprida".

que a proposta de *Novo Código Penal* não se justifica de forma "aprofundada", "nem é lastreada em lições doutrinárias".[60]

Notam-se (encobertos) traços de um demagogismo[61] populista no *Relatório Final da Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal*, v.g., um dos fios condutores da Exposição de Motivos é justificar a simplificação vernacular do *Novo Código* com vistas a facilitar sua compreensão pelos "representantes populares", pois "toda a sociedade brasileira" é também destinatária daquele, e não apenas "os estudiosos e aplicadores" do direito penal,[62] mas não se dispõem os responsáveis a discutir, de modo *materialmente* democrático, o seu conteúdo e as suas respectivas implicações sobre a sociedade brasileira. A população brasileira é apenas lembrada ao final da parte inicial da Exposição de Motivos por sua função

60. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 10.

61. GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal... cit., p. 55-56; QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da lei penal no Projeto de Código Penal... cit., p. 32 ("O projeto é atécnico, pomposo, casuísta, assistemático e farto de promessas vãs") e 34 ("Enfim, o projeto, como um todo, não passa de uma falsa promessa e uma imensa decepção"); LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 97 ["(...)que verdadeiramente audacioso é confeccionar um novo Código Penal, com pretensão de inaugurar e consolidar uma nova época normativa, em apenas sete meses, um filho prematuro, tirado a fórceps, de momentos pré-eleitorais. Mais audacioso ainda seria pensar que a ciência se calaria diante dos anseios do poder"].

62. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 9-10. Inclusive para ilustrar este aspecto, tal documento afirma que, v.g., o crime de estupro (art. 213 em vigor; art. 180 do *Projeto de Lei 236 de 2012 do Senado Federal*; e art. 185 do *Substitutivo*) terá a expressão "conjunção carnal" – por sua nomenclatura "demasiadamente erudita e de difícil compreensão pelas pessoas não familiarizadas com termos jurídicos" – substituída pela de "ato sexual vaginal", como opção "pela simplificação da redação, de modo a tornar a lei de fácil compreensão" (p. 322 do *Relatório Final da Comissão de Juristas*). Mesmo no *Relatório da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*, essa ideia de simplificação da linguagem do Código Penal continua viva, como se depreende do seguinte trecho que trata do elemento "destruição em massa" relacionada ao terrorismo: "Assim, optamos por uma construção redacional mais próxima ao senso comum, para facilitar a subsunção" (p. 204). Curioso é também o motivo da alteração do *nomen iuris* do art. 121, *rectius*, de sua modalidade "simples" para apenas homicídio, sob a alegação de que "não há simplicidade no ato de matar. Ceifar-se a vida de outrem é, sempre, o fim de um sonho, de uma história em progresso, de um mundo. Para a família e os amigos da vítima, bem assim para toda a sociedade, é dor que não se acomoda a descrições" (p. 274 do *Relatório Final da Comissão de Juristas*). Segundo *Leite*, o Projeto desconhece que o qualificativo "simples" refere-se à estrutura do delito de homicídio, pois, "(...) se fossem as coisas da forma como a Exposição de Motivos pensa, seria estranho manter o *nomen iuris* homicídio privilegiado (art. 121, § 3.º). O homicídio não é simples, mas é um privilégio?" (LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 62 (nota de rodapé 10)).

de legitimação (popular) do legislador brasileiro,[63] mas é esquecida no tocante ao que um verdadeiro Código deve garantir aos seus cidadãos: concisão, clareza, certeza e estabilidade; em suma: segurança jurídica!

É patente a ausência de informações e mecanismos de participação (materiais) dos cidadãos neste debate,[64] a não ser que se considere aceitável uma *perspectiva sistêmica-funcional de democracia*, fundamentada em mecanismos padronizados de participação, v.g., sugestões por correio eletrônico ou cartas. Importante seria compreender a ideia corrente desde o século XVIII de que, "nas matérias criminais, o debate dá-se entre o cidadão e o público",[65] bem como atender o *Anteprojeto* àqueles pressupostos (supramencionados) básicos do consenso produzido pela discussão no espaço público. Recuperando-se um dos fios condutores deste trabalho, cabe rechaçar essa *democracia orientada pelas consequências*, na qual os fins (a saber, em um primeiro momento, a edição do *Novo Código Penal* no prazo regimental do Senado Federal; e agora, o perigoso aproveitamento do *Projeto*) justificam quaisquer meios (sejam de insuficiente divulgação e de diminuta participação dos cidadãos e da Ciência Jurídico-Criminal no processo de confecção do Projeto, sejam de construção do conteúdo, no mínimo, pouco técnico desse diploma apresentado).

O populismo do *Anteprojeto* é exposto também pelo fato de que os únicos assuntos divulgados nos veículos de comunicação de massa envolviam temas polêmicos (leia-se: geradores de audiência), como o aborto, a eutanásia, a descriminalização da posse de drogas para uso próprio, a criminalização do *bullying* ("intimidação vexatória", art. 148 do *Projeto de Lei 236 de 2012 do Senado Federal*),[66] do *stalking* (..."perseguição insidiosa ou obsessiva" no vernáculo do Novo Código, art. 154 do

63. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 10, destaques livres: "Encerrando esta introdução, confia a Comissão de Reforma Penal que o legislador brasileiro, do alto da sua elevada condição e *forte na legitimação popular que o caracteriza e engrandece*, saberá adotar as providências administrativas, legislativas e, notadamente, orçamentárias, para fazer do novo marco penal do direito (...)".

64. Apesar de o *Relatório Final da Comissão de Juristas* (p. 2-3) afirmar "(...) a significativa presença de representantes da sociedade civil. Em espaço reservado na página do Senado Federal na *internet*, o 'Alô Senado', se permitiu a toda a cidadania brasileira que enviasse sugestões para a reforma do Código Penal, que recebeu, ao todo, quase três mil proposições (...) Entidades comunitárias e representativas da sociedade fizeram também sugestões, encaminhadas diretamente à Presidência e à Relatoria Geral dos Trabalhos".

65. PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso preliminar al Código Civil francês...* cit., p. 41.

66. Criminalização que foi abandonada na versão do Código Penal do *Substitutivo*, ao que tudo indica por razões de subsidiariedade, conforme a justificação apresentada pelo *Relatório da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal* (p. 77): "Todavia, julgamos que tais condutas não têm dignidade penal. É excessivo o uso do direito penal para lidar com esse tipo de conflito social. Portanto, julgamos que essa proposta, assim como a constante do Projeto de Código, não merecem (*sic*) seguir adiante".

Substitutivo), do *sexting* (inserido no crime de difamação, de acordo com o art. 144, § 1.º, do *Substitutivo*), da segregação racial ou *apartheid* (tendo esta última terminologia sido excluída do *Substitutivo*, art. 467), o aumento considerável da pena no crime de maus-tratos a animais (duplicação do mínimo e triplicação do máximo abstrato em relação aos marcos atuais do art. 32 da Lei 9.605/1998, conforme o art. 408 do *Substitutivo*). Além disso, *Leite* chama a atenção para a sobrevalorização desses temas da Parte Especial e o consequente efeito de infravaloração dos da Parte Geral, v.g., as causas de justificação e o erro, destarte "decidam, no caso concreto, entre a absolvição e a condenação de um cidadão", constituem temas que "não são boas pautas para os renomados periódicos de alta circulação e nem para um debate televisivo".[67]

Somam-se a isso dois exemplos demagógicos assumidos pelo *Relatório Final da Comissão de Juristas*: a criminalização do enriquecimento ilícito e a previsão do direito de cela individual para o cumprimento das penas privativas de liberdade.[68] Além do implícito maniqueísmo desse trecho (assume-se a defesa de direitos dos apenados, mas também a criminalização de outros comportamentos), a *Comissão de Juristas* parece se esquecer da existência de uma legislação avançada de execução penal (e, infelizmente, nada mais que isso!), a qual não é cumprida, em grande parcela, pela inexistência de (ou de problemas estruturais crônicos nos) estabelecimentos prisionais (existentes) adequados. O demagogismo desse *Relatório* salta aos olhos com a sua autoproclamação de pluralista (o "Direito Penal do pluralismo e da proteção do pluralismo, essencial à vida comunitária"), mas, se assim o fosse, não puniria comportamentos como o enriquecimento ilícito,[69] embora se autojulgue

67. LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 61.

68. *Relatório Final da Comissão de Juristas*..., p. 7.

69. "Enriquecimento ilícito – Art. 287. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por quem a ele equiparado, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou por outro meio lícito: Pena – prisão, de dois a cinco anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave. Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas". Sobre isso, cf. *Acórdão do Tribunal Constitucional português* 179/2012, que declarou a inconstitucionalidade desse crime (art. 335.º-A do Código Penal Português: "Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos se pena mais grave não lhe couber por força de ou de outra disposição legal") no Estado português, ou para uma crítica além das razões levantadas neste acórdão, cf.: COSTA, José de Faria. Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito... cit., p. 249-264.

por suas boas intenções, como a de "que não se quer moral ou religioso, que não se presta a limitar modos de vida".[70]

Tampouco rebaixaria os indígenas[71] (tema destituído de impacto eleitoral), condicionando o reconhecimento de sua(s) organização(-ões) político-social(-ais) e jurídica(s) à compreensão ou internalização dos valores dos bens jurídicos refletidos nas normas ou à não presença do desvalor de suas condutas (art. 34, § 1.°, do *Substitutivo*), o que não se exige de nenhuma outra etnia, em manifesto ataque à isonomia, além de ingressar "na consciência dos índios, invade suas crenças e os desrespeita como pessoas".[72]

O *Relatório Final da Comissão de Juristas* ainda traz, de forma expressa, uma contraposição típica de filmes de faroeste (com seu maniqueísmo entre mocinhos e bandidos) entre o "homem branco"[73] e o "índio", sendo exemplo manifesto o crime do art. 501 do *Substitutivo* (figura típica ampliada em seus preceitos primário e secundário),[74] ainda que sob a justificativa paternalista de proteção "da comunidade indígena em face de crimes contra ela praticados".[75] O *Projeto* guiado pelo "pluralismo" quer, então, conforme adverte *Leite*, "(...) proteger os índios deles mesmos?". Teria sido mais límpido por parte da *Comissão de Juristas* assumir o indígena como "cidadão com autonomia limitada",[76] o que tornaria, ao menos, o dispositivo coerente com a ideologia assumida pelo diploma em questão.

O ápice da contradição entre o que é realmente proposto pelo *Anteprojeto* e o que ele alega promover – bem como as bases sob as quais se diz sustentar dogmática e político-criminalmente – reside na condenação das atuais leis criminais extravagantes de "permeável ao fascínio da legislação penal de urgência, que traz soluções penais sem prazos de normal maturação

70. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 216.

71. Nesse sentido, *Leite* afirma que o Projeto acaba por "desrespeitar os índios como pessoas, como agentes morais", representando "manifestação das mais degradantes às comunidades indígenas, a ser comparada ao tempo em que 'silvícolas' eram considerados inimputáveis" (p. 75), cf.: LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 73-77.

72. LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 77.

73. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 225.

74. Trata-se de uma ampliação dos comportamentos puníveis pelo art. 58, III, do Estatuto do Índio (Lei 6.001 de 1973), bem como uma agravação da pena atual de seis meses a dois anos para uma de dois a quatro anos de prisão.

75. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 454.

76. LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 77.

e aperfeiçoamento".[77] Contudo, mesmo após as críticas feitas nesse sentido à primeira versão do *Anteprojeto* (a do *Relatório Final da Comissão de Juristas*), o seu *Substitutivo* continua orientado por uma filosofia punitivista e se encontra repleto de manifestações de um direito penal de emergência (sem comentar o prazo para amadurecimento e melhoria das soluções penais). A atmosfera de clamor social e de oportunismo político marca o(s) texto(s) do(s) *Anteprojeto*, fazendo tábula rasa dos princípios jurídico-penais da subsidiariedade, *ultima ratio* e da fragmentariedade.

Os exemplos são inúmeros nesse aspecto, podendo-se mencionar a criação dos crimes de descarte irregular (art. 135) e de venda ou importação ilegal de resíduo hospitalar (art. 136); de ofensa à pessoa jurídica (art. 144, § 2.º); de ofensa à honra de pessoa morta (art. 146);[78] de invólucro ou recipiente com falsa indicação (art. 243); de medicamento em desacordo com receita médica (art. 246); de falseamento e de fraude de resultado de competição esportiva (arts. 259 e 260); de milícia (art. 264); de jogos de azar e do bicho (art. 276 e ss.); de indução para outorga de procuração (art. 496); ou, ainda, a criação do furto com uso de explosivo (art. 162, § 5.º)[79] e da causa de aumento de pena no crime de incêndio por motivo de vingança contra pessoas do círculo afetivo do agente, desde que o mesmo prevaleça "das relações afetivas, independentemente de coabitação" (art. 195, § 2.º).[80]

77. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 214.

78. Nesse âmbito, teria sido mais adequado deixar a honra fora dessa criminalização, uma vez que, com a morte, cessa qualquer direito da pessoa e tampouco parece constituir o bem jurídico daquela uma "honra familiar com substrato no sentimento *pietatis* que envolve todos os familiares, os amigos e até os conhecidos mais chegados" (p. 40) em proximidade ao crime de ofensa à memória de pessoa falecida no Código Penal português, art. 185.º. Além disso, segundo *Costa*, a memória é um bem jurídico autônomo, de cariz individual e espiritual, um "patrimônio espiritual que se repercute no presente" (p. 42), *rectius* "aquele pedaço de nós espiritualmente vinculante ligado à nossa existência e que é capaz de ser, depois da morte, ainda pertinente na definição do presente" (p. 41), in COSTA, José de Faria. *Direito penal especial* (Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da parte especial). Reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

79. Nos termos previstos no *Substitutivo*: "Se houver emprego de explosivo ou outro meio que cause perigo comum, a pena será de quatro a dez anos". As margens abstratas (tanto mínima quanto máxima) de pena são as mesmas do roubo (art. 162)! Este é o *Novo Código Penal* da culpabilidade e da proporcionalidade...

80. Destaca-se que a exposição de motivos do *Relatório da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal* assemelha-se, em muitos de seus trechos, a uma retrospectiva dos fatos criminais que marcaram a sociedade brasileira nos últimos anos. Embora a última versão do texto apresentado para o *Novo Código Penal* não tenha incorporado as propostas mencionadas a seguir, de alguma forma elas refletem a atmosfera de emergência que plaina sobre o legislador brasileiro, destaque aqui para os Projetos de Lei do Senado de n.ºs 110/2010, que pretende acrescentar o art. 288-A ao Código Penal atual

Por fim, vislumbra-se que o mencionado problema de insuficiente ou inexistente publicação, divulgação e discussão prévia do texto final do *Anteprojeto de Código Penal*, o que (deveria, mas) não foi realizado pela *Comissão de Juristas* instituída pelo Senado Federal, afronta em cheio o princípio democrático do Estado de Direito. Além disso, a consciência do sentido vertical das relações estabelecidas entre o Estado e os cidadãos em matéria de direito penal (direito público por excelência, com o mais elevado grau sancionatório) conduz ao lembrete, de conteúdo nada caprichoso, de que normas jurídicas aplicáveis aos cidadãos constituem um "(...) aspecto do direito à informação e a difusão dos textos jurídicos é uma missão de serviço público, da qual estão investidas as autoridades públicas".[81]

Em que pese ainda se tratar de um *Anteprojeto*, faz-se necessário reconhecer que o tempo de trabalho dos Senadores da República e o emprego dos recursos humanos e materiais para a realização dos trabalhos da *Comissão de Juristas* responsável por aquele são de natureza pública. Tendo-se em vista as crassas impropriedades do documento, resta a sincera dúvida de que se não terá ocorrido aqui uma violação dos princípios jurídico-administrativos da publicidade e da eficiência (art. 37 da Constituição da República). Portanto, eis o que o *Anteprojeto* apresenta: um antidemocrático e atropelado procedimento legiferante, marcado por intenções políticas e influenciado por uma mídia sensacionalista e tendenciosa.

Apontados os aspectos velados do *Projeto de Código Penal*, na seção abaixo seguem as derradeiras críticas à absoluta carência de reflexões e melhorias técnicas tanto na Parte Geral quanto na Especial daquele e suas possíveis consequências para o Estado Democrático de Direito.

---

para definir o crime de torcida organizada voltada para a prática de violência; 140/2010, que prevê o acréscimo de parágrafos ao art. 121 para estabelecer o conceito de assassino em série; 125/2011, que aumenta a pena para os crimes de roubo e de receptação de cargas; 358/2011, que aumenta a pena no caso de contrabando de explosivo ou qualquer equipamento, instrumento ou artefato destinados à prática de crime; 542/2011, que estabelece ser o produto da remuneração pelo trabalho realizado na prisão exclusivamente destinado à indenização dos danos causados pelo crime e ao ressarcimento do Estado pelas despesas realizadas com a manutenção do condenado; 58, 122 e 148/2012, que visam a instituição de uma forma de crime de exposição da vida de outrem a perigo na condução de embarcação em águas públicas sem a devida habilitação; 327/2012, que tipifica penalmente o uso de raio laser no Estatuto de Defesa do Torcedor; 328/2012, que agrava a pena do art. 342 do Código Penal atual na hipótese de a testemunha invocar indevidamente o direito ao silêncio com o objetivo de proteger outrem; 21/2013, que tipifica a prática de *bullying* virtual; 147/2013, que visa excluir a idade como fator de inimputabilidade; dentre tantos outros...

81. MATTARELLA, Bernardo Giorgio. La codificazione in senso dinamico... cit., p. 713.

4. AS IMPROPRIEDADES DOGMÁTICAS MAIS SIGNIFICATIVAS DO PROJETO DE CÓDIGO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOBRE A JURIDICIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dentre os maiores equívocos técnicos do *Anteprojeto* está o seu art. 14, dispositivo que trata da teoria da imputação objetiva. O agravante nesse aspecto está em que o texto do *Substitutivo* conseguiu cometer a "despreocupada" proeza contida na expressão idiomática do descarte do bebê concomitantemente com a água suja da banheira. A *Comissão de Juristas* promoveu uma miscelânea entre causalidade e imputação objetiva,[82] mas o *Substitutivo*, em vez de procurar corrigi-la, optou por simplesmente suprimir os antigos dispositivos da causa (art. 15)[83] e da superveniência de causa independente (art. 16).[84] Com isso, despontam os seguintes problemas.

Primeiramente, conforme já apontado alhures (cf. nota de rodapé 44), o art. 14 conseguiu constituir-se em um oxímoro em relação à ofensividade, princípio este elevado a centro irradiador do *Novo Código Penal* pela exposição de motivos do *Relatório da Comissão de Juristas*. A utilização da preposição alternativa "ou" naquele dispositivo conduz a duas possíveis hipóteses de existência do fato criminoso (o crime), ambas decorrentes de ação ou omissão, culposa ou dolosa, que produza (i) um "risco juridicamente relevante" ou (ii) uma ofensa a determinado bem jurídico.[85] Assim, o mesmo *Anteprojeto* que rende homenagens ao princípio da ofensividade admite a possibilidade de crime sem ofensa a bem jurídico: casos da criação de um risco juridicamente relevante decorrente de ação ou omissão, culposa ou dolosa.

---

82. A saber: "O fato criminoso – Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico. Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo" (Relatório *Final da Comissão de Juristas*..., p. 215).

83. "Causa – Art. 15. Considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido" (*Relatório Final da Comissão de Juristas*..., p. 215).

84.) "Superveniência de causa independente – Art. 16. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou" (*Relatório Final da Comissão de Juristas*..., p. 215).

85. Nos termos dos Comentários da *Comissão de Código Penal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*: "A redação do *caput* do artigo confunde o risco juridicamente relevante com a conduta perigosa em si, ao separá-la da ofensa ao bem jurídico" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; MARONA, Cristiano Avila; NEISER, Fernando Gaspar; SOUZA, Luciano Anderson de; RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS n. 236/12*... cit., p. 13.

Em segundo lugar, nos termos da exposição de motivos do *Substitutivo*, um dos efeitos da adoção da teoria da imputação objetiva (compreendida como "o centro filosófico do sistema penal") pela *Comissão de Juristas* seria "libertar o direito penal do nexo causal".[86] A responsabilidade jurídico-penal não pode abrir mão da categoria da causalidade, eminentemente nos crimes comissivos de resultado,[87] ressalvada a discussão de sua existência nos crimes de mera atividade e omissivos.[88] Tampouco a teoria da imputação objetiva dispensa-a, pois ela ainda desempenha um papel de relevância, tanto em um plano natural para se explicar um resultado como decorrência de um determinado comportamento humano (herança da teoria das condições equivalentes), quanto em um plano normativo para se imputar o resultado desvalioso apenas àquelas ações idôneas a provocá-lo (herança da teoria da causalidade adequada).

Só a partir daqui começam a se manifestar os variados filtros da imputação objetiva para atribuição de responsabilidade jurídico-penal a certo sujeito, o que demonstra um desconhecimento tanto por parte da *Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal* quanto da *Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal* sobre o que ela realmente representa: um corretivo da causalidade e não um substitutivo ou método incompatível com ela. Por fim, em razão das duas impropriedades apontadas, pode-se chegar a uma terceira: a existência de uma imputação objetiva, cujo desvalor do resultado é tendencialmente nulo, pois, ao se admitir crime sem ofensa a bem jurídico, constituindo o desvalor da ação a produção de risco juridicamente desaprovado acompanhado de dolo ou de culpa,[89]

---

86. *Relatório da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*, p. 95. Aspecto que nunca foi compreendido por *Tavares*, que, ao prefaciar a obra de *Greco* sobre o tema, reconhece se tratar de "uma ideia que está, não sei por que, se enraizando nos nossos autores, de que a teoria da imputação objetiva veio substituir a relação de causalidade" (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 13).

87. Nos moldes como está o texto do dispositivo 14, pode-se extrair que a causalidade natural não é mais exigida nos crimes de resultado, e, a partir daí, tornam-se assustadores os problemas que poderão advir da aplicação deste *Novo Código Penal*, caso seja aprovado e promulgado.

88. Aspecto também criticado no estudo supramencionado do *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nos seguintes termos: "Causalidade e imputação do resultado não se anulam, mas estão em planos diferentes do ponto de vista de relevância para a configuração do crime, e tal redação compromete a imputação dos resultados de perigo e principalmente daqueles que devem ser imputados não por decorrência causal e sim por omissão de um comportamento esperado, que é o caso dos crimes omissivos próprios" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; MARONA, Cristiano Avila; NEISER, Fernando Gaspar; SOUZA, Luciano Anderson de; RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS n.º 236/12*... cit., p. 13-14.

89. Segundo a concepção de imputação objetiva defendida por *Greco*, cf.: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*... cit., p. 25 e 29-89. Esta e outras obras do autor

o que restaria ao desvalor de resultado? Ser condição objetiva de punibilidade? Um direito penal do fato, cujo fim seja a tutela de bens jurídicos, não poderia ser compatível com tal raciocínio.

Invoca-se também a total ausência de sistematização das duas versões apresentadas (não só) na matéria de proporcionalidade das penas aplicáveis a determinados comportamentos; novamente a ilusão prometida pela *Comissão de Juristas*: sistematizar os crimes da legislação especial com o fim de diminuir as desproporcionalidades das penas (ver tarefa "d" do *Relatório da Comissão de Juristas* na nota de rodapé 15 acima).

Os exemplos da desproporcionalidade entre a ofensa ao bem jurídico e a respectiva pena cominada são extensos no texto do *Substitutivo*, v.g.: (i) "o arremesso de objeto" contra veículo em movimento (art. 205, § 1.º) prevê uma pena de prisão de dois a cinco anos; o "confronto generalizado" (art. 142), a rixa no direito penal em vigor, estipula de um a quatro anos, além das penas para os crimes mais graves; "o disparo de arma de fogo" (art. 253) determina de dois a quatro anos; já a lesão corporal (art. 129) estipula a prisão de seis meses a um ano; (ii) penas iguais para a injúria (art. 145) e as lesões corporais leves (art. 129), para a difamação (art. 144) e as lesões corporais decorrentes de culpa gravíssima (art. 129, § 10), para o sequestro (art. 155) e o constrangimento ilegal (art. 152), e o dano a dados informáticos (art. 216) é punido três vezes mais que o dano comum (art. 170).[90]

Além disso, burlesco seria se não fosse trágico o tratamento "despreocupado" que a *Comissão de Juristas*[91] deu aos erros sobre a existência de uma causa de justificação e sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação. *Leite* destaca que, com isso, o *Projeto de Lei 236 de /2012 do Senado Federal* acaba por ignorar qualquer diferença material entre aquele que amplia simuladamente os limites da ordem jurídica ao próprio alvedrio e em prejuízo dos outros e aquele imprudente na valoração das circunstâncias fáticas que acredita autorizado pela ordem jurídica a ampliar seu campo de ação, mesmo que em detrimento alheio.[92] Trata-se de

---

sobre o assunto, caso tivessem sido consultadas para a confecção do *Anteprojeto*, poderiam ter evitado muitos dos equívocos aqui apontados.

90. Cf. o pioneirismo dessas críticas em QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da lei penal no Projeto de Código Penal... cit., p. 33. Infelizmente elas ainda são válidas porque seus descompassos não foram corrigidos pelo *Substitutivo ao Anteprojeto*.

91. *Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 220: "O artificialismo desta construção é patente: em tese, pode levar à tentativa em crime culposo... Basta que o agente, por culpa, suponha situação fática que legitimaria sua defesa e, por exemplo, atire no suposto agressor. Se ele errar o tiro, responderá por tentativa de homicídio culposo!".

92. "Seria, então, um capricho oferecer tratamento jurídico diverso entre o sujeito que crê que está autorizado pela ordem jurídica a disparar mortalmente contra o ladrão em fuga que furtara um boné e aquele que dispara por pensar que o ladrão que o assalta retirou uma

uma das "imperfeições de segunda ordem" aos fins da nomografia, *rectius*, a de desordem,[93] pois estabelece um mesmo tratamento (a saber, o das discriminantes putativas para o erro de proibição) para matérias de natureza diversa (o erro sobre a existência de uma causa de justificação e o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação).

O que causa ainda mais espanto é a justificativa apresentada pelo Relator-Geral da *Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal*, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, para tal desconsideração de figuras profundamente diversas e relevantes para a concretização do direito penal. Segundo ele, "(...) talvez o tema mais difícil para ensinar aos meus alunos de direito penal é a tal da teoria limitada da culpabilidade, o erro de tipo permissivo (...) não tem mais erro de tipo permissivo, então senhores estudantes, essa é uma boa notícia para vocês".[94] Como se o Código Penal agora estivesse subordinado a meras questões didáticas, além da tábula rasa feita da tradicional e comprometida dogmática jurídico-penal.

Segundo *Leite*, o denominado "desafio à lógica deôntica" (p. 83 e 93), promovido pelo parágrafo único do art. 27 do *Substitutivo* (estado de necessidade excul-

---

arma do bolso, quando na verdade se tratava de uma lanterna?" (LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 72). Posteriormente, o autor conclui que: "Verdadeiramente 'artificial' é reprovar com a pena dolosa um crime culposo e punir injustamente um sujeito para atender ao luxo dogmático de que não exista 'tentativa em crime culposo'. Isso sim é 'caprichoso'" (p. 73).

93. A nomografia como "a arte e a ciência mediante as quais se pode dar expressão ao conteúdo da lei, de forma que conduza, em máximo grau possível, a obtenção de fins, quaisquer que forem, que o legislador, quem quer que seja, possa ter em mente" (p. 4); e a desordem como imperfeição sobre "(...) a disposição dada a várias matérias ou por incluir sob um mesmo nome e, em consequência sob um mesmo tratamento, matérias que pela diversidade de sua natureza requerem cada uma um tratamento diferente" (BENTHAM, Jeremy. Nomografía o el arte de redactar leyes. Trad. Cristina Pabón. In: ZAPATERO, Virgilio (Ed.). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Edición y estúdio preliminar de Virgilio Zapatero. 2. ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 20).

94. Conforme o trecho da videoconferência produzida (transcrição do intervalo compreendido entre o 15.º e o 16.º minuto do primeiro vídeo disponibilizado) pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais sobre a Audiência Pública sobre o Projeto de Reforma do Código Penal, realizada na cidade de São Paulo, em 29.08.2012. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/novo/manifesto/manifesto2012.php]. Acesso em: 10 jan. 2013. Para se afastar aqui qualquer contra-argumentação, no sentido de descontextualizar a fala do Relator-Geral do *Anteprojeto de Código Penal*, embora se reconheça que o seu discurso tenha sido proferido no âmbito do Seminário Internacional de Ciências Criminais, âmbito de discussões (não só) acadêmicas, a envergadura jurídico-política de um *Anteprojeto* merecia, no mínimo, uma justificação profunda e técnica da supressão de uma figura tão cara ao valor liberdade, como é o erro de tipo permissivo.

pante, dispositivo 29 na primeira versão do *Anteprojeto*), é lamentável e suas consequências são absolutamente nefastas sobre os direitos e a segurança jurídica dos cidadãos, pois ele representa uma "possibilidade justificação *versus* justificação" (p. 93), ora, a mitigação da vida pelo próprio direito penal, ordem valorativo-jurídica que deveria prezá-la. Nesta aceitação, por exemplo, os critérios de uma legítima defesa poderão ser crassamente entregues à ponderação do Magistrado, além do incentivo à lei da selva nessas questões de vida e morte.[95]

Outro ponto criticável do *Anteprojeto* é a sua concepção desastrosa de dolo, em especial de dolo eventual (art. 16, I, do *Substitutivo*).[96] Segundo *Leite*, um primeiro problema de natureza sistemática desse conceito de dolo (nos termos da Exposição de Motivos do *Relatório da Comissão de Juristas*[97]) é considerar a previsibilidade objetiva como bastante para sua configuração, porque tal previsibilidade pode representar desconhecimento do fato.[98] Há uma incompatibilidade inegável aqui, posto que o conceito de dolo adotado pelo *Anteprojeto* abre mão do elemento cognitivo, o único sobre o qual há consenso na doutrina jurídico-penal e cuja função é fazer com que o agente, ao atuar, "conheça tudo quanto é necessário a uma correcta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à acção intentada, para o seu carácter ilícito".[99]

Espantosamente, "o erro sobre elemento constitutivo do tipo penal exclui o dolo" (art. 24, *caput*, do *Substitutivo*), o que implica aceitar que "só existe dolo com efetiva previsão de que o tipo pode ser realizado", assim, apenas pode existir dolo

95. LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 93 (aspectos relevantes também em p. 82-84 e p. 91-92). Para este autor, a ausência de uma cláusula de preponderância entre os bens jurídicos em jogo no estado de necessidade permite que "(...) em situações dramáticas de vida contra vida, nossa solução de direito positivo parece ser a de que existe justificação contra justificação, uma cerimônia em que entra em cena um espaço livre de direito (o direito está suspenso, já que ambos possuem direitos e deveres que se autoexcluem) que, incrivelmente, ao seu final, produz um resultado jurídico: aquele que vencer a guerra, ou seja, o mais forte, terá sua conduta autorizada pelo Direito! Um verdadeiro desafio à lógica deôntica que se reverte na degradação dos direitos das pessoas" (p. 83).

96. "Dolo e culpa – Art. 16. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente, realizando os elementos do tipo criminoso, quis ofender o bem jurídico protegido, ou, *assumindo o risco de realizá-los, consentiu ou aceitou de modo indiferente a ofensa ao bem jurídico*" (destaques livres).

97. O texto afirma: "Consentimento e indiferença, diante da previsibilidade objetiva do resultado, fazem o dolo eventual" (*Relatório Final da Comissão de Juristas...*, p. 217).

98. LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal... cit., p. 67.

99. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. 2.ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I, p. 351.

com conhecimento (o elemento cognitivo), aspecto que jamais poderia ser esquecido pela *Comissão de Juristas*, a qual, contraditoriamente, reconhece-o posteriormente como fundamento para o erro de tipo.[100] Quanto à fundamentação dogmática do dolo eventual no *Anteprojeto*, a lamentável adoção das teorias da indiferença e do consentimento gera outra incompatibilidade, porque a primeira delas (por se vincular a um direito penal de atitudes internas) não casa com um direito penal do fato,[101] e, por conseguinte, com uma teoria de exclusiva proteção de bens jurídicos vinculada ao princípio da ofensividade.

Esses foram apenas alguns dos mais graves problemas que persistem no *Anteprojeto de Código Penal*, e infelizmente há tantos outros que, por razões de espaço e oportunidade, não se pode aqui desenvolver. Por fim, todas as impropriedades do texto proposto e o *modus operandi* de sua confecção e discussão (pública apenas em um segundo momento) levam a um atentado ao Estado Democrático de Direito, usurpando os valores inerentes à juridicidade: a justiça e a segurança. A primeira, por criar lacunas e aporias dogmáticas incorrigíveis pela hermenêutica, ainda que "jurídico-penalmente preocupada",[102] porque, além de não simplificar nem racionalizar o direito penal vigente, pelo contrário, deixa as balizas para sua concretização muito flexíveis, em especial, sob o ponto de vista de uma legalidade estrita. E, com isso, há uma dupla insegurança jurídica para os cidadãos: (i) primeiro, por não oferecer a devida orientação de comportamento aos destinatários da norma, os quais se verão em permanentes dúvidas sobre como agir ou reagir em determinadas situações jurídico-penalmente relevantes; (ii) segundo, por sequer poderem imaginar o quê e como os Magistrados e Tribunais irão aplicar tais dispositivos.

Partindo-se da relação estabelecida por *Mattarella* entre a intensidade do recurso ao método da codificação e a determinação da efetiva realização do Estado de Direito, não se discorda que a inflação legislativa extracódigo seja um obstáculo à concretização daquele, nem que sua exigência de certeza do direito oriente e facilite a atividade jurisdicional, reduzindo o arbítrio do Estado e promovendo a tutela dos direitos dos cidadãos.[103] A questão quantitativa é relevante: *leges non sunt multiplincandae sine necessitate* (as leis não devem ser multiplicadas sem necessidade),

100. GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal... cit., p. 46.

101. Idem, p. 45-46. Cf. nesse sentido também: WUNDERLICH, Alexandre; D'ÁVILA, Fabio Roberto; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de; GARCIA, Rogério Maia. *Breves notas críticas sobre a reforma do Código Penal*... cit., p. 3, sobre a crítica à escolha metodológica dessa *Comissão de Juristas* que acabou por "(...) confundir a teoria do consentimento com a teoria da indiferença".

102. Nesse sentido, cf.: COSTA, José de Faria. *Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*... cit.

103. MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Codificazione e stato di diritto. *RTDirPC* 3, n. 2, 1998, p. 365-366, 371 e 382.

fundamento da lâmina de *Ockham* para um direito penal mínimo,[104] mas não se pode descurar da qualidade das normas do Código em tela, e, nesse âmbito, estão as principais dificuldades do *Anteprojeto de Código Penal*.

Embora essa proposta pretenda gozar da forma codificadora mais adequada à realização do Estado de Direito, o conteúdo de suas normas não orienta condutas (pelo contrário, confunde o cidadão e até os aplicadores da legislação), ignorando os valores da segurança e da certeza do direito, domínio por excelência do princípio da tipicidade da lei penal incriminadora,[105] princípio este umbilicalmente ligado, *rectius* decorrente de outro, ao da legalidade estrita.

5. À GUISA DE CONCLUSÕES

Conforme os argumentos expostos, conclui-se que o *Anteprojeto de Novo Código Penal* – enquanto diretriz para confecção do principal diploma legislativo em matéria criminal do ordenamento jurídico brasileiro – representa (por todas as suas impropriedades formais, técnicas e teóricas apresentadas) uma verdadeira negação do que cultural, histórica e dogmaticamente se compreende por Código Penal.[106] As palavras de *Tobias Barreto* foram sumariamente ignoradas, primeiro pela *Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal*, depois pela *Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*, já que, das versões apresentadas, absolutamente pouco ou mesmo quase nada se notou dos históricos lastros jurídicos e culturais tanto ao nível da codificação quanto da dogmática jurídico-penal.

---

104. FIANDACA, Giovanni. Relazione Introduttiva. *Valore e principi dela codificazione penale:* le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze (19-20 Novembre 1993). Padova: CEDAM, 1995. p. 36. Também sobre isso, em especial, o papel da navalha de *Ockham* para o valor metodológico no direito penal, a "lei da parcimônia", cf. COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia*: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 206 (nota de rodapé 3).

105. BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*... cit., p. 56-58. Ver crítica nesse sentido à página XXX acima, sobretudo o comentário de *Thibaut* acerca do Código de Napoleão.

106. Não se poderia deixar de trazer aqui o apelo de *Wunderlich*, *D'Ávila*, *Oliveira* e *Garcia*, nos seguintes termos: "A história da codificação no Brasil demonstra que não raras vezes soubemos guiar o aprimoramento da lei penal em âmbito, inclusive, internacional. Saibamos respeitar esta história e, assim, também a memória de juristas que fizeram o direito penal brasileiro digno de respeito" (WUNDERLICH, Alexandre; D'ÁVILA, Fabio Roberto; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de; GARCIA, Rogério Maia. *Breves notas críticas sobre a reforma do Código Penal*... cit., p. 11.

O *Projeto de Código Penal* (em quaisquer das duas versões apresentadas) é manifestação de uma "concepção quantitativa da codificação",[107] *rectius*, apresentou-se como uma mera consolidação de leis penais, absolutamente carente de sistematização interna de temas, institutos e relações entre as Partes Geral e Especial. A desproporcionalidade entre os desvalores das condutas criminalizadas e as penas a elas atribuídas, bem como o açodamento no trâmite de produção, reflexão e tramitação do *Projeto de Lei 236 de 2012 do Senado Federal* (mas, não só) demonstraram ser este o fruto de um pensamento jurídico-penalmente "despreocupado", guiado por uma lógica consequencialista que sobrepôs prazos do Regimento Interno do Senado Federal (em um primeiro momento), bem como sobrepõe uma ânsia política por um *Novo Código Penal* aos valores e princípios de histórica base na cultura jurídico-penal ocidental.

Não se pode deixar de mencionar que, caso venha a ser aprovado, o *Projeto de Código Penal* (via *Relatório Senador Pedro Taques*) implicará uma violação dos princípios normativos da segurança e da justiça, colocando em xeque o próprio Estado Democrático de Direito com o agravamento da já frágil confiança da comunidade na Justiça Penal e nos aparatos estatais de controle social. Conclui-se que é necessário ressoar uma relevante lição da tradição codificadora oitocentista neste debate, louvando-se aqui a "doutrina preventiva"[108] por sua séria e comprometida "preocupação" com a crítica e o sentido mais profundo do direito penal: "As leis não são puros atos de poder: são atos de prudência, de justiça e de razão. O legislador exerce menos uma autoridade que um sacerdócio".[109]

6. REFERÊNCIAS

BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 20.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

BENTHAM, Jeremy. *Falacias politicas*. Estudio preliminar de Benigno Pendas. Traducción de Javier Ballarin. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

_____. Nomografía o el arte de redactar leyes. Traducción de Cristina Pabón. In: ZAPATERO, Virgilio (Ed.). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Edición y estúdio preliminar de Virgilio Zapatero. 2. ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 1-120..

_____. *Of the limits of the penal branch of jurisprudence*. Edited by Philip Schofield. Oxford: Oxford University Press, 2010.

107. Conforme compreensão apontada anteriormente na nota de rodapé 3.

108. A doutrina é preventiva, acredita-se, por justamente – nos termos de *Ortega y Gasset* – "ocupar-se antecipadamente, é preocupar-se" (ver nota de rodapé 5) com os pontos de partida, as escolhas e as consequências advindas deste problemático *Projeto de Novo Código Penal brasileiro*.

109. PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso preliminar al Código Civil francês*... cit., p. 32.

CASTANHEIRA NEVES, A. Escola histórica do direito. In: CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*. Reimpressão. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal e /Coimbra Ed., 2010. vol. 2, p. 203-214.

CASTRONOVO, Carlo. Savigny i moderni e la codificazione europea. *Europa e diritto privato* 2, 2001, p. 219-256.

CONTENTO, Gaetano. Clausole generali e regole di interpretazione come "principi di codificazione". *Valore e principi dela codificazione penale:* le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze (19-20 Novembre 1993). Padova: CEDAM, 1995, p. 109-119.

COSTA, José de Faria. Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado (Anotação ao Acórdão n.º 179/2012 – Processo n.º 182/12). *RLJ* 3973, 2012, p. 249-264.

_____. *Direito penal especial* (Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da parte especial). Reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

_____. *Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2000.

_____. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

_____. O uno, o múltiplo e os crimes negligentes. (Anotação ao Acórdão de 13 de Julho de 2011 do STJ). *RLJ* 3970, 2011, p. 59-68.

_____. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia:* alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 205-235.

CRIFÒ, Giuliano. "Codificazione" e "Sistematica". *LABEO* 45, 1999, p. 453-461.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. 2.ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I.

FIANDACA, Giovanni. Relazione introduttiva. *Valore e principi dela codificazione penale:* le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze (19-20 Novembre 1993). Padova: CEDAM, 1995, p. 15-39.

FORNÉ, Diego Silva. La codificación penal y el surgimiento del Estado Liberal em España. *RDPC* 7, 2001, p. 233-309.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Sobre o Clube dos nomófilos/nomógrafos e a difícil arte de legislar no Estado Contemporâneo. *CCL* 50, 2009, p. 109-122.

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion. Berlim: Duncker & Humblot, 2009.

_____. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *RLE [Reforma do Código Penal]*, p. 35-58.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

HESPANHA, António Manuel. Leis bem feitas e leis boas. *CCL* 50, 2009, p. 31-47.

LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *RLE [Reforma do Código Penal]*, 2012, p. 59-97.

———. O *doping* como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor (orgs.). Doping *e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-30.

LEVAGGI, Abelardo. El problema del método en los codificadores iberoamericanos hacia la mitad del siglo XIX. *Cuadernos de Historia* 12, 2002, p. 177-189.

MANTOVANI, Ferrando. Sobre a exigência perene da codificação. *RPCC* 5, 1995, p. 143-151.

MARQUES, Mário Reis. *Codificação e paradigmas da modernidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Editorial. *RLE [Reforma do Código Penal]*, 2012, p. 4-7.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Codificazione e stato di diritto. *RTDirPC* 3, n. 2, 1998, p. 365-385.

_____. La codificazione in senso dinamico. *RTDP* 3, 2001, p. 709-721.

MOURA, Bruno. A legítima defesa e o seu excesso não punível no novo projeto de Código Penal. *RL* 12, 2013, p. 3-23.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introduccion al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

ORTEGA Y GASSET, José. *O que é Filosofia?* Trad. José Bento. Lisboa: Edições Cotovia e /Biblioteca Editores Independentes, 2004.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Introducción y traducción de I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson. Madrid: Civitas, 1997.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da lei penal no Projeto de Código Penal. *RLE [Reforma do Código Penal]*, 2012, p. 8-34.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general. *RCCP* 3, 1999, p. 7-29.

SANCINETTI, Marcelo A. Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales. *RDPC* 8, 2001, p. 207-259.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. De la vocacion de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del derecho (1814). In: THIBAUT, Anton Friedrich Justus; SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La codificación*: una controversia programática basada en sus obras "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania" y "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho". Trad. esp. por José Díaz García. Madrid: Aguillar, 1970, p. 47-169.

_____. *Metodología jurídica*. Trad. J. J. Santa-Pinter. Reimpresión. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SHAKESPEARE, William. Romeo and Juliet. In: CRAIG, William James (Ed.). *The Oxford Shakespeare*: the complete works of William Shakespeare. New York: bartleby.com, 2000, Act II, Scene ii. Disponível em: [www.bartleby]. Acesso em: 1 ago. 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; MARONA, Cristiano Avila; NEISER, Fernando Gaspar; SOUZA, Luciano Anderson de; RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS n.º 236/12*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 20 dez. 2013.

STERN, Jacques. Introducción. In: THIBAUT, Anton Friedrich Justus; SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La codificación*: una controversia programática basada en sus obras "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania" y "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho". Trad. esp. por José Díaz García. Madrid: Aguillar, 1970, p. XIX-XLVII..

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania (1814). In: THIBAUT, Anton Friedrich Justus; SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La codificación*: una controversia programática basada en sus obras "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania" y "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho". Trad. esp. por José Díaz García. Madrid: Aguillar, 1970, p. 3-45.

WUNDERLICH, Alexandre; D'ÁVILA, Fabio Roberto; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de; GARCIA, Rogério Maia. *Breves notas críticas sobre a reforma do Código Penal*: Projeto n.º 236 do Senado Federal. Disponível em: [www.oabrs.org.br]. Acesso em: 2 nov. 2013.

ZAPATERO, Virgilio. El arte ilustrado de legislar. In: ZAPATERO, Virgilio (Ed.). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Edición y estúdio preliminar de Virgilio Zapatero. 2. ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado //Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. XV-LXXXII.

_____. Nota del Editor. In: ZAPATERO, Virgilio (Ed.). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Edición y estúdio preliminar de Virgilio Zapatero. 2. ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. XI-XII.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As iniciativas de reforma à Lei de Segurança Nacional na consolidação da atual democracia brasileira: da inércia legislativa na defesa do Estado Democrático de Direito à ascensão do terrorismo, de Diego Nunes - *RBCCrim* 107/265 (DTR\2014\1562).

66108

DIREITO PENAL E FILOSOFIA DA LINGUAGEM: UMA APROXIMAÇÃO CONCRETA

CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY OF LANGUAGE: A CONCRETE APPROACH

PEDRO AUGUSTO SIMÕES DA CONCEIÇÃO

Aluno da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bolsista de Iniciação Científica pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Coordenador do grupo "Projeto 73", de estudos de Filosofia da Religião. Atualmente em Intercâmbio na Freie Universität em Berlim, Alemanha.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Filosofia; Fundamentos do Direito

RESUMO: Este artigo trabalha a relação do Direito Penal com a Filosofia da Linguagem tal quais os principais fenômenos desse envolvimento na doutrina internacional e nacional. Analisaremos, em especial, a proposta de Chaves Camargo quanto à apropriação da teoria de Noam Chomsky para uma hermenêutica do Tipo Penal e a proposta de Vives Antón de uma "ação significativa" e sua repercussão no Brasil, pela obra de Busato. Proporemos, por fim, uma inserção do pensamento de Mikhail Bakhtin e sua filosofia da linguagem e da argumentação como aportes às teorias da ação enquanto enunciado concreto e da absolutização-relativização do bem jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia da linguagem - Tipo penal - Ação significativa - Enunciado concreto - Bem jurídico.

ABSTRACT: This paper addresses the relationship between criminal law and philosophy of language; it also deals with the main phenomena of this connection in both national and international doctrine. We give special attention to the proposal of Chaves Camargo in regards to the recognition of Noam Chomsky's theory of the hermeneutics of the legal type and the proposal of Vives Antón of a "significant action" and its repercussion in Brazil based on the works by Busato. Later, we will add the thoughts of Mikhail Bakhtin and his philosophy of language as a contribution to the theory of action as a concrete enunciation and the "absolutization-concretization" of legal asset.

KEYWORDS: Philosophy of language, Penal type, Significant action, Concrete enunciation, Legal asset.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Chaves Camargo e a aproximação da linguística de Chomsky: 2.1 Estrutura superficial e estrutura profunda na teoria de Chomsky; 2.2 Aplicação da linguística de Chomsky ao Tipo Penal; 2.3 Apreciação crítica das teses de *Tipo Penal e Linguagem*; 3. Duas propostas a partir de Habermas: 3.1 A "ação significativa"; 3.2 A "ação" em Tavares; 3.3 Análise crítica: a "ação significativa" e a "ação" em Tavares: 3.3.1 Ação significativa: uma hermenêutica positivista oculta?; 3.3.2 Tavares: releitura da ação comunicacional como manifestação da personalidade; 4. A ação como enunciado concreto e mundanização do crime: 4.1 Remodelando a Teoria da Ação; 4.2 Crime e criminoso, a construção do gênero "Penal" I; 4.3 Bem Jurídico, a construção do gênero "Penal" II; 4.4 Fixação e relativização concreta do bem-jurídico: uma definição concreta de crime; Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O[1] direito ocidental-europeu que chegou ao Brasil tem as suas origens no Direito Civil Romano, como é do saber comum. As diferenciações estruturais e de conteúdo da sociedade permitiram uma especialização formal e qualitativa de saberes específicos do direito, para que surgissem subnúcleos (ou sistemas) específicos de acordo com a *necessidade* de a sociedade aliviar a complexidade da possibilidade de ação expressa em cada contingência comunicativa (LUHMANN, 1983; NEVES, 2008).

Considerando tal contexto, é possível afirmarmos que a origem do direito penal não está em um ponto fixo na história do direito. Já na época dos Editos imperiais romanos havia um direito com especificidades punitivas, e não é preciso, aqui, lembrar do Código de Hamurabi. O Direito Penal, tal qual o conhecemos hoje, entretanto, não é separável de certos ditames.

O *princípio da legalidade*, por exemplo,[2] é intrínseco ao Direito Penal, hoje. A aliança histórica entre direito punitivo e as motivações que levaram à limitação paulatina do direito de punir assumido pelo Estado pode ser mais facilmente localizada na evolução histórica do direito. Cremos, na verdade, que é em função dessa localização que há, em nosso meio, uma grande valorização de Cesare Beccaria (1738-1794) e sua obra, *Dei Delitti e delle Pene* (1764), considerada marco *simbólico* de tal união.

O porquê do princípio da legalidade, e de todos os demais "princípios" que regem o direito penal (nossos "manuais" contêm listas de tais princípios), está no diálogo que a matéria estabeleceu e ainda estabelece com a(s) filosofia(s).

O Humanismo neoclassicista de Beccaria fora posteriormente criticado, mas a crítica veio aliada de um positivismo lógico ou naturalista que a embasavam; e esta, por sua vez, foi criticada por teorias de cunho marxista, existencialista.

O que afirmamos aqui é que o Direito Penal, de um modo especial,[3] que talvez se compare somente ao que também ocorre com os Direitos Constitucional e Tributário, dialoga forte e constantemente com a filosofia, não somente em busca de

1. Este trabalho foi realizado no seio de pesquisa desenvolvida com fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo e é dedicado ao λόγος que precede toda origem, toda razão e todo ser e que sustenta o Universo (Hebreus 1:2).

2. Imortalizado (art. 5.º, XXXIX, da CF) pela máxima: "não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal" (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Já dizia Telles Junior: "Em razão de tais disposições [de legalidade], *não basta* a agressão contra pessoa ou a ofensa a direito de alguém para que o ato seja um crime (...) é preciso que o ato *seja tido como crime* pelas *leis penais* (...)" (TELLES JUNIOR, Gofredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55) – grifos nossos.

3. Cf. prefácio de HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I.

justificativas racionais para o direito de punir e para as demais categorias penais, mas também para a realização da crítica do próprio sistema penal – crítica esta que possibilita sua modificação[4] no decorrer da Histórica e que marca, de modo crucial, a origem "moderna" de um Direito Penal bastante distinto da concepção romana de *punir*.

Nossa proposta consiste em uma breve reflexão em torno de uma aproximação do direito penal com um ramo específico e próspero da filosofia, mais especificamente da filosofia da linguagem, com o intuito de compreender uma nova guinada histórica no desenvolvimento (*diferenciação, complexificação*) do Direito Penal.

A filosofia da linguagem, se olhada de modo *lato*, sempre esteve presente nas filosofias: nas reflexões de Platão e Aristóteles, lá estavam preocupações quanto às palavras, frases, à aplicação da linguagem, sua pureza e estrutura, etc.

O pensar filosófico e sistematizado acerca da linguagem, porém, é herdeiro do nascimento da linguística, olhada aqui como a linguística estruturalista de Saussure[5] originária do começo do século XX.

É, portanto, recente a preocupação *sistemática* com a linguagem por parte dos filósofos, e, mais recente ainda, a atenção dada a esta pelos juristas. Uma das matérias que rapidamente viu as vantagens de se filosofar acerca da linguagem utilizada foi o Direito Tributário.[6]

A semiótica, estudo dos signos linguísticos, que no direito brasileiro deu seus primeiros ares com os trabalhos de Ferraz Junior e Warat, tornou-se muito popular entre os estudiosos do Direito e, em especial, entre os tributaristas, que perceberam a importância das reflexões sobre a linguagem para a compreensão de um ramo tão dinâmico e *taxativo*.

Apontaremos, neste estudo, os dois principais usos que teve a filosofia da linguagem no quadro do Direito Penal em seu respectivo reflexo no Brasil:[7]

a) o uso da linguística de Chomsky para uma hermenêutica do Tipo Penal por parte de Chaves Camargo;

---

4. "Modificação", fique claro, não é sinônimo de mudança para melhor. A absolutização do direito penal provocada por certas premissas positivistas-neokantianas é uma modificação quanto ao anterior naturalismo mais relativo; não é, porém, necessariamente, uma melhora.
5. Cf. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 1995.
6. Conferir, principalmente, a obra de Barros Carvalho, em especial, *Direito tributário: linguagem e método*, São Paulo: Noeses, 2009. Cf. também estudos em sua homenagem, em especial *Linguagens jurídicas*; *Linguagem e justiça*; *Do texto à norma e da norma ao texto* (...); *Teoria dialógica da validade*, entre outros, in: SCHOUEKRI, Luís Eduardo (org.). *Direito tributário:* Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
7. Ressaltamos que a proposta de Chaves Camargo, pensador brasileiro, é ela, também, brasileira.

b) o uso da filosofia analítica da linguagem de Wittgenstein e da teoria da comunicação com sua pragmática kantiana de Habermas na formulação de um conceito significativo de ação, desenvolvido por Busato a partir de ideias do jurista Vives Antón.

Em seguida, formularemos uma proposta de aproximação da teoria da ação (enquanto conduta humana), no quadro da teoria do delito, com a teoria do "enunciado concreto" e dos "gêneros do discurso" do filósofo russo Mikhail Bakhtin.

2. CHAVES CAMARGO E A APROXIMAÇÃO DA LINGUÍSTICA DE CHOMSKY

Noam Chomsky (1928-) é uma importante figura do pensamento filosófico e político dos Estados Unidos da América.

É comum se dizer, quanto à linguística (e, em diversos aspectos, quanto à filosofia e à sociologia também e, de modo inegável, quanto ao direito [*Common Law*]), que esta teve um desenvolvimento "autônomo" nos EUA em relação ao pensamento de tradição europeia.

Chaves Camargo parte, então, na sua obra *Tipo penal e linguagem* (primeiramente editada em 1982) de uma retrospectiva histórica das teorias do Tipo Penal, passando pelas escolas positivistas, *Terza Scuola*, neopositivista e clássica, para chegar às conclusões finalistas acerca do tipo complexo (que agrega aspectos objetivos e subjetivos), com as quais concordava.[8]

Em seguida, faz um excurso sobre aspectos da teoria da linguagem (passando por Saussure, Edward Sapir e Leonard Bloomfield) para realizar a união entre tipo penal, finalismo e linguística, usando como base filosófica a teoria das estruturas linguísticas de Chomsky.

Primeiramente, Chaves Camargo lembra os avanços da lógica linguística proporcionados pelos estudos do jovem Chomsky ("modelo de 1957", como chama Chaves Camargo). Entre as principais inovações está a prova de que, adequando-se uma língua – com elementos finitos à disposição do falante/ouvinte (vistos de modo ideal) – às ordenações gramaticais, o ser humano tem a capacidade de "criar um número infinito de frases, com apoio num número finito de estruturas" (CHAVES CAMARGO, 1982, p. 109).

Esses estudos alçaram Chomsky ao cenário internacional, mas também consagraram o seu método como *linguística dura*.[9] Essa denominação tem sua justificativa

8. Lembramos, de passagem, que Chaves Camargo seria, futuramente, um dos pioneiros na temática da Imputação Objetiva em nosso país.

9. Frisamos não se tratar de uma terminologia oficial/culta, porém corrente em Faculdades de Letras.

pelo fato de o modelo de 1957 olhar a língua unilateralmente pela via sintática,[10] de modo que as análises linguísticas ficavam reduzidas ao seu aspecto lógico-formal.

Chaves Camargo relata, então, a mudança que ocorreu do modelo de 1957 para o modelo de 1965, quando Chomsky passou a se preocupar com questões envolvendo a semântica.[11] A principal mudança, Chaves Camargo relata da seguinte forma:

"[a]s duas estruturas, superficial e profunda, ainda são o centro dos estudos, sempre com conotação sintática. A partir da estrutura profunda, aplicando-se as regras transformacionais, chega-se à estrutura superficial. Esta é a forma concreta da frase, enquanto a primeira é abstrata, mais elementar que permite a interpretação semântica" (CHAVES CAMARGO, 1982, p. 109).

2.1 Estrutura superficial e estrutura profunda na teoria de Chomsky

Para Chomsky, a língua pode ser vista de dois modos. As frases tais quais nos são dadas, em sua apresentação fonética, por exemplo, na fala, constituem a estrutura superficial da frase. Chomsky dá um exemplo (CHOMSKY, 1971): *a wise man is honest.*[12]

Tal qual nos aparece, visualizamos a estrutura superficial da frase. Uma ligação semântica que é compreensível nesta frase, porém, não nos é apresentada diretamente pela estrutura superficial: trata-se da ligação entre *man* (enquanto sujeito) e *honest* (enquanto predicado) sem que seja mediatizada pelo termo *wise*.

A "análise sintática",[13] porém, é capaz de realizar essa abstração a partir da concretude da frase dada.

Primeiramente, transforma-se o sintagma nominal *a wise man* em uma frase verbal *man is wise*, que é, nos dizeres de Chomsky, uma ordem direta do sintagma nominal original.

O predicado *is wise* se refere a *man* e pode, portanto, ser abstraído no próprio léxico *man*, ou seja, pode-se abstrair *man is wise* a *man*, em níveis profundos de entendimento, por causa da igualdade traçada entre *man* e *wise* pelo verbo *is*. Desse

10. Atualmente, a sintaxe é vista como a componente da semiótica responsável pela análise das relações do tipo signo-signo, formação semiótica-formação semiótica (oração-oração).
11. A semântica, comumente enquadrada, ela também, na semiótica, é o estudo do sentido, ou, mais formalmente, da relação signo-referente.
12. Assim como fazem os tradutores de Chomsky, preferimos não traduzir o exemplo; não com fins de purismo linguístico, mas para não deslocar o sentido característico que o exemplo somente mantém em sua língua original.
13. O que no Brasil é conhecido por "análise sintática", e ensinado nos colégios desde o Ensino Fundamental, nada mais é que o desenvolvimento das "etapas" de abstração da estrutura superficial da frase em direção à sua estrutura profunda.

modo, retornando à frase original e realizando essa última abstração, encontra-se a seguinte afirmação: *man is honest*.

Em estudos posteriores (CHOMSKY, 1971, referente a palestras de 1967, dois anos, portanto, após o surgimento da teoria das estruturas), Chomsky passa a defender que essas abstrações que garantem as propriedades semânticas das frases apresentadas superficialmente são, na verdade, intrínsecas ao pensamento humano e presentes em regras lógicas de caráter universal, ou seja, verificáveis em todas as línguas, com pequenas variações; Chomsky denomina essa universalidade lógica de "gramática universal".

Chaves Camargo vê, nessa teoria, um frutífero método hermenêutico para a interpretação do tipo penal com a devida fixação à lei (princípio da legalidade), mas que não ignore o sentido social historicamente válido do tipo.

2.2 *Aplicação da linguística de Chomsky ao Tipo Penal*

Com uma concepção histórica de *Verdade*, a qual se aproxima das formulações da Teoria Crítica,[14] Chaves Camargo afirma que "caberá ao juiz, através dos princípios gerais do Direito, captar estes valores e preservá-los na realidade histórica de determinada época".

Como, entretanto, realizar efetivamente essa aproximação – dos princípios do direito com a lei – quando se tem um tipo penal específico? A resposta de Chaves Camargo é a utilização do método de Chomsky: almeja-se chegar, portanto, à estrutura profunda dos tipos penais e realizar as abstrações necessárias para que se possam aproximar os termos legais dos valores sociais historicamente válidos.

Chaves Camargo (CHAVES CAMARGO, 1982, p. 94 e ss.) dá um exemplo, utilizando-se do tipo complexo até hoje existente em nosso Código Penal (art. 121, § 2.º, II): "matar alguém por motivo fútil".

Após a análise sintática que permite apresentar as ordens indiretas ocultas na estrutura superficial da frase (CHAVES CAMARGO, 1982, p. 95) o autor chega à seguinte estrutura: "alguém matar alguém por motivo fútil" e, em seguida, afirma:

"As entradas léxicas contidas nos dicionários nos darão o primeiro caminho para a interpretação do tipo penal, na sua estrutura profunda, por exemplo:

Motivo – s.m. 1. causa, razão; 2. fim, intuito

Fútil – adj. 1. frívolo, leviano; 2. insignificante, vão

(...) de tal forma que obtenhamos o *verdadeiro valor semântico* das palavras para compreensão do tipo penal. Assim teríamos a reescrita:

---

14. Cf. HORKHEIMER, Max. *Sobre a Verdade*, In: _____. *Teoria Crítica I*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

Alguém tirar a vida de alguém com um fim leviano.

(...)

Esta preocupação com o valor no momento da ação afasta, desde logo, como dissemos, os *conceitos individuais*, obrigando intérprete a recorrer aos conceitos sociais das palavras, cujo valor semântico será constatado na estrutura profunda da frase. (CHAVES CAMARGO, 1982, p. 95-97, destaques nossos).

Como se percebe, o instrumento que Chaves Camargo apresenta, qual seja, a "análise sintática" de Chomsky, tem o objetivo de levar o intérprete da lei penal para além da sua *estrutura superficial* ("a letra da lei") para atingir a *estrutura profunda do tipo*. No momento em que se trabalha com a estrutura profunda, as abstrações sintáticas em busca dos possíveis vínculos das palavras da estrutura superficial levariam o intérprete, nos dizeres de Chaves Camargo, a recorrer, indispensavelmente, aos valores sociais vigentes no momento em que este recorresse aos dicionários para verificar os sentidos válidos dos léxicos presentes no tipo ou que de lá podem ser deduzidos.

Cabe, a essa altura, realizarmos uma apreciação crítica da tese defendida por Chaves Camargo.

2.3 *Apreciação crítica da tese de* Tipo Penal e Linguagem

Certamente, Chaves Camargo inovou no direito brasileiro, ao trazer, em 1982, uma aproximação do Direito Penal com a linguística de Noam Chomsky.

O estudo claro e profundo da obra de Chomsky permitiu ao jurista a formulação de um mecanismo altamente eficaz na interpretação do Tipo Penal e que pode ser considerado útil até hoje.

Chaves Camargo afirmou, contudo, que a aplicação do método de Chomsky levaria o intérprete a recorrer aos valores sociais ao utilizar-se dos dicionários atuais, chegando, assim, ao verdadeiro sentido do tipo; em seus dizeres:

"Ao atingir a estrutura profunda, o jurista terá em mente a *exata compreensão* do dispositivo legal examinado (...). Fixado o *verdadeiro valor* assegurado pela norma, terá condições de constatar a ação punível na lei penal. O importante é que esta técnica determinará um *conceito exato* para as palavras da lei, num determinado momento social, evitando-se, assim os atritos decisórios (...)" (CHAVES CAMARGO, 1982, p. 104, grifos nossos).

Somos obrigados a discordar da conclusão apresentada por Chaves Camargo pelo mesmo motivo que muitos discordaram de Chomsky. A nosso ver, a *exata compreensão* ou o *verdadeiro valor* não são categorias que podem ser vistas do ponto de vista da sociedade em um determinado tempo (sincronicamente, no dizer de Saussure) – simplesmente.

Queremos com isso dizer que não basta estar localizado temporal e fisicamente (historicamente) para se ter um terreno firme de leitura do Tipo Penal. O pressu-

posto de Chaves Camargo é que é possível, por meios meramente formais, chegar a uma abstração significativa do léxico a qual seja amplamente válida para a sociedade, sem que seja preciso olhar-se para o caso concreto.

Assim, haveria no Brasil do século XIX um sentido unívoco e claro, no discurso jurídico, do que é o "homicídio", o "furto", os "maus antecedentes" enquanto categorias genéricas.

Argumentando nesse sentido, surge a figura do "dicionário atualizado", o qual teria a capacidade de demonstrar o exato sentido de cada léxico componente do Tipo Penal (profundo), dando ao intérprete o valor/sentido que, socialmente falando, é o verdadeiro.

Vejamos, contudo, o exemplo apresentado pelo autor.

"Fútil", no dicionário utilizado pelo autor, constava como sinônimo dos léxicos "frívolo"; "leviano"; "insignificante" e "vão".

A pergunta que fica é: por que motivo o léxico "leviano", uma vez que é sinônimo de "fútil", traz à tona o valor social verdadeiro? Por que não é suficiente o léxico "fútil"? E qual seria a resposta do dicionário para os sinônimos de "leviano"? Provavelmente os mesmos sinônimos de "fútil" e *além* do próprio léxico "fútil".

Chegamos, portanto, à seguinte tautologia: "fútil = leviano e leviano = fútil". O ponto em que este ciclo eterno nos abre o unívoco sentido social e historicamente válido tanto do léxico "fútil" quanto do léxico "leviano" é o que a teoria formalista de Chomsky é incapaz de responder, a menos que trabalhe com um dos seguintes pressupostos:

a) o significado último do léxico "fútil" está inserido na capacidade abstrativa do próprio sujeito enquanto "falante ideal", capaz de comunicar-se linguisticamente; esse tipo de resolução, entretanto, é exatamente o que Chaves Camargo quer evitar, pois, como não há "intérprete ideal", o sentido seria aquele atribuído pessoal e arbitrariamente pelo intérprete (no caso, um *juiz hercúleo*, o qual não precisaria, portanto, levantar seus olhos para a sociedade);

b) o significado último do léxico "fútil" está inserido em um sistema ideal de signos que se correspondem sintaticamente e estão acessíveis aos homens: trata-se da linguagem. Essa solução neoplatônica, que explica a aproximação de Chomsky com o estruturalismo de Saussure, é a adotada por Chaves Camargo e o leva, infelizmente, a duas incoerências que passaram despercebidas.

A primeira é: se Chaves Camargo quer encontrar o sentido historicamente válido dos léxicos do tipo penal (no linguajar saussuriano, o sentido diacrônico), ele não pode apelar para o momento estático e ideal da língua, que é retratado nos dicionários (no linguajar saussuriano, momento sincrônico da língua).

A segunda é: mesmo que Chaves Camargo una atemporal com temporal (dicionário enquanto foto do sistema estático da linguagem/tipo penal fatidicamente aplicado como uso dinâmico da linguagem), ele o faz de maneira arbitrária quando

pressupõe um sentido verdadeiro, na sociedade localizada historicamente, para o léxico "fútil".

Mikhail Bakhtin, não obstante, aponta que:

"Na realidade, não há, no sistema de língua abstrata de Bally [discípulo de Saussure], movimento, vida, realização. A vida começa apenas no momento em que uma enunciação encontra outra, isto é, quando começa a interação verbal, mesmo que não seja direta, 'de pessoa a pessoa', mas mediatizada pela literatura" (BAKHTIN, 1995, p. 179).

Assim sendo, o sentido unívoco que Chaves Camargo quer encontrar na sociedade e que seja capaz de findar com os conflitos interpretativos nos tribunais (segundo exemplos que ele elucida, cf. p. 97 e ss.) não existe, pois o sentido da palavra se dá no uso vivo da língua, no *enunciado concreto* (BAKHTIN, 2002).

Isso não quer dizer que não haja um sistema linguístico previamente estabelecido e comum aos falantes; a simples comunicação seria impossível sem um ponto comum de partida. Isso quer, na realidade, dizer que a palavra vista como um ponto do sistema é vazia de sentido, não pertence a ninguém e não é senão uma "caixa" capaz de receber um sentido a ser fixado *no enunciado concreto* (BAKHTIN, 2002).

Com isso, Bakhtin se contrapõe à teoria de Chomsky de que, com uma formulação sintática fixa, o sentido a ser atribuído a uma palavra ou frase é único (no seio de uma sociedade localizada historicamente), pois, na realidade, em um mesmo momento histórico uma palavra como "fútil" pode ter inúmeros significados, a partir, por exemplo, do mesmo tipo concreto.[15]

Uma vez selecionado o tipo, ou seja, no ato de interpretar a norma e no ato de aplicá-la, concretamente falando, surge o *tema*[16] (BAKHTIN, 1995) delimitado de tal palavra.[17]

O sentido formal e abstrato de uma palavra não é, portanto, fixo de modo que possa ser encontrado o sentido único socialmente válido de um Tipo Penal para ser aplicado em cada caso concreto; o movimento deveria ser o inverso: o uso reiterado das palavras em enunciados concretos com valor (para o discurso jurídico) vai formando as abstrações capazes de manter – de modo *parcialmente estável* – um

15. Cf. BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 p. 287-292.

16. No vocabulário de Bakhtin, tema tem relação com o semântico no seio do enunciado concreto, ou seja, não somente o significado de uma palavra solta, mas da(s) palavra(s) aplicada(s) concretamente no enunciado real.

17. Esta formulação de Bakhtin aproxima-se da noção de "horizonte hermenêutico" de Ricoeur, com a diferença de que aquele considera a partir do falante, e este, a partir do intérprete.

"significado"[18] que é válido para todos que utilizam o mesmo *gênero linguístico* (BAKHTIN, 2002).

Inegáveis são, reafirmamo-lo, os avanços e a inovação proporcionados por Chaves Camargo quando este se aventurou, ainda em 1982, a trabalhar com a linguística de Chomsky, buscando, na realidade, oferecer para o intérprete da lei penal (em especial, os juízes) um meio racional e socialmente adequado de se compreender o Tipo Penal. As críticas aqui levantadas contra sua tese, absolutamente não tiram o valor de seu estudo, pelo contrário, estimulam a olharmos de volta para *Tipo penal e linguagem* e a ressaltar os nobres objetivos que levaram Chaves Camargo a trilhar esse caminho: aproximar o intérprete da lei penal da sociedade em que vive e leva-lo à aplicação de um Direito Penal justo e socialmente coerente.

Ser justo com Chaves Camargo, ainda, significa olhar para suas obras posteriores e reconhecer que andaram em sentido diverso, aproximando-se das modernas discussões da teoria da comunicação de Luhmann e, principalmente, da teoria do discurso de Habermas.[19]

3. DUAS PROPOSTAS A PARTIR DE HABERMAS

3.1 A ação significativa

Vives Antón, em seu *Fundamentos del Sistema Penal* (1996), apresenta um *conceito significativo de ação*, o qual foi adotado e é sistematicamente defendido no Brasil por Busato (2010), o qual, por sua vez, tem ampliado o plano de pesquisa tendo como princípio básico a ação significativa.

Vives Antón parte de um conceito de ação em estreita sintonia com a filosofia da linguagem (VIVES ANTÓN, 1996, cf. estudo preliminar de Jiménez Redondo), repudiando, assim, o ponto de vista pré-linguístico da teoria da comunicação *luhmaniana*, pois "*comunicar*, significa, para Luhmann, *limitar*" (idem, p. 186, grifos do autor).[20]

---

18. O que uma palavra significa abstratamente (o significado de dicionário, por assim dizer) Bakhtin chama de significado linguístico, diferenciando-o, portanto, do tema, o qual lida com significados concretos, com aspectos semânticos localizados no enunciado.

19. Conferir, sobretudo, CAMARGO, Antonio Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

20. Vives Antón ainda contribui ricamente para o debate acerca das teses de Luhmann apresentando quadros que seriam, segundo o autor, tautológicos, sobretudo no tangente à "possibilidade de conhecer", no seio da teoria sistêmica, o que parece realmente ser o calcanhar de Aquiles de uma teoria que radicaliza o paradigma kantiano da teoria do conhecimento (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant ló Blanch, 1996. p. 456).

A concepção que Vives Antón adota de ação possui ligação simbiótica com uma noção linguística da comunicação social enquanto práxis. A linguagem passa a ser vista como o "médium" coordenador da ação (Vives Antón, 1996, p. 193; Habermas, 1997, p. 28 e ss.).

Em outra medida, a ação significativa depende, do ponto de vista epistemológico, da filosofia analítica da linguagem de Wittgenstein, como o próprio Vives Antón assim o coloca (Vives Antón, 1996, p. 190-191).

A adoção do paradigma da linguagem como orientador do sentido da ação exige a prisão a normas, algo que está contido já na teoria da ação comunicativa de Habermas, que é a fixação a determinado mundo objetivo (idem, p. 193; no mesmo sentido Tavares, 2009, p. 205), mas é justamente nesse ponto que Vives Antón recorre à concepção wittgensteiniana de norma (*regra*), a qual não se filiará ao mundo objetivo de Habermas, e sim à noção de "formas de vida" desenvolvida pelo filósofo vienense: "Pues bien: en el pensamiento de Wittgenstein, el sentido, surge de la interacción social mediada por reglas, cuya inteligibilidad solo es posible en el marco de uma 'forma de vida': 'lo que hay que aceptar, lo dado – podríamos decir – son *formas de vida*'" (Vives Antón, 1996, p. 189-190, grifos do autor; cf. também Busato, 2010, p. 188 e ss.).

A partir disso, tem-se que a ação, "como portadora del *sentido*, es el resultado de un *proceso de interpretación* conforme a reglas" (idem, p. 195, grifos do autor). A ação, conclui-se dessa interpretação, deve ser vista como "el *significado* de lo que hacen, *no como sustrato, sino como sentido*" (Vives Antón, 1996, p. 197), ou, ainda, como diz Busato ao opor a ação final à significativa: a ação não é "o substrato de um sentido", e sim o "sentido de um substrato" (Busato, 2010, p. 211).

Dessa concepção de ação resultam algumas conclusões essenciais para o Direito Penal como um todo.

Primeiramente, o tipo penal deixa de ser observado como uma categoria lógica a ser usada como "premissa maior" válida *a priori*, da qual se subsume a ação fatídica.[21] O tipo passa a ser visto como a seleção de ações (ou seja, de sentidos) sobre as quais o Estado atua penalmente, ou seja, o tipo elenca as ações penalmente significativas, sendo componente essencial da "forma de vida" delimitada pelo Direito Penal, e passa a ser encarado como *tipo de ação* (Busato, 2010, p. 214 e ss.).

Soma-se a isso uma postura realmente crítica em relação à dogmática jurídico-penal, pois esta deixa de ser encarada como uma *ciência*, visto que seu método passa a ser valorizado enquanto *modo de compreender* (Vives Antón, 1996, p. 468; Busato, 2010, p. 223 e ss.).[22]

21. Noção que, por sinal, é criticada por Chaves Camargo em aula ministrada no IBCCrim em 19.03.2003, pela ocasião do laboratório de Ciências Criminais, in Antonio L. Chaves Camargo, 2003, mídia visual.

22. Mas não seria justamente o compreender a essência das Ciências ditas Humanas?

3.2 A "ação" em Tavares

O Brasil é um país que pode orgulhar-se de seus juristas, se não pelo hall de jusfilósofos internacionalmente reconhecidos, pelos seus penalistas de grande competência e renome. Sendo um dos maiores penalistas vivos, Tavares está em sintonia com o Direito Penal, a filosofia e a sociologia mundiais e propõe em sua obra um conceito de ação meticulosamente trabalhado, o qual dialoga profundamente com a Razão Comunicativa de Habermas.

Tavares vai definir ação, em artigo de 2004, como sendo "toda conducta conscientemente orientada em función de um objeto de referencia y materializada como expresión de la realidad humana práctica" (TAVARES, 2004, p. 915). Em 2007, essa definição reaparece com pequenas, porém significativas, modificações, da seguinte forma: "ação é toda conduta conscientemente orientada em função de um objeto de referência e materializada tipicamente como expressão da prática humano-social" (TAVARES, 2007, p. 154), sendo que a principal mudança é a inserção da noção de materialização tipificada da conduta, o que restringe a noção de ação social a uma ação existente com certa exclusividade para o direito. Em 2009 (TAVARES, 2009), a concepção parece ter sido a mesma para guiar o autor em sua teoria de crimes omissivos. Na definição apresentada, porém, Tavares define a ação como sendo "toda conduta conscientemente orientada em função de parâmetros (objetos) de referência e materializada tipicamente como expressão da prática social do sujeito" (TAVARES, 2009, p. 231-232). Prendemo-nos à definição apresentada em 2007 por tratar a ação como prática "humano-social", o que, cremos, fora somente omitido, mas não excluído do pensamento do autor, pois em seu livro de 2009, no parágrafo seguinte à definição de ação dada, reaparece a noção de "prática humano-social" (Idem, ibidem).[23]

Destrinchando o conceito apresentado por Tavares, temos, primeiramente, que não se perde de vista a noção de conduta. Tal noção é mantida para abranger ação e omissão, visto que geralmente são analisados como opostos. Em seguida, afirma Tavares que a ação é conduta *conscientemente orientada em função de um objeto de referência*. Primeiramente, enfoquemos na relação estabelecida entre a orientação (consciente) e o objeto (ou objetivo) de referência em si. Nesse ponto, Tavares está de acordo com as premissas fenomenológicas antipsicologistas de que "consciência é consciência de *algo*" (HUSSERL, 1996, grifo do autor). Assim sendo, estabelece-se uma *relação* simbiótica, na noção de ação, entre o sujeito (o qual age) e o mundo objetivo – que é a totalidade dos objetos e as ações que neles se entrecruzam (TAVARES, 2004, p. 903), o que exige um sujeito objetivo, um ser humano a ser

23. Na edição de 2010 da obra *Teoria del injusto penal* a concepção de ação gira em torno da definição do "injusto penal", de modo que essa obra será aqui abordada em diferentes contextos.

olhado em concreto e nunca abstraído ou comparado a um *homo medius* (Tavares, 2009, p. 196).

A partir daí, há um problema posto quanto à noção de consciência (a qual se refere, sempre, a um objeto/objetivo *no* mundo objetivo). Desse ponto, lê-se a inflexão de Tavares na filosofia da linguagem.

Tavares afirma que "sem vontade não há comunicação, e sem comunicação não há ação" (Tavares, 2009, p. 224). Daí, porém, não se pode retirar conclusões finalistas, pois o sentido da vontade será visto em sua exteriorização, e não em sua finalidade subjetivamente determinante da ação enquanto categoria lógico-objetiva. Nesse ponto, Tavares aproxima-se da concepção de Hassemer acerca do dolo, a qual é trabalhada por Busato em consonância com a ação significativa (Busato, 2008, p. 133 e ss.).

Tavares entende que mesmo em um crime culposo há uma ação consciente em curso, mesmo que seja uma "ação automatizada", como o ato de dirigir, em uma temática que ficou famosa pelos trabalhos de Jakobs (Tavares, 2004, p. 904-905). A conduta culposa, que não entra em contradição com sua concepção de ação, leva-o a enxergar que "*o delito culposo constitui uma forma especial de delito com conteúdo omissivo*" (Tavares, 2009, p. 200, grifos do autor). É justamente essa vontade manifesta na ação exteriorizada que permite que a ação seja vista como um processo comunicativo.

A união entre a intenção a ser manifesta na ação (intenção que deixa de ser mero desejo, a partir do momento que se torna ação) é explicada por Ricoeur quando este analisa a noção de *ato de fala ilocucionário* (Ricoeur, 2008, p. 56), e, quando tal intenção é exteriorizada e também vista do ponto de vista *performativo* (e *locucionário*),[24] está-se no plano da ação comunicativa, como a entende Habermas (Habermas, 1997, p. 36).

Ao relacionar a ação com uma práxis humano-social, a teoria da ação de Tavares aproxima-se ainda mais das propostas habermasianas, já que Habermas vê o *uso* da linguagem como práxis social, pois é ela médium de toda integração social.

As semelhanças entre o penalista brasileiro e Habermas, entretanto, terminam aí, algo de que está plenamente consciente o próprio Tavares. Este apresenta tais divergências ao pensar a pretensão de validade da ação, a qual se relaciona com a linguagem como seu médium coordenador e que visa a incorporar, "em seu sentido, todas as normas que a regulamentem, quer para acatá-las quer para infringi-las e ainda obter a concordância dos interlocutores ou vencer-lhes a resistência", e,

24. O caráter *locucionário* refere-se ao conteúdo, o *ilocucionário*, à intenção, e o performativo, à ação mesma realizada no "ato de fala" – ressaltamos ser esta uma imensa simplificação, visto não podermos aqui destrinchar a questão. Para um aprofundamento, conferir a obra citada de Ricoeur.

nesse sentido, "a pretensão de validade não tem aqui, porém, os contornos que lhe empresta Habermas, no sentido de fazer valer o melhor argumento e, assim, alcançar o consenso dentro de uma perspectiva estatista" (TAVARES, 2009, p. 217), pois, para Tavares, "nesse particular, parece estar equivocada a pretensão da teoria do agir comunicativo, principalmente aquela proposta por Habermas, de sedimentar o conceito de ação exclusivamente no discurso, com vistas a um consenso, sem levar em conta que o processo de comunicação se resume a esse discurso e deve pressupor inclusive o próprio dissenso" (TAVARES, 2009, p. 218).

O uso extremamente consciente da teoria de Habermas permite-lhe o correto afastamento de certos pressupostos, pois a ação comunicativa de Habermas está em outro plano de preocupação que "os parâmetros (objetivos) de referência" (ibidem) e visa a uma reprodução do simbólico da sociedade (BLOTTA, 2010, p. 108 e ss. e p. 179 e ss.), de modo que o agir técnico, ou teleológico, é mantido para os fins de referência e exteriorização materiais (BLOTTA, 2010; HABERMAS, 1969).[25]

Certamente, a lucidez do trabalho de Tavares permite um dos mais ricos conceitos de ação para o trabalho da dogmática penal desde que, ressalve-se, tenha-se consciência do significado atribuído em cada termo pela definição dada pelo autor.

3.3 Análise crítica: a "ação significativa" e a "ação" em Tavares

3.3.1 Ação significativa: uma hermenêutica positivista oculta?

A teoria da ação significativa, como louva Bittencourt em seu *Curso*, "aponta para um novo paradigma para o conceito de conduta penalmente relevante" (BITTENCOURT, 2010, p. 267).

Bittencourt captou, exatamente, o grande avanço que proporciona a teoria proposta por Vives Antón: "diante dos fatos (...) as ações humanas *hão de ser interpretadas* segundo as regras ou normas" (idem, p. 268, grifo nosso). A teoria da ação significativa, com uma sistemática completamente fundada na filosofia da linguagem, evidencia para os aplicadores da lei penal que existe uma *necessidade* de interpretação mútua das ações humanas e dos tipos penais – os quais, justamente por serem os condicionadores da ação, passam a ser chamados de *tipos de ação*.

25. Podemos dizer que Habermas começa a trabalhar com maior precisão a distinção entre o Agir Técnico e o Comunicativo, como formas distintas de manifestação de *duas* racionalidades diversas, uma *técnica*, que visa a selecionar meios para atingir determinados fins ("sucesso" operacional, por assim dizer), e outra verdadeiramente *comunicativa*, pois seria uma razão que teria como objetivo primário o *entendimento*. Os desenvolvimentos complexos das diversas manifestações dessas duas racionalidades aparecerão somente na década de 1980, mas já no escrito *Arbeit und Interaktion – Bemerkungen zu Hegels Jeneser "Philosophie des Geistes"*, contém a semente da divisão entre razão técnica e comunicativa a partir da semente hegeliana da distinção entre *trabalho* e *interação*.

Bittencourt afirma, na esteira da ação significativa, que "*não existem ações prévias às normas*, de modo que se possa dizer que exista a ação de matar, se previamente não existir uma norma que defina o que é matar" (idem, p. 269, grifos do autor).

Como afirmamos acima, o desenvolvimento do Direito Penal está intrinsecamente ligado à postura filosófica que se assume e, geralmente, nesta está contida certa "concepção de homem". A concepção de homem que guiou a formulação do nosso Código da década de 1940 está fundada na existência logicamente presumível de homens médios, os quais cometem homicídios (médios), furtos (médios) e assim por diante. O positivismo jurídico que embasava uma concepção de ação prévia e que poderia ser completamente encoberta pela norma – e que, derradeiramente, transformava esta em uma premissa maior a ser simplesmente encaixada na realidade: eis a falácia que a ação significativa consegue desmentir.[26]

A ação significativa, ao denunciar o conteúdo a ser descoberto, denuncia que a norma somente aponta uma "forma de vida" preestabelecida, condicionando as ações que serão punidas penalmente. A teoria, porém, para por aí.

A ação significativa nos diz que *precisamos interpretar*, mas não diz *como*. Com isso, na verdade, apontamos para certa confusão metodológica decorrente de se trabalhar, concomitantemente, com dois paradigmas distintos e não apontar uma fronteira exata entre cada um deles: trata-se da fusão entre Wittgenstein e Habermas. Wittgenstein é "classificado", comumente, como um "positivista lógico" (HORKHEIMER, 2008), enquanto que Habermas fundou uma linha autodenominada "pragmatismo kantiano" ou "pragmática universal" (cf. HABERMAS, 2001, p. 88 e ss.; BLOTTA, p. 169 e ss.).

Além das diversas sutilezas, que nos renderiam um verdadeiro preciosismo filosófico, existe uma diferença fundamental entre a abordagem linguística de Wittgenstein e a de Habermas. Enquanto o primeiro enxerga o contexto como determinante do sentido a ser extraído do "jogo de linguagem" localizado, o segundo enxerga o uso da linguagem como condicionante do próprio contexto, ou seja, o contexto não é prévio ao "jogo", mas condicionado por este. Essa diferença é crucial e faz com que o próprio Habermas, contra a concepção comum, classifique o pensamento de Wittgenstein não como sendo pragmático, mas, sim, semanticamente orientado (HABERMAS, 2001, p. 88 e 107; BLOTTA, 2010, p. 180-181).

Uma das principais divergências decorrentes das diferentes abordagens, e que será crucial para a ação significativa, é que a postura analítica de Wittgenstein

26. A ideia de uma "Jurisprudência" Penal é fruto, exatamente, dessa postura que resulta, em verdade, de uma *despersonalização* da ideia de ação, a qual é vista como um "instituto" passível de "aplicação" (ou *atualização*, para usar um linguajar clássico) por *qualquer homem (médio)*. Essa perversa lógica de uma "ação" pessoal que é um prévio "tipo universal" foi estudada em DOURADOS, Pedro. *Mito e razão no direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

dá preferência a uma análise *externa* à ação mesma em busca da identificação das regras em questão para a análise do jugo linguístico, encontrando-se seu significado em um *contexto*. Já a postura de Habermas, por dar enfoque ao lado performativo da linguagem, leva sempre a pensar a ação do ponto de vista do agente *também*. Não fosse assim, a teoria da ação comunicativa sucumbiria ao "paradoxo da autorreferência". Por essa razão, tanto sua teoria da ação como sua decorrente teoria do Direito estão submissas ao processo *interno-externo* de agir-se comunicativamente.

Vives Antón pode até basear toda sua postura em favor da ação na sociologia crítica habermasiana, mas, a partir do momento em que adota a postura analítica de Wittgenstein, compartilha também de seu positivismo. Prova disso é que a proposta da ação significativa é somente uma postura metodológica para o aplicador do direito, não necessitando de uma real adaptação do Direito Positivo, em nosso caso, da Lei Penal. Isso não invalida, ressalve-se, as sinceras pretensões democráticas dos teóricos da ação significativa (VIVES ANTÓN, 1996; BUSATO, 2010, p. 161-169 e p. 223 e ss., quando desenvolve a temática da função negativa da ação).

Já a concepção de Kelsen acerca das normas intuía certo "tipo de ação", mas buscava o positivista-mor a significação *intrínseca*,[27] válida de modo deslocado do social e a-histórico, algo que nem de longe se lê em Vives Antón ou em Busato; ainda assim, impossível deixar de reparar nas semelhanças que se vê quando "Kelsen afirma que os comportamentos humanos só são conhecidos mediatamente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulado por normas" (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 97-98).

A recaída sorrateira no positivismo que vem com a adoção do positivismo de Wittgenstein pode passar despercebida pela introdução do normativismo democrático de Habermas, mas a separação metodológica que ocorre na adoção da teoria das "formas da vida" evidencia muito.[28]

A adoção do positivismo no momento de interpretação da ação, a qual é um significado, leva o operador do direito penal à posição de "hermeneuta" da vida e isola-o, graças à sua capacidade técnica de "ler" os fatos de acordo com as "formas da vida" dadas pela lei penal. O ponto de vista daquele que age passa a ser irrelevante para a ação em seu significado intrínseco, o que não ocorreria caso o conceito

27. Leia-se: "Um enunciado não começa a ser verdadeiro numa data determinada nem cessa de ser verdadeiro numa data fixada. Se ele é verdadeiro, sempre o é, sempre o foi e sempre o será" (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986).

28. As diferenças entre Habermas e Wittgenstein não são de todo eliminadas, são, porém, tratadas muito efemeramente em algumas notas de rodapé por Vives Antón, como ocorre na nota de n.º 57 na p. 475 da obra citada e em que, não por acaso, Habermas é sutilmente refutado em favor de Wittgenstein.

adotado fosse, em vez de formas de vida, o habermasiano "mundo da vida",[29] que inclui as esferas do "subjetivo, do objetivo e do cultural" (NEVES, 2008).

Essa postura leva a teoria da ação significativa a equívoco semelhante ao de Chaves Camargo em sua obra *Tipo penal e linguagem*, que é o de encontrar o sentido social determinado pela análise unilateral do analista (aplicador do direito).

3.3.2 *Tavares: releitura comunicacional da teoria da ação como manifestação da personalidade*

A teoria de Tavares, por sua vez, por mais que seja uma herdeira, também, do pensamento de Habermas, consegue delimitar com maior clareza os pontos de interseção, tangenciamento e separação em relação ao filósofo alemão.

Percebemos, na verdade, que o conceito de ação apontado por Tavares é um dos melhores disponíveis à Dogmática do Direito Penal. Ressalvamos, porém, alguns pontos.

Primeiramente, não podemos deixar passar a semelhança entre o conceito apontado por Tavares e o conceito de Roxin, para quem a ação é "manifestación de la personalidad" (ROXIN, 1997, p. 252). Apesar de Roxin não ver avanços no uso da filosofia da linguagem, no que tange, em especial, à teoria da ação (ROXIN, 1997, p. 254), enxergar a ação como a "conduta conscientemente orientada em função de um objeto de referência e materializada tipicamente como expressão da prática humano-social" (TAVARES, 2007, p. 154) é ir muito além da "manifestação da personalidade", pois Tavares explica a *relação* (e aí está seu diferencial) entre a vontade como elemento pessoal e sua significação social, quando afirma que a) sem vontade não há comunicação e sem comunicação não há ação, ou seja, *mutatis mutantis*, com vontade torna-se possível a comunicação e, logo, a ação e b) toda ação possui seu elemento de consciência, mesmo as automatizadas, pois colocam o homem em comunicação com o meio, não somente como agente, mas também como receptor de informações.

Permitimo-nos realizar a aproximação entre as teorias de Tavares e de Roxin pela abertura que aquele dá em sua teoria ao trabalhar a temática da Vontade (TAVARES, 2009, p. 221-227) e pela personalização do conceito, que repudia noções como "homem médio" e derivadas (idem, p. 195-196).

Assim sendo, porém, a proposta de Tavares mostra-se permeável, também, às mesmas críticas sofridas por Roxin pela sua teoria personalista da ação. A crítica que melhor foi formulada, e que pode também se tecer a Tavares, é o fato de valori-

29. Sobre o posicionamento de Habermas quanto ao uso dos jogos da linguagem para justificativa do direito, o que *já ocorre com o positivista Hart*, ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*... cit., p. 250-251.

zar soberanamente o "consciente" da conduta que se materializa em ação, quer esse momento de consciência esteja alocado na Vontade ou não. Justamente por trabalhar a temática da Vontade, Tavares, assim como Roxin, deveria ter aberto espaço para análises do Inconsciente, o qual também é capaz de orientar o homem tendo um objeto referência, gerando materializações que são extremamente relevantes no contexto humano-social. A colonização do Eu consciente pelo Id e pelo Superego, a qual quer ser vencida pela psicanálise (*Wo Es war, soll Ich werden* in CASTORIADIS, 1982, p. 123), poderia ter sido presumida por Tavares quando este, acertadamente, manteve na ação o seu momento de materialização e não somente o uso consciente do simbólico (Habermas), pois o papel da reprodução funcional da sociedade leva-nos, invariavelmente, a pensar na "instituição imaginária" da sociedade e, *de coup*, do homem socializado (CASTORIADIS, 1982).[30]

Antes de levar a questionamentos tais acerca da natureza e da relevância jurídica do "ato falho", para dar um exemplo, pense-se na determinação inconsciente de categorias que são, supostamente, da conduta consciente humana. O fato de o inconsciente e o consciente humano e social estarem conectados graças às capacidades linguísticas (logo, comunicativas, cf. CASTORIADIS, 1982) de ambos deve levar a novos apontamentos criminológico-dogmáticos ao conceito de ação humana.

4. A AÇÃO COMO ENUNCIADO CONCRETO E MUNDANIZAÇÃO DO CRIME

Conforme mostramos acima, a concepção de Bakhtin acerca da linguagem diferencia-o da corrente estruturalista descendente de Saussure e recusa-se a olhar a linguagem de modo "frio" e "estático" em sistemas sem vida, pois não há uso *real* de tais artefatos linguísticos. Não se pode ler, daí, que Bakhtin vá fazer, unilateralmente, uma análise sociológico-determinista e diacrônica da linguagem; Bakhtin estava consciente da existência impessoal e suprapessoal sistemática da linguagem, mas preocupava-se com seu real uso, com sua realização *concreta*.

A teoria do *enunciado concreto* foi a maior contribuição de Bakhtin (1995) para a linguística, junto com sua teoria dos *gêneros do discurso* (BAKHTIN, 2002), as quais não podem ser vistas em separado.

Bakhtin se questiona, em *Marxismo e Filosofia da Linguagem* (remarcamos que a obra data de 1929-1930), se o uso de categorias tais como "frase" (Saussure, Jakobson), "oração" (idem), "significante/significado" (Derrida, Lacan, Escola de Praga), "denotação/conotação" (Vossler, Humboldt), entre outras, geralmente trazidas à tona pela semiótica tradicional (semântica, sintaxe e pragmática) resolvem os pro-

30. Ou seja, não há como estipular uma barreira límpida e cristalina, como faz Habermas, entre a Razão Técnica e a Comunicativa, separação sem a qual não faz sentido falar-se em "colonização do mundo da vida (pelo sistema)" enquanto problema social, já que essa tensão seria uma relação constante e irresolúvel.

blemas do uso concreto da linguagem. Bakhtin mostra que a indefinição dos conteúdos concretos de noções vagas como "frase" não permite um estudo sociologicamente orientado da linguagem, pois não dá um material delimitado para estudar.

Uma frase, por exemplo, pode ter as mais variadas definições; incluir dentro de si outras definições ou reduzir-se a elas (como, por exemplo, a noção de oração) não responde às necessidades do estudo linguístico. A teoria do enunciado concreto sana essa necessidade partindo da reflexão sobre a noção de "expressão": "sua mais simples e grosseira definição é: tudo aquilo que, tendo se formado e determinado de alguma maneira no psiquismo do indivíduo, exterioriza-se objetivamente para outrem com a ajuda de algum código de signos exteriores" (BAKHTIN, 1995, p. 111).

A partir daí, Bakhtin retoma uma tensão já trabalhada em trabalhos de juventude[31] entre a questão da pessoalidade da enunciação e sua objetivação externa.[32] A enunciação é então vista como "o produto da interação de dois indivíduos socialmente organizados" (idem, p. 112), fica claro que "não pode haver interlocutor abstrato" e que, "na maior parte dos casos, é preciso supor, além disso, um *horizonte social definido*" (idem, grifos do autor).

Olhando o sujeito pessoalmente, tem-se que "o mundo interior e a reflexão de cada indivíduo têm um *auditório social* próprio bem estabelecido", cujo território comum (com o mundo do interlocutor) é a "palavra" que vem a ser "materializada como signo" (idem, p. 113).

O que vai delimitar o enunciado concreto é seu aspecto *dialógico*, o que quer dizer que os limites de um enunciado específico se apresentam sempre em um diálogo (mesmo nos casos mais abstratos e aparentemente monológicos, como, por exemplo, um discurso científico), sendo que é a alternância entre os sujeitos de fala que delimita o enunciado concreto.

Por sua vez, o enunciado concreto possui um *tema*. O tema difere-se da *significação* das palavras, para as quais Bakhtin dá a mesma solução que somente depois Wittgenstein daria, ou seja, elas são delimitadas pelo contexto, de modo que há "tantas significações possíveis quanto contextos possíveis" (BAKHTIN, 1995, p. 106). O tema é o sentido da "enunciação completa" (idem, p. 128) e isso pode abarcar de

31. Esse tema é um desenvolvimento da separação entre o mundo histórico, o mundo histórico-fatídico e o mundo teórico, feito pelo jovem Bakhtin ainda fenomenólogo, em BAKHTIN, Mikhail. *Para uma Filosofia do Ato. Texto completo da tradução americana BAKHTIN, Mikhail, Toward a Philosphy of Act; Austin: university of Texas Press*. Trad. Carlos Alberto Faraco e Cristóvão Tezza. S.l.; S.n., 1993.

32. O livro *Marxismo e filosofia da linguagem* tem como base a análise de duas escolas linguísticas distintas que, partindo de Vossler (subjetivismo abstrato) e de Saussure (objetivismo concreto), supervalorizam um desses determinados momentos jamais separados na concreta expressão pela linguagem.

um simples fonema a uma oração complexa. Para explicar o tema, Bakhtin parece também prever a solução de Austin e Searle dos atos performativos e da pragmática de Pierce, por mais que não seja correto dizer que, em algum momento, Bakhtin adotará um pragmatismo neutro ou formal (ou "kantiano"), e afirma que "o tema da enunciação é determinado não só pelas formas linguísticas que entram na composição (...) mas igualmente pelos elementos não verbais da situação". Sendo assim, o enunciado concreto aproxima-se da noção de "ato de fala" desenvolvida de modo paralelo e independente pela filosofia da linguagem anglo-saxã, mas também trabalhada por Ricoeur, e ainda possui o sentido de "enunciado" usado por Pêcheux (1993).[33]

Em época mais madura, Bakhtin diminui a dose de determinismo filosófico, abandona as premissas marxistas e desenvolve a teoria dos gêneros da linguagem (*Estética da Criação Verbal*: BAKHTIN, 2002, p. 261-306. Ressaltamos que esta obra veio a público na Rússia em 1979). Ao pensar a tensão entre a expressão pessoal, que se materializa em signos tematicamente significativos em um enunciado concreto, e a língua previamente dada, com a qual o falante concreto se relaciona sempre, Bakhtin desenvolve a teoria dos gêneros parcialmente estáveis. Esses gêneros, que guiam o falante (oral ou escrito),[34] são "heterogêneos" (idem, p. 262) e "impessoais", contrastando com a individualidade do "enunciado" (idem, p. 263). As palavras de uma língua pertencem a um ou mais gêneros concomitantemente, e são os gêneros que especificam a sua significação, que é o "aparato técnico que possibilita o tema" (BAKHTIN, 1995).[35]

---

33. Pêcheux fala explicitamente em "enunciado", corrigindo a postura da análise frasal que ele considera, como Bakhtin, ineficiente (1993, p. 100). A análise do Discurso proposta por Pêcheux é, em muitos pontos, convergente com a que desejamos traçar aqui, mas será preciso outra oportunidade para abordá-la de maneira mais profunda, sendo que pelo momento somente ressaltamos uma frase do autor, a qual vai de encontro às nossas conclusões dialógicas: "vê-se que a cada 'passo', o discurso de um dos protagonistas é modificado pelo outro" (PECHEUX, Michel. Análise automática do discurso. In: HAK, T.; GADET, F. (orgs.). *Por uma análise automática do discurso:* uma introdução à obra de Michel Pêcheux. Campinas: Unicamp, 1993. p. 91).

34. Mikhail Bakhtin e Jacques Derrida aproximam-se em inúmeros fatores, para além de uma crítica ao estruturalismo de Saussure. Não cabe, aqui, um aprofundamento no tema, salvo um comentário: assim como Bakhtin reduz fala/escrita à "fala", Derrida reduz fala/escrita à escrita ("escritura", ou "arquiescritura", conforme algumas traduções). Vemos nessa "redução" uma postura crítica muito similar, mas as razões que levaram um a valorizar a fala e o outro a escritura merecem uma análise pormenorizada em outro lugar.

35. Os gêneros possibilitam o tema, pois o contexto (o qual dá a significação das palavras, no vocabulário de Bakhtin) nunca "surge do nada", do *néant existentiel*, *ex-nihilo*. Os gêneros existem de modo parcialmente estáveis na sociedade pela sua manutenção concreta em enunciados localizados. Perceba-se que há uma aproximação da noção de "estrutura", mas está já não pode, então, ser pensada ao modo de Saussure ou Levi-Strauss.

A enorme coerência do pensamento de Bakhtin mantém-se desde sua juventude à sua maturidade por causa de alguns conceitos que nunca foram abandonados e dos demais que foram se entrelaçando. Assim sendo, Bakhtin ficou conhecido como o teórico do dialogismo, no qual a teoria do enunciado e dos gêneros veio a se desenvolver.

Definir dialogismo não é fácil. Reduzi-lo a "intertextualidade" faz-nos depender de um conceito de *texto*, e perdem-se conteúdos em relação às suas primeiras reflexões, quando a linguagem ainda não era um problema central, mas o dialogismo já aparecia (BAKHTIN, 1993); além disso, a inserção da intertextualidade pode ajudar a confundir dialogismo e polifonia, termos que possuem sua importância diferenciada em Bakhtin.

Deixemos, portanto, o autor falar, de modo indireto, sobre o dialogismo:

"Ademais, todo falante é por si mesmo um respondente em maior ou menor grau: porque ele não é o primeiro falante, o primeiro a ter violado o eterno silêncio do universo, e pressupõe não só a existência do sistema da língua que usa, mas também de alguns enunciados antecedentes – dos seus e alheios – com os quais o seu enunciado entre nessas ou naquelas relações (baseia-se neles, polemiza com eles, simplesmente os pressupõe já conhecidos do ouvinte). Cada enunciado é um elo na corrente complexamente organizada de outros enunciados" (BAKHTIN, 2002, p. 272).

No seio da teoria da linguagem, Bakhtin expõe de maneira bastante clara que um enunciado, tomado em sua particularidade, é dado sempre em relação com outros enunciados, o que afirma sua responsabilidade, pensada de forma ambígua (BAKHTIN, 1993, nota 9).

A responsabilidade refere-se tanto ao fato de que cada enunciado localiza-se no seio de outros enunciados, ou seja, é como uma resposta a eles (não existe "fala adâmica"; nesse sentido, BAKHTIN, 2002, p. 297), quanto ao fato de, por estar localizado histórico-culturalmente, ou enquanto enunciado concreto e enquanto elemento novo ao gênero parcialmente estável, o enunciado sempre apontar para uma resposta futura, ele é "construído para o outro" (idem, p. 301), o que exige do agente uma responsabilidade[36] quanto ao futuro, pois não há, como dizia o jovem Bakhtin, "álibi para a existência" (BAKHTIN, 1993).

Usaremos, pois, a filosofia da linguagem de Bakhtin em um primeiro momento para apontar uma direção na teorização da ação e, em um segundo momento, mais genérico, na crítica à edificação do discurso jurídico, em especial, pela noção de "crime/criminoso" e de "bem-jurídico".

36. Esse caráter de resposta que se insere na responsabilidade de Bakhtin levou certos teóricos a formular neologismos como "respondibilidade" ou "responsividade". Preferimos manter a boa e velha "responsabilidade" e explicar-lhe a ambiguidade inerente, quando se adota o termo bakhtiniano, da mesma forma que fazem alguns de seus tradutores para o português.

4.1 Remodelando a Teoria da Ação

Tomemos como base a teoria da ação com seu conceito dado por Tavares em 2007: "ação é toda conduta conscientemente orientada em função de um objeto de referência e materializada tipicamente como expressão de prática humano-social".

Nossa proposta, agora, será de abstrair as conclusões filosóficas de Bakhtin para a linguagem e pensá-las em um "sistema de ação", realizando uma fusão da sua primeira com sua última filosofia.

No texto de 1919-1921, em especial, em *Por uma filosofia do ato* (BAKHTIN, 1993), Bakhtin pensa a questão da "responsabilidade" na vida humana, prevendo a questão da união do "mundo teórico" e do "mundo histórico", de forma a antecipar a concepção de Husserl acerca do "mundo da vida" (*Lebenswelt*) (cf. BAKHTIN, 1993, p. 13; conferir, também, TAVARES, 2010). Mais do que isso, Bakhtin confere à ação (ato responsável) a capacidade de união dos "mundos": "o mundo como o conteúdo do pensamento científico é um mundo particular: é um mundo autônomo, mas não um mundo separado; é antes um mundo que se incorpora no evento unitário e único do Ser através *da mediação de uma consciência responsável, em uma ação real*" (BAKHTIN, 1993, p. 30, grifos nossos).

Essa união pela ação do mundo autônomo das significações com a realidade histórica parece ser também uma antecipação da tensão entre faticidade e validade, estudada por Habermas:

"O conceito 'agir comunicativo', que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a contrição e manutenção de ordens sociais: pois estas se mantêm no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre faticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados (...)" (HABERMAS, 1997, p. 35).

Bakhtin não vai desenvolver um conceito outro de razão, como faz Habermas com a "razão comunicativa", vai, porém, desenvolver o conceito de "responsabilidade", do qual a razão constitui apenas um "momento" (BAKHTIN, 1993, p. 47). Pelo ato responsável, Bakhtin entende que a tensão entre os mundos, ou entre a validade (racional) e a faticidade (histórica), é vencida pela unicidade gerada pela totalidade do ato responsável, que se passa no Ser único da existência. Assim sendo, não há, no jovem Bakhtin, a separação que se mantém em Habermas entre Mundo-da-vida e Mundo-administrado (NEVES, 2008; HONNETH, 1991, p. 288-303). Bakhtin chega inclusive a falar em "reconhecimento": "o que nós encontraremos em toda parte é uma unidade constante de responsabilidade, (...) um certo dado real de reconhe-

cimento, um reconhecimento que é único e nunca repetível, emocional-volitivo e concretamente individual" (BAKHTIN, 1993, p. 57).[37]

Como se justifica a "responsabilidade"? Para isso, Bakhtin não exige do sistema do direito (nem de uma concepção estética totalizante, como ele denuncia em Bergson ou em Nietzsche) uma idealização da participação política, e sim um posicionamento de cada um quanto ao seu "não álibi no Ser":

"Aqui está o ponto de origem da ação responsável e de todas as categorias do dever concreto, único e necessário. Eu também, *existo* [*et ego sum*] (em toda a plenitude emocional-volitiva, realizadora (...) dessa afirmação) realmente – no todo, e assumo a obrigação de dizer *esta* palavra. Eu também participo no Ser único e irrepetível, um lugar que não pode ser tomado por ninguém mais e que é impenetrável a qualquer outra pessoa. No dado ponto único onde eu agora estou, ninguém jamais esteve, no tempo único e no espaço único do Ser único (...). aquilo que pode ser feito por mim não pode nunca ser feito por ninguém mais. A unicidade ou singularidade do Ser presente é forçadamente obrigatória.

Esse fato do meu *não álibi no Ser* (...) não é algo que eu venha a saber e conhecer, mas é algo que eu reconheço e afirmo de um modo único e singular" (BAKHTIN, 1993, p. 58).

Perceba-se que Bakhtin já trabalhava a questão do momento emocional-volitivo como sendo inseparável da ação em sua responsabilidade localizada no "Ser único", o qual não precisa ser pensado em termos existenciais, mas pode ser pensado em termos sociais, assim como se abstrai o indivíduo enquanto ser individual no Ser único, para indivíduo enquanto integrante da Sociedade.[38] A problemática do inconsciente é deslocada para análise do caso concreto, e pode inclusive ser transposta para outro momento de análise (trabalharemos isso à frente).

A ação é então pensada como o ato responsável influenciado emocional e volitivamente. Esse ato, entretanto, somente tem função enquanto enunciado concreto, ou seja, é visto performativamente,[39] e para ele é válido aquilo que vale do enun-

37. Certamente, Bakhtin não trabalha aqui o "reconhecimento" como este terá valor na teoria social de Honneth, pois aquele olha a partir do ponto de vista do indivíduo somente, ou seja, não se fala ainda em reconhecimento jurídico ou político. Lembramos que isso se deve também à localização histórica de Bakhtin e desse texto em especial, pelo qual o autor lutava contra as correntes esteticistas que reduziam tudo ao "ato estético"; ou seja, o "ato ético" é um ponto conclusivo para Bakhtin neste momento e não seu enfoque principal, pois a responsabilidade perpassa tanto a arte quanto a ética.

38. É, justamente, a responsabilidade (posteriormente dialógica) que permite a integração social, na visão do jovem Bakhtin.

39. Lembramos que com isso não se pode, porém, adotar todas as premissas do pragmatismo, o qual, no fim, sempre mantém algum flerte com o positivismo.

ciado. Assim sendo, é imprescindível analisar as "condições concretas em que se realiza" o ato (BAKHTIN, 1995).

Os significados prévios, incluindo aí o tipo penal, precisam ser vistos como instrumentos mecânicos e impessoais que somente ganharão sentido (*tema*) no momento vivo da ação enquanto enunciado, ou seja, existe um sentido formal para a ação de matar, mas ele entra em choque com a possibilidade criativa de cada homicídio real; cria-se, então, na ação e somente em seu momento, o seu *tema*, o qual pode diferir da concepção parcialmente estável, pois a ação, uma vez exteriorizada, é vista como *obra* (RICOEUR, 2008, p. 67 e ss.), a qual está além da capacidade de imposição de significado do agente (como no finalismo), mas também dos observadores terceiros (como na ação significativa).

O sentido não pode ser buscado somente como algo *a ser interpretado*, o que ocorre na teoria da ação significativa, na teoria do tipo de Chaves Camargo e também no funcionalismo normativista de Jakobs (JAKOBS, 2003, p. 33 e ss.). Olhar a ação como enunciado concreto é perguntar-se, dentro do "gênero do discurso" da ação relevante para o direito penal, o sentido – sem que o operador do direito tenha o poder de simplesmente imputar-lhe tal sentido, pois o sentido que o agente quis imputar à própria ação (o fato "emocional-volitivo" ou a "orientação consciente" de Tavares) é condicionante da responsabilidade da ação mesma.

A responsabilidade, por fim, é também pensada dialogicamente, pois – diferentemente do que se pode crer ao ler certos processos penais – a ação não "rompe com o silêncio do universo", ela dialoga com outras ações, ela é uma resposta a algo, e também incita respostas. É uma ação que chamamos, portanto, *dialógica*. Perceba-se que é muito mais do que dizer que a ação é localizada intertextualmente, pois há nesta terminologia uma valorização unilateral do momento da ação, enquanto que dialogismo valoriza não somente o momento (localizado em um diálogo previamente existente), mas também o resultado: uma ação não interrompe o constante diálogo social, pelo contrário, faz parte dele (de modo responsável) e incita respostas de outras pessoas responsáveis e o reconhecimento, pelo Ser social como um todo: pelo Estado – para fins penais.

A ação continua sendo, portanto, a "conduta conscientemente orientada em função de um objeto/objetivo de referência" e a consciência traz, agora, a *responsabilidade* intrínseca,"materializa tipicamente": aqui se encontra o caráter *dialógico* externo da expressão. Ou seja, essa é a capacidade de o fator emocinal-volitivo ou de a vontade transformar-se em signo[40], o qual "cria" seu próprio *tema*, em relação de tensão com aquilo que se sabe previamente sobre a ação em si (o conteúdo

40. Lembramos que os signos, para Bakhtin, possuem existência concreta e são o que há de comum entre o conteúdo do "psiquismo" e do "social", ou seja, posso interagir socialmente porque os signos sociais são também mentalmente relevantes.

mecânico do tipo) e aquilo que o agente agrega-lhe de novo[41] no momento único da ação – "como expressão da prática humano-social" – ou seja, não somente o viés antropológico (Welzel) nem somente o social (Jakobs), mas a fusão dos dois momentos valorativos a serem analisados; a ação não é somente uma atividade socialmente nem somente psicologicamente significativa, mas, de modo complexo, ela é ambivalentemente significativa.

Pensemos agora as contribuições de Bakhtin para a crítica do discurso jurídico penal.

4.2 Crime e criminoso, a construção do gênero "Penal" I

A construção da dogmática do direito como discurso estável exige a geração de um "gênero discursivo" próprio. Se Vives Antón declara, com certa razão, que a Dogmática não é em si uma ciência, Ferraz Junior contrapõe que é "o agrupamento de doutrinas em corpos mais ou menos homogêneos que transforma, por fim, a Ciência do Direito [que pode ser pensada como Jurisprudência, assim como em Reale] em Dogmática Jurídica" (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 108). A dogmática, por sua vez, é um *saber tecnológico* (FERRAZ JUNIOR, 1988), e sistematiza o *controle* de comportamentos (FERRAZ JUNIOR, 2010).

A Dogmática, em seus corpos homogêneos, trabalha para estratificar certo discurso, certa interpretação; trabalha para estabilizar o seu próprio gênero discursivo.

Assim sendo, a Dogmática do Direito Penal impõe um sentido específico e prévio ao uso das palavras que são relevantes para os discursos de seu interesse: trata-se de seu *significado*, mais ou menos estável reiterado em cursos, em manuais, em monografias...

Quando, por exemplo, os penalistas diferenciam "roubo" em seu sentido técnico – o qual necessariamente abrange a noção de "violência ou grave ameaça" – de seu sentido comum – que pode abarcar também o que, tecnicamente, chamamos de "furto" –, eles estão estabilizando um discurso pela palavra.

Palavras e orações são "unidades significativas da língua" (BAKHTIN, 2002, p. 287) e é natural que se formem conteúdos parcialmente estáveis e normativos nos gêneros discursivos.

Existe, porém, uma diferença entre oração/palavra e enunciado concreto. O enunciado é, como apontamos acima, a substância real da língua e, por sua vez, o enunciado "suscita resposta". A palavra morta, a oração estratificada, no sistema de língua ou no gênero discursivo distante, não suscita resposta.

41. O "novo" é pensado em intensa relação com a postura existencial de Bakhtin, pois, mesmo que agora eu diga uma certa frase, e logo depois a repita *ipsis literis*, terei a mesma frase, mas dois diferentes eventos, sendo que o segundo traz de "novo", por exemplo, o fato de ser uma repetição.

Sou absolutamente indiferente ao sentido da oração "o sol saiu" até que se torne um enunciado concreto.[42] Nesse momento, não somente o contexto irá cooperar na significação das palavras, mas o uso concreto da frase (e de seus elementos verbais e não verbais) ajuda a condicionar o real valor semântico que ela assume. Assim, por exemplo, dizer "o sol saiu, é hora de partir" ou "o sol saiu, mas ainda é cedo" pode apontar um mesmo significado para a oração "o sol saiu", mas, enquanto enunciados concretos, cada situação suscita uma resposta diferente.

Essa postura, de analisar os termos do discurso como enunciados, *exige-nos* uma resposta. Assim é que propomos se encarem as definições dogmáticas de "crime" e de "criminoso".

Certamente essas palavras são pedras fundamentais no corpo que é a Dogmática Jurídico-Penal. Se forem enxergadas como simples definições, elas têm seu valor isoladas em um discurso solto. O discurso do Direito Penal, impessoal e atemporalmente válido, é racional, mas não é responsável. Como discurso, pode ser sempre uma tentativa de imposição de poder (FOUCAULT, 2009).[43]

O problema não está exatamente em usarmos a *palavra* "crime" ou "criminoso".[44] Independentemente da palavra usada, haverá uma pretensão de imposição de verdade pelo discurso jurídico-penal, e essa pretensão é que gera

---

42. Conferir desdobramentos deste exemplo, que é dado por BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*... cit., p. 287 e ss.

43. Talvez seja também significativo, além das breves divagações de Foucault na *Ordem do Discurso*, a reconstrução que este e uma equipe de estudantes do Collège de France fizeram do caso "Pierre Rivière". Transcrevemos aqui dois pequenos trechos da análise que Foucault faz do caso: "As análises permitem decifrar as relações de poder, de dominação e de luta dentro das quais os discursos se estabelecem e funcionam; permitem pois uma análise do discurso (...) Esse discurso de Rivière, decidimos não interpretá-lo e nem lhe impor qualquer comentário psiquiátrico ou psicanalítico (...) porque ele nos serviu de ponto zero para medir a distância entre os outros discursos e as relações que entre eles se estabeleciam"; "Os contemporâneos parecem, pois, ter aceito o jogo do próprio Rivière: o assassinato e narrativa do assassinato são consubstanciais. Todos podiam se perguntar se um dos dois era para o outro sinal de loucura ou prova de lucidez (...)" (FOUCAULT, Michel. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. Rio de Janeiro: Graal, 1984. Primeiro trecho, p. XIII e XIV; segundo trecho, p. 212).

44. Diferentemente do que pensa Houlsman, talvez o abolicionista mais conhecido. Ele propõe que abandonemos as antigas terminologias, como, por exemplo, "crime", para usarmos novas, tais como "situações problemas". A troca em questão, por mais que possa realmente ter efeitos de disseminação ideológica em seu princípio, não tardaria em ser completamente assimilada pelo discurso jurídico-penal e "situações problemas" passariam, *tout court*, a ser aquilo que um dia teria sido o "crime". Para mais, ver FOLTER, Rolf S. de. Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal – uma comparação das ideias de Hulsman, Mathiesen e Foucault. *Revista Verve*, Nu-Sol, PUC-SP, São Paulo, n. 14, 2008.

uma dominação silenciosa. O que podemos fazer para não sermos então dominados por significações mortas?

Usar responsavelmente as conceituações de crime e de criminoso, ou seja, pensá-las não somente significativa, mas também tematicamente, logo, enquanto enunciados concretos que exigem a nossa resposta, que se inserem no diálogo real do Direito Penal e da Sociedade como um todo.

Pensar a nossa resposta ao "tema" do "crime" e à pessoa concreta que é o "criminoso" é uma mudança de postura que algumas escolas abolicionistas tentaram alcançar. Não que partilhemos de seus fins (no que tange, exclusivamente, ao raciocínio penal, pois cremos natural desejar uma sociedade sem crime), mas que partilhemos de suas preocupações quanto à dominação pelo discurso e não pelo uso concreto do conceito de "crime".

Em resumo, pensar o "crime" e o "criminoso" de modo temático e responsável significa ter em mente que, a cada vez que utilizo essas palavras em um discurso jurídico-penal, eu não estou somente trabalhando com um sentido já dado pelo gênero discursivo – pois este é parcialmente estável –, ou seja, a cada vez que uso os conceitos de "crime" e criminoso" estou, eu também, interferindo no gênero e, logo, nas próprias concepções do que seja um crime e de quem seja um criminoso.

4.3 Bem jurídico, a construção do gênero "Penal" II

O que ocorre com os conceitos de "crime" e "criminoso" ocorre também com os demais conceitos ricos ao discurso jurídico-penal. Eles são estratificados de forma parcialmente estável e normativa e orientam a aplicação real do direito penal.

Isso ocorre, por exemplo, com o conceito de "bem jurídico". A sistematização do Direito Penal, depois de Von Lizst, dependeu do conceito de "bem jurídico".[45] Com intenções, provavelmente, garantistas, os bens jurídicos apareceram como o centro da teoria jurídico-penal e, até hoje, são considerados relevantes para a garantia de que o direito penal continue sendo mínimo e fragmentário (Bechara, 2010, p. 80, 409-410 e 416-417).

Sobre a noção de bem jurídico no Brasil, hoje, Bittencourt discursa da seguinte maneira:

---

45. Adotamos o positivismo de Lizst como ponto de referência, pois cremos que fora com ele que a teoria do "bem jurídico" passou a ser sistematizada, ainda que, como nos ensina Bechara (2010, p. 88 e ss.), a primeira pessoa a teorizar o delito como agressão a um bem foi o jurista Birnbaum, em 1834, e depois isso seria retomado por Binding, o qual teoria o "bem *jurídico*" e isso seria, por fim, trabalhado por Lizst (com divergências entre este e Binding, cf. p. 100) para ser sistematizado em uma dogmática que relaciona a norma penal e a violação ao bem jurídico com os pressupostos de aplicação da pena.

"na doutrina brasileira tem predominado o entendimento de que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais. O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir à sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações" (BITTENCOURT, 2010, p. 37).

Esta concepção, pendendo para uma provisão político-criminal do bem jurídico, não é, contudo, pacífica. Greco (2004, p. 98) aborda algumas dificuldades de fundamentar tal ponto de vista e, inclusive, como algumas propostas baseadas na própria *filosofia da* linguagem acabaram ficando inoperantes. Alguns problemas permanecem, entretanto, mesmo que mantida essa bela definição e funcionalização do bem jurídico. Primeiramente, ele se mostrou desnecessário para a sistematização do direito penal (JAKOBS, 2003).

Em segundo lugar, pensemos na seguinte máxima: toda determinação é negação. Ou seja, determinar o bem jurídico como limite para o Direito Penal significa falar que, se o Direito Penal somente protege bens jurídicos relevantes, logo ele não protege coisas que não sejam bens jurídicos. Logicamente, entretanto, ele *não não* protege tudo o que seja bem jurídico, ou seja, ele protege *tudo* o que seja bem jurídico.

Ao vermos, por exemplo, o Código Penal brasileiro, observamos que na "caixinha" bem jurídico é possível guardar os mais variados[46] bens de valor social prévio à legislação. Alguns são até mesmo difíceis de ser delimitados; outros, como é o caso do tipo penal aberto, delimitam bens jurídicos em que um número enorme de coisas pode ser inserido (COSTA, 2010, p. 2-32).

A capacidade delimitadora do bem jurídico para o direito penal contrasta com a sua abertura à sociedade, ou seja, se o direito penal, por um lado, somente pode proteger bens jurídicos, por outro, muitas coisas podem ser bens jurídicos, logo, o direito penal somente pode proteger muitas coisas: lá se foi a *ultima ratio* e o caráter fragmentário.[47]

---

46. Observe-se, por exemplo, a enorme variedade entre os títulos que dividem o código; são crimes contra: a Pessoa, o Patrimônio, a Propriedade Imaterial, a Organização do Trabalho, o Sentimento Religioso, o Respeito aos Mortos, a Dignidade Sexual, a Família, a Incolumidade Pública, a Paz Pública, a Fé Pública e (enfim) a Administração Pública. Se perguntarem o que o "respeito aos mortos", a dignidade sexual e a fé pública têm em comum, dificilmente um cidadão não tecnicisado no Direito Penal irá dizer com a obviedade de um senso comum teórico jurídico: "é obvio, são todos bens jurídicos!".

47. De maneira similar, Bechara (2010) entende que o bem jurídico não pode ser uma escusa para o legislador inserir muitos "objetos" no seio da tutela penal, mas deve se tornar um ponto de limitação *negativo* da atuação do Direito Penal, mediando o ontologismo social e o normativismo jurídico.

4.4 *Fixação e relativização concreta do bem jurídico: uma definição concreta de crime*

O que significa pensar concreta e responsavelmente o "bem jurídico"?

Uma proposta que caminha nessa direção é a apresentada por Costa (2010) em consonância com Hassemer, na obra *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. Nessa obra, Costa trabalha com duas abordagens distintas da possibilidade de se inserir o meio ambiente na categoria "bem jurídico", pensando, por exemplo, a Lei dos Crimes Ambientais – Lei 9.605/1998. A primeira proposta, ecocêntrica, pensa que devemos proteger o meio ambiente como um todo por seu valor intrínseco. Costa critica essa concepção por ser demasiado ampla e não oferecer um "substrato concreto" para o que seja bem jurídico (Costa, 2010, p. 17). Oferece, em contrapartida, que aceitemos a concepção antropocêntrica, a qual enxerga que devemos proteger aqueles bens que estejam diretamente relacionados com a pessoa humana (idem, p. 24 e ss.).

Com a concepção antropocêntrica, o homem aparece como limite concreto à definição de *algo* como sendo um bem jurídico, pois é preciso que haja uma relação direta entre a possível lesão ao bem em questão e uma lesão ao homem.

Colocar o homem como delimitador para o bem jurídico aponta um limite em que é imprescindível uma discussão prévia antropo-sociofilosófica sobre o que se pode considerar como essencial para a manutenção da dignidade humana.

Desenvolvendo essa temática, pensemos em como é possível dar mais concretude a esta proposta.

O homem, em sociedade, é capaz de eleger objetos que, concretamente, são imprescindíveis para a existência individual e em grupo.

Esses objetos, vistos aqui de maneira ampla, podendo também ser valores individuais ou sociais (como, por exemplo, a vida ou a honra), precisam estar relacionados ao homem para serem elevados a título de bem jurídico.

Isso é somente o começo. Pensemos em dois exemplos. A proibição do homicídio (art. 121 do CP) que protege a vida, e a proibição de incêndios em matas e florestas (art. 41 da Lei 9.605/1998), que protege estas últimas, como uma parte significativa do meio ambiente.

Na polêmica recente envolvendo a ortotanásia e o posicionamento do Ministério Público[48] em relação à regulação da noção de "vida" por uma esfera inferior à penal nos tem muito a contribuir. A proibição de matar alguém abrange a proibição

48. Não podemos, aqui, delinear todos os problemas envolvendo a polêmica entre o MP e as regulações médico-administrativas acerca da ortotanásia. Para mais informações sobre o caso, [www.estadao.com.br/noticias/geral,mp-desiste-de-acao-e-abre-caminho-para-ortotanasia,602414,0.htm].

de cometer-se eutanásia. Uma regulação médico-administrativa, entretanto, permitiu, em 2010, a ortotanásia, que é a eutanásia passiva e, em relação a essa postura, o Ministério Público não se opôs. Ou seja, a norma médico-administrativa delimita o sentido da norma penal.

Na proibição de incêndios de matas e florestas, dependemos de uma definição geográfica e biológica do que sejam matas e florestas, de qual é o limite de uma mata e de uma floresta, ou de um jardim e de uma mata, ou, em outros níveis, qual a diferença entre uma fazenda e uma mata. Todas essas regulações são infrapenais.[49]

Com isso vemos o seguinte fenômeno. Opta-se pela manutenção do bem jurídico como delimitador do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Isso gera, ou deveria gerar, uma *absolutização do bem jurídico*: o bem jurídico não deve ser violado e, se violado, acarreta punição.

A absolutização, entretanto, não somente da proteção, mas da definição de um conteúdo que é apenas *parcialmente* estabilizado no seio do discurso jurídico-penal: só é bem jurídico "X" aquilo que definimos como bem jurídico "X".

Isso entra em conflito com a regulação mais material do bem jurídico por esferas outras que a penal.

Chamamos esse fenômeno efetivamente de absolutização-relativização do bem jurídico. Efetivamente, absolutizar é absolutizar *algo*. O Direito Penal, se quiser manter sua teoria acerca de bens jurídicos, precisa tê-los *bem definidos*, para, então, delimita-los e delimitar a si mesmo.

A definição de o que sejam, como nos exemplos citados, a "vida" ou as "matas" e as "florestas", mostra que não cabe ao Direito Penal *enquanto tal* definir o que são os bens jurídicos em sua especificidade e esta é, na realidade, a condição mesma para realizar a sua proteção inflexível.

Pensar o que é a vida em uma esfera médica, especializada na questão, é justamente o que permite delimitar exatamente os casos em que o aparato penal entra em ação no caso específico de homicídio. *Para absolutizar o bem jurídico, é imprescindível relativizá-lo.*

Esta é uma postura concreta em relação ao discurso jurídico-penal, primeiramente, porque possibilita a sua limitação por outros discursos, o que está em consonância com a vontade de um Direito Penal mínimo.

Em segundo lugar, porque permite uma definição concreta de crime, pois o bem jurídico passa a ter um significado mais próximo de sua *tematização* nos casos em

49. Ainda que, no caso específico da lei de crimes ambientais, várias dessas definições sejam simplesmente positivadas como sendo também normas jurídico-penais; positivadas, diga-se de passagem, de maneira geralmente extremamente abrangente e sem o rigor técnico-científico das áreas que estudam tais quesitos exclusivamente, como a biologia, por exemplo.

que é violado, ou seja, a definição dos conteúdos dos bens jurídicos por esferas mais especializadas permite a melhoria do aparato técnico significativo que permitirá delimitar o que é a ação que o viola.

Soma-se a isso um segundo momento de relativização do bem jurídico que ocorre no caso concreto de sua violação. No crime real, o bem jurídico a ser localizado depende não somente de uma definição prévia dada pelo gênero discursivo penal, mas também da situação concreta em que ocorreu e da capacidade criativa de adaptação do agente específico em conciliar os conteúdos parcialmente estáveis do gênero com sua capacidade criativa de agir como enunciado concreto.

Isso quer dizer que, no caso de um homicídio concreto, a noção de "matar" estratificada na sociedade contrasta pela "morte" enquanto *evento* (cf. RICOEUR, 2011, p. 24 e ss.),[50] enquanto resultado de uma ação dialógica única. Foi, certamente, a reiterada análise da tensão entre o sentido antigo da noção de "matar" com específicos "homicídios" que contavam com uma situação específica (a de ser a provocação da morte de uma pessoa altamente debilitada pelo encerramento de uma terapia que somente prolongava a vida de tal pessoa, já em estágio terminal) que permitiu que uma regulação infrapenal da ortotanásia retirasse esta do âmbito de influência do art. 121 do Código Penal brasileiro.[51]

É para esse momento de relativização que a questão da *consciência* ou não da ação é trazida, pois o olhar do agente em relação ao bem jurídico concreto, no caso concreto da ação, é determinante não somente para se delimitar a ação, mas também o próprio bem jurídico em questão. A influência de aspectos do inconsciente do agente em sua ação depende de sua *relação direta com o bem jurídico em questão*, e sabemos que Id e Superego atuam de modo diferenciado sobre temas da mais irrisória composição do cotidiano do consciente Ego.

---

50. Essa noção de evento é a mesma que Ricoeur apresenta para pensar a linguagem como uma dialética entre a significação, que é parcialmente estabilizada por um sistema semiótico fechado, e o evento mesmo, ou "actualização", que é o uso concreto que se faz dos signos linguísticos gerando um elemento novo ao se utilizar os signos de maneira coesa e coerente: a frase. Repare-se, porém, que Ricoeur, apesar de trabalhar com a noção de "frase", a qual está geralmente ligada a uma construção sintática estática, de modo similar ao de Chomsky, afirma, categoricamente, que "o discurso é o evento da linguagem" (RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação:* o discurso e o excesso de significação. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 21) e traduz sua concepção dialética pelo axioma "se todo o discurso se actualiza como um evento, é compreendido como significação" (RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação...* cit., p. 25) – ou seja, apesar da terminologia, Ricoeur não ignora o dialogismo da linguagem, de modo que, em seus textos, "frase" significa aproximadamente a mesma coisa que "enunciado" em Pêcheux e "enunciado concreto" em Bakhtin.

51. Sabemos que tal retirada não é absoluta, e que as "análises" a que nos referimos incluem também muito de "direito comparado", vide o caso, também recente, da Itália.

Não há outra razão para a diminuição da pena daquele que age sob "relevante valor moral" do que uma relativização não da *ação* (se vista como uma "conduta", pois esta continua a mesma), e sim do bem jurídico. Relativiza-se, pois, a medição de lesividade de sua violação, pelo fato de – *na violação específica do bem jurídico específico*, no caso concreto – estar atuante uma dose de inconsciente, deslocando a valoração do bem jurídico do ponto de vista do agente e condicionando a ação para esferas menos conscientes da própria consciência.[52]

Nesse sentido:

"Mais si déjà le *moi* apparaît dès l'origine marqué de cette relativité agressive, où les esprits en mal d'objectivité pouront reconnaître les érections émotionnelles provoquées chez l'animal qu'un désir vient soliciter latérallemet dans l'exercice de son conditionnement experimental, comment ne pas concevoir que chaque grande métamorphose instinctuelle, scadant la vie de l'individu, remettra en cause sa délimitation, faite de la conjonction de l'histoire du sujet avec l'impensable innéité de son désir?" (LACAN, 1999, p. 113).[53]

Essa concepção, de absolutização-relativização do bem jurídico, exige algumas mudanças de postura.

Primeiramente, é preciso que, para cada crime em espécie, se tenha uma delimitação exata (em sentido positivo e negativo) do âmbito de influência da norma e da consequente atuação do Direito Penal, pela definição estrita do bem jurídico em questão. Essa definição estrita pode estar em esfera penal ou não, mas precisa ser específica, caso contrário, é melhor o Estado abster-se de punir, ou possibilitará momentos de mero arbítrio interpretativo (no tipo aberto, por exemplo).

---

52. Tavares alerta para não confundirmos "bem jurídico" e objeto de ação, mas, no caso, cremos que Tavares não diferenciou a definição *genérica* de bem jurídico da *concreta*, a qual o jurista necessita encontrar em cada caso específico, sob pena de ilegitimidade de ação do Direito Penal. Conferir TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*. Buenos Aires: Julio César Faria, 2010. p. 222 e ss. Nesse sentido, não discordamos do autor, que adota uma visão *concreta* e *realista* de bem jurídico – o que implica, em algum momento, certa *confusão* do "Bem" com o "Objeto", ainda que este seja o momento de atualização daquele, pela existência da ação, ou seja, *na ação* – na esteira, GRECCO, Luis. "Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate do bem jurídico e das estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCrim, ano 12, vol. 49, 2004, p. 100 e ss.

53. "Mas, se já o *eu/mim* aparece desde a origem marcado por esta relatividade agressiva, onde os espíritos em dificuldade de objetividade poderão reconhecer as ereções emocionais provocadas no animal que um desejo vem a solicitar, lateralmente, no exercício de seu condicionamento experimental, como não conceber que cada grande metamorfose instintiva, deslocando a vida do indivíduo, trará novamente à tona sua delimitação, feita da conjunção da história do sujeito com a impensável nascença de seu desejo?" – livre tradução. Lembramos que qualquer dificuldade de compreensão deste texto advém antes do fato de se tratar de Lacan, do que de qualquer problema com a tradução.

Em segundo lugar, será preciso enxergar cada ação como existindo concreta e dialogicamente, ou seja, será preciso analisar as condições específicas em que foi realizada por um sujeito concreto, o qual passa a ser relevante para a delimitação do sentido da ação mesma. Ou seja, o seu ponto de vista[54] passa a ser relevante para a delimitação da ação e do próprio bem jurídico (é o que ocorre com certas causas de diminuição).[55]

Por último, frisamos que a inserção do Dialogismo como ponto de vista gerará uma diminuição do Direito Penal ao exigir que se especifique em seu gênero para não criar conceitos vazios que nos dominem, em vez de servirem ao uso responsável dos aplicadores do direito. Os tipos abertos são a maior prova de que os conceitos abertos podem dominar os aplicadores do direito de modo irresponsável.

Assim, a absolutização-relativização do bem jurídico deve gerar, não só uma especificação do bem jurídico, mas um momento de posterior análise guiada pela pergunta: "será que o Direito Penal não está indo muito longe?", e isso se fará presente de acordo com as esferas mais distantes a que tivermos que recorrer para a especificação do bem jurídico, nunca perdendo de vista uma necessária relação com a proteção do homem.

Também, olhar a ação humana como enunciado concreto retira o arbítrio do aplicador do direito ao valorizar concomitantemente o gênero discursivo que guiará a análise do caso concreto, valorizando, também, o "ponto de vista"/a "expressividade" daquele que age – o qual é fonte do ato emotivo-volitivo que deu origem a tudo em torno do que gira o Direito Penal, cada vez que este precisa ser aplicado.

Tal nos proporciona um conceito concreto e mundanizado[56] de crime, o que, esperamos, seja um apontamento inicial de um rumo a ser traçado pelo Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, graças ao auxílio da Filosofia da Linguagem.

---

54. De certo modo, a leitura de que a ofensa ao bem jurídico está relacionada à *materialidade* de tal ofensa é um raciocínio paralelo que nos leva a conclusões semelhantes. Cf. D'Ávila, Flávio. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: Gauer, Ruth (Org.). *Criminologia e sistemas penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDPUC-RS, 2011. p. 214.

55. "El bien jurídico es un elemento de la própria condición del sujeto y de su protección social", diz Tavares (Idem, p. 176). Logo, o bem jurídico que é objeto da norma (enquanto parte do gênero discursivo penal), é também o objeto da ação, se vista de modo concreto, responsável e temático.

56. Nossa tese, enfim, também pode ser vista como uma *reação* à ideia de uma "jurisprudência" penal como estabilização de opiniões jurídicas para padronizar resultados de julgamentos sobre ilícitos futuros, o que, potencialmente, retira todo o caráter pessoal da punição e tende a punições mais severas e desnecessárias – irrefletidas. Neste sentido: Conceição, Pedro da. Individualização da Pena e Jurisprudência Penal. *Boletim IBCCRIM*, vol. 247, p. 7-9, 2013.

BIBLIOGRAFIA

BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Marxismo e filosofia da linguagem*. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. *Para uma filosofia do ato*. Texto completo da tradução americana

_____. *Toward a Philosphy of Act*; Austin: university of Texas

Press, 1993. Tradução de Carlos Alberto Faraco e Cristóvão Tezza. S.l.; S.n. 1993.

BARROS CARVALHO, Paulo de. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2009.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de livre-docência – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, USP, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLOTTA, Vitor Souza Lima. *Habermas e o direito* – da normatividade da razão à normatividade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa:* uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

CAMARGO, Antonio Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista 2002.

CAMARGO, Antônio Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CHOMSKY, Noam. *Linguagem e pensamento*. Petrópolis: Vozes, 1971.

CONCEIÇÃO, Pedro da. Individualização da pena e jurisprudência penal. *Boletim IBCCRIM*, vol. 247, 2013, p. 7-9.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental:* viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'ÁVILA, Flávio. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth (Org.). *Criminologia e sistemas penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDPUC-RS, 2011.

DOURADOS, Pedro. *Mito e razão no direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

FOLTER, Rolf S. de. Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal – uma comparação das ideias de Hulsman, Mathiesen e Foucault. *Revista Verve*, Nu-Sol, PUC-SP, São Paulo, n. 14, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

GRECCO, Luis. "Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate do bem jurídico e das estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCrim, ano 12, vol. 49, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I e II.

_____. *On the pragmatics of social interaction* – previous studies to the Theory of Communicative Action. New Bakersville: MIT Press, 2001.

_____. *Technik und Wissenschaft als 'Ideologie'*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1969.

HONNETH, Axel. *The critique of power:* relective stages in a critical social theory. Massachussetts: MIT Press, 1991.

HORKHEIMER, Max. *Sobre a Verdade*. In: _____. *Teoria Crítica I*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

LACAN, Jacques. *Ecrits – I*. Ed. De Poche. Paris: Seuil, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PECHEUX, Michel. Análise automática do discurso. In: HAK, T.; GADET, F. (orgs.). *Por uma análise automática do discurso:* uma introdução à obra de Michel Pêcheux. Campinas: Unicamp, 1993.

RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *Teoria da interpretação:* o discurso e o excesso de significação. Lisboa: Edições 70, 2011.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 1995.

SCHOUEKRI, Luís Eduardo (org.). *Direito tributário:* Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TAVARES, Juarez. Algunas reflexiones sobre un concepto comunicativo de conducta. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). *Dogmática y lei penal:* libro homenage a Enrique Bacigalupo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004.

_____. Apontamentos sobre o conceito de ação. In: PRADO, Luis Regia (Coord.). *Direito penal contemporâneo:* estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Teoría del injusto penal*. Buenos Aires: Julio César Faria, 2010.

_____. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TELLES JUNIOR, Gofredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A manipulação discursiva e a figura do "homem médio" no direito penal, de Carolina Grant – *RCP* 9/167 (DTR\2011\2162);
- O acontecer da linguagem na justiça restaurativa: uma perspectiva hermenêutico-filosófica do novo paradigma criminal, de Joyce Serra e Rodrigues Costa – *Ciências Penais* 13/157 (DTR\2010\631); e
- Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas, de Ana Luiza Almeida Ferro – *RT* 860/456, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/613 (DTR\2007\372).

66109

Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal

About the concept of "aid" in criminal law

Urs Kindhäuser

Zum Begriff der Beihilfe. In: Dannecker, Gerhard (org.), Festschrift für Harro Otto. Köln: Heymanns, 2007.

Traduzido[NT] por

Beatriz Corrêa Camargo

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e Universidade de Bonn, Alemanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Bonn, Alemanha. Bolsista CAPES. Ex-Bolsista pelo DAAD.

Bruno de Oliveira Moura

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra. Doutorando pela mesma instituição. Bolsista da FCT.

Área do Direito: Penal; Processual, Constitucional

NT. Nota de tradução: O termo presente no título original, "Beihilfe", possui tradução consagrada na doutrina brasileira como "cumplicidade". Nesse sentido, basta mencionar a obra de Greco, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, para demonstrar a importância de se considerar a terminologia em questão. Não obstante isso, os tradutores acharam por bem empregar parcialmente a tradução de "Beihilfe" como "auxílio", assim como utilizar as palavras "auxiliador" e "colaborador" em certos contextos (especialmente para expressar a palavra "Helfer"). A principal razão dessa escolha reside no fato de que o uso indiscriminado do termo técnico "cumplicidade" ou "cúmplice" encobriria a tese defendida neste artigo, a saber, que a gramática cotidiana de utilização do conceito empregado pelo texto legislativo – tanto o alemão (§ 27, StGB) quanto o brasileiro (art. 31 do CP) referem-se ao "auxílio" – é capaz de oferecer orientação segura à delimitação dos critérios de responsabilidade por essa forma de participação. Além disso, o uso de "cumplicidade", enquanto termo técnico, pressupõe o cabimento da imputação do delito ao partícipe, com o que já se supõe aquilo que se quer provar; redundante seria a expressão "cumplicidade punível". Por fim, vale lembrar que, embora o termo "cumplicidade" seja mais próximo ao público brasileiro, sua história em nosso ordenamento jurídico apresenta significado bem mais difuso que o atual – considere-se apenas que, no CP/1830, "cúmplices" eram todos os que concorriam diretamente para o cometimento do crime sem serem autores (art. 5.°), bem como aqueles que apenas receptavam o produto do crime (art. 6.°). A tradução contou com a revisão de Alaor Leite, a quem os tradutores agradecem pelas observações preciosas.

RESUMO: No presente texto, o autor analisa criticamente o conceito de cumplicidade oferecido pela doutrina majoritária, com vistas especificamente aos problemas que gera em torno das chamadas ações neutras. A tese a ser defendida é a de que a investigação sobre a gramática de utilização do verbo "auxiliar" permite soluções coerentes que encontram respaldo nos parâmetros legais.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio - Ações neutras - Ações cotidianas - Cumplicidade - Filosofia da linguagem - Participação - Teoria da ação.

ABSTRACT: In this article, the author critically examines the concept of complicity offered by the mainstream doctrine, with a particular view on the problems that it brings to the treatment of so-called neutral actions. The author defends that an analysis on the grammar of the verb "aid" makes it possible to find consistent solutions, which are supported by legal parameters.

KEYWORDS: Aid - Neutral actions - Ordinary actions - Complicity - Philosophy of language - Theory of action.

SUMÁRIO: I. Colocação do problema - II. Restrições subjetivas? - III. Ações principais e auxiliares - IV. Apoio a uma finalidade exclusivamente delitiva - V. Prestação delitiva de auxílio - VI. Resumo - Bibliografia.

I. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1. De acordo com o § 27 StGB, deve ser punido como cúmplice "quem dolosamente prestou auxílio a outrem em sua ação antijurídica dolosamente realizada". Os pressupostos típicos desse dispositivo devem ser interpretados de forma ampla, segundo a opinião comum: a jurisprudência considera suficiente que o auxílio prestado tenha sido útil para a execução do fato principal em algum momento, ainda que a contribuição não tenha surtido efeitos na causação concreta do resultado.[2] Conforme esse entendimento, também presta auxílio punível quem coloca uma chave falsa à disposição do autor, a qual não é utilizada na execução posterior do crime.[3] É verdade que a fórmula defendida pela doutrina majoritária – segundo a qual a contribuição do cúmplice deve ter, ao menos, possibilitado, facilitado, intensificado ou assegurado a realização do tipo penal[4] – impede que a simples tentativa de ajuda adquira a qualidade de cumplicidade.[5] Contudo, diante do fato

2. Cf. apenas RGSt 4, 95 s.; 75, 112 s.; BGHSt 8, 390; BGH StV 1981, 72.

3. RGSt 58, 113 ss.; BGHSt 2, 129 ss.

4. Cf. apenas *Baumann/Weber/Mitsch* Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. ed. 2003, § 31/16 s.; *Cramer/Heine* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. ed. 2006, § 27 nm 10; *Tröndle/Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. ed. 2006, § 27 nm 2; *Jescheck/Weigend* Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. ed. 1996, § 64 III 2 c; *Joecks* in: *Joecks/Miebach* (Org.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 27 nm. 26 ss.; *Otto* Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. ed. 2004, § 22/53; *Roxin* in: *Jähnke* (Org.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. ed. 1992, § 27 nm. 3 s.

5. Isso vale especialmente quando se exige ainda que o incremento do risco criado pelo cúmplice se verifique também na realização do tipo ou na produção do resultado. Cf.

de que para essa concepção, igualmente, a contribuição não precisa mostrar-se *ex post* causal para o resultado nos termos da fórmula da *condition sine qua non*, sendo suficiente que a cooperação apenas aumente no conjunto as chances de sucesso da realização típica,[6] a restrição do entendimento jurisprudencial acaba sendo bastante modesta.[7] Mas, mesmo no caso da colaboração que tem efeitos causais, ainda não é garantido que a contribuição do cúmplice fundamente suficientemente sua responsabilidade pelo fato principal no sentido da teoria da participação no injusto.[8] A respeito discute-se, sobretudo, se as contribuições prestadas por meio de ações tipicamente profissionais ou cotidianas – como a venda de utensílios domésticos – podem ser consideradas auxílio punível.

Essa problemática não se restringe ao mero interesse acadêmico, mas possui também grande importância prática; ela diz respeito aos limites da atividade permitida de grupos profissionais inteiros e torna-se virulenta particularmente no campo do direito penal econômico. O próprio Tribunal do Império tratara do tema em diversas ocasiões. Ele teve que decidir se deveriam ser consideradas participação punível, por exemplo, a informação jurídica verdadeira de um advogado[9] ou a consultoria correta prestada a um mandante cuja intenção de fraudar as leis tributárias era reconhecível.[10] O Tribunal federal alemão ocupou-se, entre outros, com o problema de saber se uma secretária concorre para a fraude tributária quando realiza os trabalhos de escritório correspondentes.[11] Além disso, indagou-se sobre a possibilidade de realização de cumplicidade por meio do pagamento de prestadores de serviço que não cumprem seus deveres tributários.[12] Atenção especial recebeu o processo contra um consultor de valores mobiliários que auxiliou os clientes com a transferência anônima de capital para o exterior.[13]

Murmann JuS 1999, 548 (549 ss.); *Otto* JuS 1982, 557 (562 ss.); *Schaffstein* in: *Barth* (Org.), Festschrift für Richard M. Honig, 1970, 169 ss.; *Stratenwerth/Kuhlen* Strafrecht Allgemeiner Teil (Teilband 1), 5. ed. 2004, § 12/158.

6. Cf. nota 3, e, ainda, *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo 2, 2003, § 26/184, com outras referências.
7. Cf., igualmente, *Otto* in: *Eser* (Org.), Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, 193 (195 s.).
8. A respeito, *Otto*, Op. cit. (nota 3), § 22/7 ss., com outras referências.
9. RGSt 37, 321 (323).
10. RGSt 68, 411.
11. BGH wistra 1988, 261.
12. BGH wistra 1992, 299 (300).
13. BGHSt 46, 107, comentado por *Behr* BB 2000, 2240 ss.; *Jäger* wistra 2000, 344 ss.; *Kudlich* JZ 2000, 1178 ss.; *Lesch* JR 2001, 383 ss.; *Marx* DStR 2001, 96 ss.; *Rolletschke* DStZ 2000, 787 ss.; *Samson* wistra 2001, 1 ss.; *Schiffer* StuB 2000, 978 ss.; *Steiner* Kreditwesen 2001, 65 ss.

Sobre a questão dos pressupostos sob os quais o auxílio a uma realização típica, prestado por meio de uma ação corriqueira, (não) deve ser visto como cumplicidade, a jurisprudência e a doutrina apresentam um leque variado de respostas. Uma parte delas se concentra na esfera objetiva, outra na subjetiva, assim como se combinam elementos objetivos e subjetivos da ação. Algumas soluções propostas diferenciam-se da dogmática do auxílio tradicional somente na escolha das palavras, outras conduzem a uma restrição radical da punibilidade de ações cotidianas.[14] O motivo dessa variedade de opiniões é um dilema evidente: uma vez que a letra da lei, ao menos à primeira vista, possibilita um extenso âmbito de aplicação do dispositivo, quaisquer restrições conceituais dificilmente podem ser justificadas com os métodos de interpretação tradicionais. Concepções que, em vez disso, sequer se ocupam da letra da lei, recorrendo a princípios gerais de imputação ou reflexões sobre a finalidade da pena, abandonam rapidamente a orientação segura dos pressupostos dogmáticos. Além disso, é difícil fazer justiça à necessidade, por todos reconhecida em razão da importância prática que envolve o problema, de se estabelecerem critérios os mais claros e simples possíveis para a diferenciação entre auxílio punível e não punível.

2. Em uma perspectiva sistemática, não deve ser desconsiderado que a ameaça de pena para a participação orienta-se pela moldura penal do delito cometido pelo autor. Ainda que haja uma previsão de diminuição obrigatória de pena para a cumplicidade por força dos §§ 27, inc. II, segunda alínea, e 49 do StGB, quem auxilia outra pessoa no cometimento de um crime encontra-se em um patamar de pena aplicável distinto daquele que descumpre o dever de comunicar o planejamento do crime de que tem notícia, nos termos do § 138 StGB. Pudessem quaisquer ações cotidianas preencher os pressupostos da cumplicidade, então seria necessária a fundamentação da razão pela qual mereceria uma pena consideravelmente maior a venda legal de um objeto qualquer, cuja utilização posterior como instrumento do crime vem a ser de conhecimento do vendedor, em comparação com a omissão da informação relevante aos órgãos oficiais ou à vítima. Quanto à proteção da vítima, a denúncia do planejamento criminoso é, de todo modo, muito mais significativa e útil que a omissão da venda do objeto que o potencial autor poderia adquirir sem maiores dificuldades igualmente na loja ao lado. Já que na hipótese de conhecimentos iguais por parte do vendedor a diferença entre esses casos não pode residir no aspecto subjetivo da imputação, o motivo para a imputabilidade objetiva do injusto da ação principal teria que residir na venda legal do objeto cotidiano – uma suposição *prima facie* questionável.

14. O estado da discussão nos últimos tempos tem sido difundido frequentemente de modo tão completo e crítico que não se mostra necessário reproduzi-lo aqui novamente; para maiores detalhes, remetemos especialmente à apresentação de *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, 68 ss.

De acordo com a solução proposta por Otto, a contribuição do cúmplice deve ser de tal modo útil que justifique o juízo de que "o cúmplice colaborou com a realização do resultado".[15] Nesse sentido, a partir do conceito de prestação de auxílio, será examinada a possibilidade de uma restrição do auxílio punível aos casos nos quais a colaboração tem efeitos expressivos sobre a execução concreta do crime e, portanto, a responsabilidade do cúmplice pelo injusto cometido parece ser justificada. Mostrar-se-á, porém, que tais restrições, quando muito, relacionam-se apenas indiretamente com a circunstância de que as formas de comportamento em questão apresentem um caráter cotidiano ou profissional.

II. RESTRIÇÕES SUBJETIVAS?

1. O Tribunal do Império exigia uma "vontade de colaborar com o crime" ("Tatförderwille") para a consideração do comportamento realizado no exercício da atividade profissional como prestação de auxílio punível:[16] apenas seria o caso de se falar em cumplicidade quando a vontade estivesse direcionada ao delito, para além do exercício da profissão. Tal intenção faltaria comumente ao advogado, já que a ele interessa primariamente o assessoramento jurídico, conforme o seu dever.[17] Contudo, uma presunção (relativa)[18] da inexistência da vontade de colaborar com o delito no trato profissional encontra tão pouco fundamento em regulamentações legislativas quanto uma orientação volitiva do dolo na cumplicidade que diminua a importância do elemento cognitivo. Ademais, não ficam claras as razões do privilégio conferido à atividade profissional a partir da presunção da falta de vontade de contribuir para o crime.[19] Não menos justa parece a crítica de que a fórmula do Tribunal do Império beira o Direito Penal da atitude interna.[20]

De acordo com a sugestão de Roxin, utilizada pela jurisprudência mais recente,[21] a restrição do auxílio punível deveria ocorrer por meio de uma limitação do elemento cognitivo do dolo. A ação colaboradora do cúmplice deve ser caracterizada por um desvalor que ultrapasse a causação acessória da lesão ao bem jurídico.[22]

---

15. Op. cit. (nota 3), § 22/53.
16. RGSt 37, 321 ss.
17. RGSt 39, 321 (322).
18. Cf., a respeito, igualmente, *Kudlich* (Op. cit., nota 13), 139.
19. *Beckemper* Jura 2001, 163 (165).
20. *Hassemer* wistra 1995, 41 (43); *Rabe von Kühlewein* JZ 2002, 1139 (1141); *Tag* JR 1997, 49 (51); *Wolff-Reske*, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, 58 s.
21. Cf. BGHSt 46, 107; BGH StV 2000, 479; wistra 2000, 459; NJW 2001, 2409.
22. *Roxin* in: *Kühne* (Org.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, 501 (512).

Tal desvalor verificar-se-ia quando a colaboração demonstrasse uma inequívoca "relação semântica delitiva" ("deliktischer Sinnbezug"), a qual, por sua vez, estaria presente quando a prestação realizada fosse útil ao autor apenas sob o pressuposto do crime planejado e isso também fosse de conhecimento do colaborador.[23] A relação semântica delitiva faltaria "quando a contribuição se refira a uma ação lícita que por si só já seja útil e conveniente ao autor, a qual, todavia, ele transforma em condição de um comportamento delitivo independente, derivado de uma resolução criminosa autônoma".[24] A relação semântica necessária não existiria, ainda, na hipótese de o colaborador não ter ciência positiva do ato planejado e tão somente contar com a possibilidade de que sua contribuição seja utilizada em um delito, a não ser que "o risco percebido de um comportamento delitivo" de quem recebe a ajuda seja de tal monta que o colaborador, com a sua contribuição, possa apenas ter "interesse em apoiar um autor claramente inclinado ao delito".[25] Essa restrição do auxílio punível no âmbito do dolo eventual é fundamentada principalmente com o argumento de que o agente poderia invocar o princípio da confiança em seu favor, na medida em que o auxiliado não se mostrara claramente inclinado ao crime.[26]

A ideia de uma "relação semântica delitiva" não é mais que uma paráfrase (sem especial conteúdo) da exigência resultante da lei de que a cumplicidade seja a prestação de auxílio à realização de uma ação antijurídica. Nessa medida, o conceito do auxílio não consegue ser mais bem esclarecido com o critério da relação semântica delitiva. Ainda que se empregassem os elementos da relação semântica delitiva para a determinação do conceito do auxílio, a vinculação da ação auxiliar ao fato principal é ainda muito vaga se apenas o propósito do autor em utilizá-la deva ser decisivo. Pois, aplicando-se consequentemente o princípio, a cumplicidade pela venda de um simples pé de cabra deveria ser aceita na situação em que o vendedor descobre por acaso que o comprador necessita da ferramenta apenas para um arrombamento que planeja para muitos meses (ou anos?) depois.[27] Por outro lado, se o autor tivesse interesse em possuir o instrumento também em razão da reforma que está realizando em sua casa, então a relação semântica delitiva deveria ser ne-

23. *Roxin* in: *Küper* (Org.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, 365 (379).

24. *Roxin*, Op. cit. (nota 5), § 26/224.

25. Assim, BGHSt 46, 107 (112 s.); *Roxin*, Op. cit. (nota 22), 380; cf., igualmente, BGH JR 2002, 511 (512 s.), comentado por *Cramer/Hund*; além disso, *Amelung* in: *Samson* (Org.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, 9 (23 s.); *Otto*, Op. cit. (nota 6), 193 ss.; com maior matiz objetivo, *Rabe von Kühlewein*, Op. cit. (nota. 19), 1143 ss.

26. *Roxin*, Op. cit. (nota 21), 513, 516; *o mesmo*, Op. cit. (nota 22), 379; *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, 159 ss.; de modo semelhante, *Cramer/Heine*, Op. cit. (nota 3), § 27 nm. 10; *Ransiek* wistra 1997, 41 (44).

27. *Roxin*, Op. cit. (nota 22), 378 s.

gada. A irrelevância prática dessas diferenciações é clara;[28] os órgãos de persecução penal sequer se ocupariam de examinar os motivos pelos quais o autor comprou uma ferramenta qualquer para, conforme o caso, investigar também o vendedor por uma possível cumplicidade.

Contudo, essa tese se mostra duvidosa principalmente no tocante à diferenciação feita no tipo subjetivo da cumplicidade.[29] Se o dolo eventual pressupõe que o autor, ao agir, conte com o acontecimento que realiza o tipo penal,[30] isto é, não confie em sua não ocorrência, então não fica claro como seria possível alcançar, em absoluto, uma restrição do auxílio punível com a versão subjetiva da fórmula da "relação semântica delitiva".[31] Se a fórmula tiver por base um conceito relativamente restrito de dolo eventual, então o tipo subjetivo da cumplicidade praticamente nunca será preenchido nas situações em que o contratante de um negócio corriqueiro não estiver claramente inclinado a cometer o crime – ainda mais porque, segundo a opinião majoritária, o dolo dirigido ao ato principal não pode ser completamente vago, devendo compreender o núcleo do injusto relevante.

2. As críticas mencionadas se dirigem, de um modo geral, também contra as tentativas dogmáticas – não imediatamente compatíveis com a letra do § 27 StGB[32] – que localizam no tipo subjetivo as restrições necessárias ao auxílio punível no caso dos negócios cotidianos[33] e consideram uma ação com dolo eventual *per se* insuficiente.[34] Tendo-se em vista considerações sobre o merecimento de pena do comportamento, até pode ser apropriado por vezes limitar-se a responsabilidade penal por meio de restrições da imputação subjetiva. Porém, a matéria de proibição deve antes ser definida por critérios objetivos, de modo a deixar suficientemente claros os pressupostos objetivos sob os quais um comportamento deva ser visto

28. Para a crítica cf. igualmente *Amelung*, Op. cit. (nota 24), 18, 13; *Beckemper*, Op. cit. (nota 18), 167; *Otto*, Op. cit. (nota 6), 207; *Rabe von Kühlewein*, Op. cit. (nota 19), 1140 s.; *Niedermair* ZStW 107 (1995), 507 (513, 529 s., 532); *Tag* JR 1997, 49 (54): *Wessing* NJW 2003, 2265 (2266 s.).

29. Cf., igualmente, *Amelung*, Op. cit. (nota 24), 18 s.; *Beckemper*, Op. cit. (nota 18), 168; *Kudlich*, Op. cit. (nota 13), 123, 135; *Schall* in: *Graul, Wolf* (Org.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, 103 (112); *Otto*, Op. cit. (nota 6) 193 (209).

30. Assim igualmente *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo 1, 4. ed. 2006, § 12/22 s.

31. Cf., igualmente, *Weigend* in: *Eser* (Org.), Festschrift für Haruo Nishihara, Tomo 5, 1998, 197 (199 s.); *Wohlers* NStZ 2000, 169 (170).

32. *Lesch* JR 2001, 383 (386); *Tag*, Op. cit. (nota 27), 51.

33. Assim igualmente *Arzt* NStZ 1990, 1 (3 s.); *Beckemper*, Op. cit. (nota 18), 163 ss.; *Niedermair*, Op. cit. (nota 27), 543 s.; *Otto* wistra 1995, 323 (327), com outras referências.

34. Nesse sentido, contudo, *Otto*, Op. cit. (nota 6), 212 s.; ainda, com outras diferenciações, *Amelung*, Op. cit. (nota 24), 21, 24; na literatura mais antiga: v. *Bar* Gesetz und Schuld Band II, 1907, 693; *Köhler* Deutsches Strafrecht, 1917, 530.

como auxílio proibido.[35] O injusto de ação de um ato criminoso consiste em não se ter evitado um injusto de resultado que era possível evitar. Por conseguinte, correções restritivas ao injusto de ação não afetam a necessidade de se definir o respectivo injusto de resultado específico de um ato, o que, nesse contexto, significa: a necessidade de determinar aquilo que objetivamente constitui um comportamento como auxílio proibido.

III. AÇÕES PRINCIPAIS E AUXILIARES

1. Em face desta abordagem, mostra-se mais convincente procurar restringir o alcance do auxílio punível por meio de critérios objetivos, como defende uma opinião amplamente difundida. Quem opta por esse caminho, no entanto, encontra-se diante da dificuldade de mal poder oferecer critérios reconhecidos no nível da tipicidade objetiva em geral que também sirvam à restrição específica de responsabilidade penal por cumplicidade. Pois o critério de imputação objetiva na atuação por autoria que aqui mais interessa, isto é, a criação de um risco juridicamente proibido de realização do tipo penal, dificilmente se deixa associar à cumplicidade. A contribuição do cúmplice, com exceção de casos especiais (bastante controvertidos),[36] não conduz (ainda) ao resultado, dependendo antes de uma interferência livre e responsável do autor em questão. Nessa medida, a contribuição do cúmplice, isoladamente considerada, não se encontra normalmente em uma relação imediata com o injusto de resultado específico do ato, o que tem por consequência o fato de que a imputação objetiva na cumplicidade necessita de uma fundamentação distinta em comparação com a constituição do injusto da autoria.

Auxílio é um conceito cujo significado está ancorado em relações do tipo meio-fim. Precisa de ajuda quem deseja colocar-se em condições – físicas ou psíquicas – de alcançar um determinado objetivo, ou melhor: a pessoa cujos meios disponíveis não são completamente suficientes para a realização de sua intenção porque déficits precisam ser compensados ou impedimentos serem superados. A necessidade prática do auxílio é de natureza hipotética: sob o pressuposto de que uma pessoa queira ser capaz de (não) permitir a realização de um acontecimento determinado, é necessário, para ela, que X seja feito ou Y seja omitido. Auxiliar é, sob essa perspectiva, uma ação que serve para garantir a capacidade de execução da ação principal, seja para preparar a obtenção da ação principal, seja para assegurar-se de

35. Para a crítica, cf. ainda – igualmente sob o aspecto de um evitável "direito penal da vontade" – *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 298; *Tag*, Op. cit. (nota 27), 51; *Wohlers* SchwZStrR 117 (1999), 425 (428, 434); *Wolff-Reske*, Op. cit. (nota 19), 58 s.

36. Sobretudo RGSt 74, 84 ss.: Badewannen-Fall; BGHSt 18, 87 (89 ss.): Staschynskij-Fall; BGH NJW 1954, 1374 s.

que ela não irá falhar.[37] Em outras palavras, e na terminologia habitual da teoria do concurso de pessoas: se o fato principal do autor é influenciado no grau de domínio sobre a configuração e a decisão de seu curso, então a intensidade do domínio do fato é aumentada com o recebimento de um auxílio eficaz e, com isso, é incrementado o risco de que o fato realizado pelo autor tenha sucesso.

Em razão da dependência da ação colaboradora relativamente à finalidade estabelecida pelo autor, seria insuficiente responder à questão sobre se houve cumplicidade apenas com vistas ao resultado da colaboração prestada. A lei não considera suficiente a causação de uma circunstância útil à execução do crime, a qual seja *ex post* imputável ao cúmplice enquanto "resultado", mas exige em relação ao comportamento do autor a "prestação de ajuda", isto é, uma prestação que, já objetivamente no momento de sua oferta, seja necessária à realização de um ato criminoso (mais ou menos) definido. Ela deve, portanto, relacionar-se a um déficit reconhecível já nesse momento. Nesse sentido, a promessa de ficar à espreita durante a realização de um arrombamento é capaz de eliminar alguma insegurança que impeça a execução do crime. Ao contrário, é indiferente para o autor de quem e quando ele compra (ou comprou) a calça que utilizará durante o arrombamento, ainda que ele não possa executar esse ato sem estar vestindo uma. Logo, o efeito causal que exerce sobre o êxito de um crime ainda não é por si só capaz de explicar a qualidade de uma ação como cumplicidade.

2. Disso se segue, em primeiro lugar, que a indagação sobre se um comportamento deve ser visto como cumplicidade apenas pode ser respondida sob a perspectiva do sentido e da finalidade da ação principal. Apenas aquilo que necessita quem executa a ação principal é que pode ser visto como objeto de auxílio. Se "A" já se decidiu por esfaquear "B" com um determinado punhal, então "C" não presta ajuda nem mesmo quando lhe oferece acesso a um arsenal de armas. O supérfluo não auxilia, ainda que possa expressar certa solidariedade com o autor.[38] Sob circunstâncias inversas, esse raciocínio é formulado no § 323c relativamente ao fato de que o dever de ajudar deixa de existir quando o sujeito que se encontra em necessidade é capaz de tomar as providências necessárias sozinho[39] ou quando

37. Mais sobre a relação entre ação principal e participação sob o aspecto da teoria das normas, *Kindhäuser* NStZ 1997, 273 (274 s.); *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, 80 ss.

38. Nessa medida, a "solidariedade para com o autor" – como apregoa *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, 54 ss. – não estabelece fórmula alguma que descreva suficientemente os pressupostos do auxílio punível.

39. BGH NJW 1952, 394; OLG Düsseldorf NStZ 1991, 531; *Rudolphi* in: *Rudolphi* (Org.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Tomo II, 2005, § 323c nm. 16a, com outras referências.

já recebeu ajuda por parte de um terceiro.[40] Conceitualmente, a cumplicidade não pode existir antes que o crime se encontre ao menos no estágio do planejamento preparatório. Onde não existe o estabelecimento de um objetivo, não pode haver igualmente a necessidade prática de se estar em condições de alcançar um objetivo.

Que a qualidade de uma ação como cumplicidade dependa do estabelecimento do objetivo de um ato criminoso é algo que não exige, todavia, que o autor principal saiba do auxílio prestado.[41] Se uma janela aberta possibilita ao autor adentrar sem maiores dificuldades em um quarto, então essa circunstância promove a persecução de seu objetivo independentemente do fato de ele saber que alguém abriu a janela para a execução do crime ou se ele acredita que a janela está aberta por uma feliz coincidência.

IV. APOIO A UMA FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE DELITIVA

1. Para que uma conduta contradiga a proibição de prestar auxílio, é necessário que ela sirva, independentemente das intenções perseguidas por quem auxilia, à consecução do fim delitivo estabelecido pelo autor. Por esse motivo, a caracterização de uma prestação qualquer como ação de auxílio pode enfrentar dificuldades quando o autor só viola a proibição devido à forma e ao modo do emprego da prestação realizada, a qual, se não fosse isso, serviria a uma finalidade lícita. Nesses casos, de um lado se ignora a utilização delitiva em virtude do fim licitamente estabelecido,[42] enquanto do outro, ao contrário, se considera que a fixação lícita da finalidade é irrelevante em face da utilização delitiva.[43] Para ambas as interpretações podem ser mencionados exemplos plausíveis. Assim, entende-se que, em virtude do seu ajuste a uma finalidade socialmente útil, a entrega de matéria-prima a uma indústria que, na produção de bens, viola disposições ambientais não pode ser valorada como cumplicidade. Diferentemente, parece pouco convincente deixar de ver no empréstimo de um carro a alguém fortemente embriagado uma cumplicidade relativamente ao crime do § 316 do StGB, com base no argumento de que o autor persegue primariamente o fim lícito de ir para casa.

Um olhar mais detalhado mostra que os exemplos se distinguem em um ponto essencial. Enquanto na condução em estado de embriaguez a persecução do fim lícito está, diante das circunstâncias dadas, objetivamente unida de modo

40. BayObLG NJW 1973, 770 (771); OLG Karlsruhe NJW 1979, 2360 (2361); *Tröndle/Fischer*, Op. cit. (nota 3), § 323c nm 4.

41. Diferentemente da concepção orientada ao auxílio psicológico de *Schild Trappe*, Harmlose Gehilfenschaft?, 1995, 97 e passim.

42. Dessa maneira, *Ransiek*, Op. cit. (nota 25), p. 41 e s.; *Roxin*, Op. cit. (nota 5), § 26/224.

43. Assim, *Niedermair*, Op. cit. (nota 27), p. 531 e s.

necessário a uma violação contra o § 316 do StGB, a entrega de matéria-prima para a produção de bens e o modo de fabricação delitivo se relacionam apenas de modo acidental. Aqui a conexão resulta unicamente de uma decisão posterior do fabricante, independente da finalidade de produção, em favor de um procedimento que não se adéqua às condições legais. Portanto, a conexão relativamente à entrega de matéria-prima é – ao contrário do caso da condução em estado de embriaguez – arbitrária. Por isso, na entrega de matéria-prima, mas não na condução em estado de embriaguez, a fixação do fim lícito pode ser separada da realização delitiva.

A distinção entre ambas as constelações também fica clara quando se modifica o exemplo da condução em estado de embriaguez, de modo que o proprietário empresta o veículo a um amigo sóbrio e assim possibilita que este retorne para casa de forma segura. Se no caminho, entretanto, o amigo dá meia-volta e ingere uma grande quantidade de álcool, o apoio à finalidade lícita não pode, em virtude da falta de uma necessária conexão com o uso delitivo da prestação, ser considerado cumplicidade relativamente a uma condução em estado de embriaguez. A conexão baseia-se, antes, em uma decisão ulterior de uso delitivo do automóvel, independente do objetivo lícito perseguido.

Nesse sentido, cabe afirmar que as prestações que servem a um fim lícito estabelecido pelo autor, por não estarem integradas em uma relação meio-fim de caráter delitivo, não devem ser consideradas cumplicidade, a menos que o fim lícito, segundo as circunstâncias dadas, só possa ser alcançado pela utilização delitiva da prestação. Inversamente, não cabe reconhecer a cumplicidade quando a persecução do fim, sob as circunstâncias dadas, não requer nenhum emprego delitivo da prestação, de modo que o uso delitivo derive de uma decisão ulterior e autônoma do autor. Formulado em termos gerais, o auxílio punível pressupõe que a prestação de ajuda seja utilizada pelo autor exclusivamente[44] para a realização de um fim delitivo, vale dizer, que o próprio fim tenha natureza delitiva ou que o fim, segundo as circunstâncias dadas, só possa ser alcançado de um modo delitivo.

2. Em virtude dessas considerações, deve-se também (melhor dito, por maioria de razão) negar o auxílio punível quando a prestação inicialmente produz um efeito útil que o autor, em razão de uma ulterior decisão, frustra na sequência. Este é nomeadamente o caso da conclusão de um negócio por meio do qual surge um fato tributável pelo Estado. Aqui a conduta em questão fundamenta apenas a pretensão de arrecadação estatal (como bem jurídico a ser protegido). Contudo, a solução é outra quando o negócio já é realizado com métodos de sonegação fiscal, v.g., por

44. Para este critério, em particular, *Puppe* Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Tomo 2, 2005, § 42/26.

meio da emissão de documentos falsos. A cumplicidade reside, portanto, não na criação do fato tributável, mas no auxílio talhado especificamente à ocultação do débito fiscal surgido.[45]

V. PRESTAÇÃO DELITIVA DE AUXÍLIO

1. Uma ação de cumplicidade pressupõe que já no momento de sua realização ela tenha o caráter de uma prestação de auxílio, devendo referir-se, portanto, a uma prestação que consideravelmente[46] melhora[47] as possibilidades de consecução do fim que o autor tem à disposição de todos os modos. Isso ocorre primeiramente quando o auxiliador contribui com uma prestação ajustada à finalidade delitiva do autor. Exemplar para este requisito é a entrega de uma arma no sentido do § 224, inc. I, n.º 2, do StGB. Por arma (em sentido técnico) devem-se entender os objetos que já em sua construção estão determinados à causação de (consideráveis) lesões; portanto, eles são *per se* meios lesivos. Porque aqui já a construção fornece informação acerca da qualidade do meio, não é necessária nenhuma outra circunstância para que a entrega da arma, a ser depois utilizada em uma lesão corporal, possa ser vista objetivamente como cumplicidade relativamente a essa mesma lesão corporal.

A ideia que está por trás do exemplo pode ser generalizada sem dificuldade. Quando uma prestação tem por objeto uma informação delitiva específica – como dar a combinação numérica de uma caixa-forte a alguém não autorizado – ou um instrumento especificamente delitivo – como o laudo pericial enganoso acerca do valor de determinada joia –, a sua realização é sem mais classificada como auxílio ao respectivo fato principal. Uma ligação espaço-temporal com o fato principal é supérflua porque já no momento da prestação é reconhecível até que ponto ela é capaz de fortalecer o domínio de configuração e de decisão específico do autor para além do quadro usual. A prestação também não precisa ser em si mesma ilícita. Assim, a elaboração de um laudo pericial falso acerca de uma determinada pedra preciosa, embora orientada especificamente ao delito, é – vista isoladamente – apenas uma permitida mentira por escrito.

---

45. Para isso, cf. BGH wistra 1998, p. 261; *Amelung*, Op. cit. (nota 24), p. 22; *Mayer-Arndt* wistra 1989, 281 (285 e s.); *Niedermair*, Op. cit. (nota 27), p. 527; *Otto*, Op. cit. (nota 6), p. 223 e s.

46. Por isso é apropriada a exigência de *Weigend*, Op. cit. (nota 30, p. 208 e s.), de que o auxílio punível deva exceder quantitativamente os recursos usuais do autor. Cf. também *Niedermair*, Op. cit. (nota 27), p. 540.

47. Esta exigência vale em primeira linha para o auxílio físico, mas aplica-se *cum grano salis* também sem dificuldade ao auxílio psíquico.

2. No centro da discussão sobre os limites do auxílio punível estão, todavia, prestações que não estão desde o princípio ajustadas a uma finalidade delitiva do autor. Também essas prestações alcançam seu caráter de prestação de auxílio por meio de sua integração na relação meio-fim estabelecida pelo autor.[48] Aqui apenas são necessários outros critérios para revelar a especificidade do ato da prestação de auxílio. O problema fica claro mais uma vez à luz do § 224, inc. I, n.º 2, do StGB, que equipara à arma (no sentido técnico), enquanto meio de execução qualificador do injusto, qualquer objeto cotidiano que mostre um potencial lesivo de gravidade correspondente. O critério decisivo para a equiparação nesse caso é a concreta utilização do objeto em questão para a causação de uma lesão. Portanto, se o autor utiliza um lenço de seda para estrangular a sua vítima até o estado de inconsciência, ele usa uma ferramenta perigosa para uma lesão corporal. Não sendo esse o caso, entretanto, o lenço de seda, especialmente pelo emprego adequado à sua destinação, é um objeto inofensivo.

A se seguir a teoria subjetiva, a venda do lenço de seda deveria ser uma cumplicidade a uma lesão corporal grave se o vendedor, com dolo eventual, partir acertadamente – independentemente das circunstâncias – da representação de que o comprador quer estrangular um homem com o lenço pouco depois. Entretanto, a venda de um lenço de seda não deixa de ser apenas a venda de um objeto inofensivo quando o autor quer estrangular alguém com o lenço um mês depois. Não a compra, mas apenas a posterior utilização faz do lenço um instrumento perigoso. Portanto, seria falso dizer que o vendedor do lenço teria colocado à disposição do autor um instrumento perigoso. Com isso, para que ao vendedor pudesse ser atribuída uma cumplicidade relativamente a uma lesão corporal por meio de um instrumento perigoso, ele deveria ter contribuído para o concreto emprego do lenço, o que não é o caso. Os conhecimentos de fundo do vendedor em nada alteram esse resultado.[49]

Diferente seria a situação se o autor envolvido em uma discussão violenta precisasse deixar seu adversário fora de combate e alguém lhe fizesse chegar o lenço de seda até então caído no chão. Pois agora o auxiliador possibilita diretamente a utilização do lenço como instrumento perigoso de que o autor necessita.[50]

---

48. Sobre a exigência de uma objetiva referência de sentido delitivo, veja-se *Derksen* Handeln auf eigene Gefahr, 1992, p. 84 e s.; *Freund* Strafrecht AT, 1998, § 10/138 e s.; *Frisch*, Op. cit. (nota 34), p. 280 e s., 301 e s.; *Idem*, Jura 1992, p. 376 e s.; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. ed. 1991, 24/15 e s.; *Löwe-Krahl* Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften, 1990, p. 37 e s., 57 e s.; *Idem*, wistra 1995, p. 205 e s.; *Mayer-Arndt*, Op. cit. (nota 44), p. 283; *Ransiek*, Op. cit. (nota 25), p. 43 e s.; *Wolff-Reske*, Op. cit. (nota 19), p. 123 e s., 143 e s., 157 e s.

49. Também *Frisch*, Op. cit. (nota 34), p. 295 e s., 298 e s.

50. Veja-se, ainda, *Jakobs* GA 1996, 253 (264).

3. Comparando-se os casos em que a fase de preparação do próprio ato criminoso já presta uma contribuição ajustada à ulterior realização do delito com o oferecimento de objetos que recebem a qualidade de meio específico de execução do crime apenas por meio de sua posterior aplicação delitiva, existe uma diferença essencial na disponibilidade do autor sobre a respectiva prestação.[51] É bem verdade que na concreta situação a existência de um lenço para a execução de um homicídio pode ser tão necessária como a existência de um falso laudo pericial sobre o valor de uma joia para uma determinada fraude. Entretanto, o importante é que a possibilidade de disposição sobre a falsa perícia do valor – diversamente da aquisição do lenço – não pertence ao conjunto de condições necessárias discretas dentro do qual o respectivo autor é capaz de realizar o fim por ele estabelecido.

Isso fica claro por meio de um exemplo. Um engenheiro, que deve esclarecer a origem de um incêndio para uma companhia de seguros, escandalizaria pela notável falta de compreensão se comunicasse orgulhoso como resultado de sua investigação que a causa do dano era o oxigênio no ar. Essa constatação não seria falsa quando se designa como causa toda circunstância que é necessária para explicar causalmente uma modificação empírica. Mas o interesse de conhecimento da seguradora não consiste em revelar toda e qualquer condição necessária do incêndio e, com maior razão, aquelas que, segundo a compreensão cotidiana, já se encontram presentes em qualquer modificação da espécie em questão. Antes, o seguro ocupa-se tão só de esclarecer se o caso apresenta alguma especificidade à luz do direito dos seguros, nomeadamente se na origem do incêndio estava em jogo alguma manipulação. Nesse sentido, na explicação causal de um dano cabe distinguir duas classes de condições. De um lado existem as condições que de certo modo estão na base do acontecimento a ser explicado e que, portanto, moldam a base da explicação. Essas condições apresentam-se para a explicação causal como pressupostos dados e, por isso, precisam de uma análise específica no máximo a título de menção marginal. Elas podem ser denominadas de "campo causal" de uma análise de dano. De outra banda, existem condições que ocorreram de forma inesperada. Tais condições estão no primeiro plano de análise. Pois um acontecimento geralmente precisa de uma investigação causal apenas quando ele (também) surgiu por meio de condições inesperadas.

De forma semelhante, também para a atribuição de elogio e crítica na moral cotidiana, apenas condições especiais assumem importância; circunstâncias esperadas, pelo contrário, são ignoradas. Assim, ninguém pensaria que o padeiro B ajudou o pós-doutor H em sua carreira científica por meio da regular venda de pão.

Na medida em que se trata da atribuição de responsabilidade penal pela causação de danos, a escolha das condições inesperadas relevantes é oferecida normativamente. Em outras palavras, o interesse de conhecimento jurídico-penal se orienta à

51. Também *Puppe*, Op. cit. (nota 43) § 42/26; NK-StGB/*Idem* Vor § 13 nm. 171.

questão de saber se determinadas condições – e com isso o dano – não teriam ocorrido se as correspondentes normas, que proíbem a criação ou ordenam a evitação das respectivas condições, tivessem sido observadas. Assim, uma condição é inesperada quando ela contradiz uma expectativa normativa. Pelo contrário, também no contexto jurídico-penal, não são de interesse as circunstâncias pertencem ao campo causal de um acontecimento. Elas em nada contribuem para a específica resolução jurídico-penal do conflito social por meio da atribuição de responsabilidade.[52]

Aplicando-se essa ideia à cumplicidade na fase de preparação de um delito, conclui-se que não é nenhuma prestação de auxílio a criação de condições que, para o autor, pertencem ao campo causal do seu ato posterior. Isso também se revela na terminologia da jurisprudência, que exige em sua fórmula para a cumplicidade o aumento do risco da realização do fato principal. Condições que pertencem ao campo causal de um acontecimento não são consideradas elevação de risco. Essa reflexão recorre licitamente a cursos causais hipotéticos e, em particular, move-se no terreno normativo dos princípios da imputação objetiva.[53] Assim como não se pode dizer que o perigo de incêndio foi incrementado pela existência de oxigênio no ar, tampouco se pode dizer que a venda de uma marmelada elevou o perigo da prática de um assassinato só porque à marmelada foi misturado veneno para a realização do crime.[54] Algo diverso se passa com os objetos e as informações que, independentemente do momento de sua prestação, já estão ajustadas de forma necessária a uma especifica utilização pelo autor.

4. Aqui as expectativas segundo as quais se faz a escolha das circunstâncias relevantes para o incremento do risco são proporcionadas normativamente, de modo que as reais expectativas do autor durante a preparação do delito são irrelevantes. Caso contrário, não haveria nenhuma cumplicidade quando o autor, em um determinado ambiente criminal, pudesse recorrer sem mais a armas, chaves falsas e semelhantes instrumentos do crime. Portanto, o campo causal relevante é normativamente determinado à luz do problema acerca de com quais prestações o autor, na lícita configuração de sua vida, pode, sem mais, contar. Nisso está a razão decisiva para que os modos de conduta cotidianos geralmente não possuam caráter de cumplicidade. Com a aceitação de uma oferta cotidiana o autor não obtém, em regra, nenhuma ajuda especial – ou, como também se pode dizer: socialmente inadequada. Diferente é a situação nos negócios ilegais. Aqui bem é

52. Veja-se também *Jakobs* ZStW 89 (1977), 1 (20 e s.).

53. Cursos causais hipotéticos são irrelevantes apenas para a investigação causal empírica; normativamente, pelo contrário, eles formam a base da imputação objetiva; portanto, contraditório neste ponto *Roxin*, Op. cit. (nota 5) § 26/229 na cumplicidade por um lado, Op. cit. (nota 29) § 11/53, 55 na imputação objetiva por outra parte.

54. Assim *Jakobs*, Op. cit. (nota 47) 24/17; NK-StGB/*Puppe* Vor § 13 nm. 173; de outra opinião *Roxin*, Op. cit. (nota 5) § 26/228.

verdade que o ladrão pode ter o jogo de chaves falsas proporcionado também por B, em vez de por A. Todavia, em todo caso, não se trata de uma prestação da qual se possa esperar alguma orientação de padrões de conduta conforme o Direito no "campo causal".

Às condições das quais – na fase de preparação – o autor pode sem mais servir-se normativamente pertencem, em princípio, todos os objetos e informações que podem ser adquiridos na vida cotidiana por meio de vias legais e sem imediata conexão com o fato planejado. Isso também vale para o aconselhamento de natureza jurídica ou financeira típico de uma profissão. Uma informação correta que qualquer um pode obter não é uma prestação que aumenta de uma forma normativamente inesperada a capacidade do autor para o cometimento de um crime. Porém, também nos negócios ilegais cabe diferenciar: se a proibição do negócio se baseia em uma razão que nada tem a ver com o seu objeto, o mesmo ocorre com a prestação obtida com o negócio, a qual o autor não deveria encontrar à disposição. Na verdade, apenas as circunstâncias sob as quais ele obtém a prestação são juridicamente desaprovadas. Exemplo disso é a venda realizada no domingo não aberto ao comércio de uma chave de fenda usual no mercado, que posteriormente é utilizada para um roubo.[55]

Na fase de preparação são ainda imputados ao "campo causal" do autor todos os objetos e informações sobre os quais ele já adquiriu uma pretensão legítima. O que corresponde ao direito do autor está sujeito normativamente à sua possibilidade de disposição. Portanto, não pode ser visto como uma especial prestação de auxílio o fato de, sem uma imediata conexão com determinado delito, pagar-se uma dívida ao autor, ainda que seja justificada a suposição de que o numerário servirá de base financeira para uma posterior ação delitiva. Pois juridicamente a pretensão deve ser tratada como se o autor já estivesse dotado do que lhe era devido.

5. Com o início da fase na qual o autor – seja depois de um longo planejamento, seja em virtude de uma decisão espontânea – caminha para a execução do fato, suas condições são mais ou menos concretizadas. A margem de ação reduz-se e, com isso, também a reserva de meios conhecidos e acessíveis pelo autor para a obtenção do fim. Agora, possibilidades em relação às quais o autor tornou-se atento ou quaisquer objetos que lhe são colocados à disposição podem lhe ser úteis na medida em que (na perspectiva do autor) elevam a chance de êxito do fato. Contudo, a determinação teleologicamente delitiva de um objeto como meio do fato ocorre apenas na situação de decisão do fato. No instante em que apanha um pé de cabra e se desloca em direção ao lugar do fato, o autor transforma uma ferramenta qualquer em instrumento do roubo. Nesse sentido, também aquele que nesse momento

55. Veja-se *Puppe*, Op. cit. (nota 43) § 42/25.

dá ao autor um pé de cabra não oferece mais uma ferramenta qualquer, senão favorece de forma específica a realização do delito.

A fase de execução, em que as condições do crime e, com isso, ao mesmo tempo, as necessidades específicas do fato para o autor são concretizadas, não é necessariamente idêntica ao lapso temporal entre tentativa e consumação do delito. Esse lapso depende da particularidade do injusto considerado típico, o qual não mais coincide com as necessidades práticas de configuração do fato delitivo. O critério decisivo para a prestação da contribuição "neutra" só pode ser a conexão imediata com a realização do tipo. Pois, por meio do caráter imediato, manifesta-se a necessidade da prestação para a obtenção da finalidade delitiva. Por isso, o transporte até o local do fato pode ser uma prestação em conexão imediata com a execução do fato se o autor dela depender segundo as circunstâncias dadas; a conformidade formal ao papel de chofer então não é mais capaz de criar qualquer distanciamento relativamente à específica promoção do fato.[56]

6. Ainda seria necessário considerar se o âmbito do auxílio punível em virtude de ações cotidianas também deve ser limitado por meio do recurso às regulações do estado de necessidade, bem como às valorações subjacentes às prescrições dos §§ 323c e 138 do StGB.[57] Em situações nas quais alguém se comportou ativamente para proteger o bem jurídico ameaçado poderia o agente sempre também ser visto como obrigado a omitir uma contribuição para o perigo do bem jurídico. Tal construção reúne, porém, dois critérios para valoração da conduta jurídico-penalmente relevante, cujo caráter vinculante se baseia em fundamentos independentes um do outro.[58] Enquanto por trás das regras do estado de necessidade (justificante) e dos §§ 138 e 323c do StGB está a ideia de solidariedade mínima, a proibição de cumplicidade fortalece a vigência de todas as normas primárias do Direito Penal (e com isso também a vigência dos §§ 138 e 323c do StGB). Nesse sentido, o fundamento da norma secundária da cumplicidade depende do fundamento da respectiva norma primária de conduta.

Coincidindo a violação do dever de mínima solidariedade e a violação da proibição de lesão ou colocação em perigo relativamente ao mesmo bem jurídico, no plano da concorrência aquela violação de dever será suplantada por esta última, em virtude da subsidiariedade. Portanto, no máximo cabe extrair como *argumentum a fortiori* que aquele que viola uma proibição de lesão ou de colocação em perigo

56. NK-StGB/*Puppe* Vor § 13 nm. 174; *Idem*, Op. cit. (nota 43), § 42/23; de outra opinião *Jakobs*, Op. cit. (nota 47) 24/17.

57. Assim, *Frisch* in: *Prittwitz* (Org.) FS Lüderssen, 2002, p. 539, 545; ainda, *Hefendehl* Jura 1992, 374 (377); *Wohlleben*, Op. cit. (nota 25), p. 149.

58. Para a crítica também *Beckemper*, Op. cit. (nota 18), p. 166; *Wolff-Reske*, Op. cit. (nota 19), p. 181.

também não atende o seu dever de mínima solidariedade. Porém, não se pode inversamente deduzir que aquele que viola o mandado de solidariedade mínima por esse motivo já se move no terreno proibido da ingerência.

Nesse sentido, o imperativo de prestação ativa de solidariedade mínima só permite derivar a proibição de realização de ações que precisamente frustram essa prestação. Essa conclusão baseia-se na exigência de ausência de contradição interna entre as normas jurídicas. Se o obrigado frustra, entretanto, a possibilidade de satisfazer o imperativo de mínima solidariedade, ele viola então apenas esse mandado e, portanto, não viola ainda de forma adicional (imediatamente ou por via da cumplicidade) a proibição de lesão ou de colocação em perigo.[59] Tal violação independe da fundamentação da intervenção de um imperativo de mínima solidariedade.

Por conseguinte, seria uma conclusão falsa derivar de um mandado de mínima solidariedade também deveres de conduta que não estão em nenhuma conexão interna de não contradição prática com o próprio cumprimento do mandado. A título de exemplo: se o cliente revela despreocupadamente ao padeiro o seu plano de querer matar a própria esposa com veneno colocado em um pedaço de bolo, então essa informação obriga o padeiro a compartilhar seus conhecimentos acerca do homicídio planejado, no sentido do § 138 do StGB. Esse dever afeta o padeiro independentemente de ter sido ele a vender ou não o bolo. Teria ainda tal dever de informação quem tivesse casualmente acompanhado a conversa entre o padeiro e o cliente. Pelo contrário, o dever de informação não contribui para a resposta da questão de saber se o padeiro prestou auxílio para o homicídio do cliente por meio da venda do bolo. A questão deve, antes, ser respondida negativamente. No momento em questão o autor não depende, para realizar o seu plano delitivo, da obtenção exatamente desse pedaço de bolo; o padeiro não auxilia o cliente, senão apenas coloca à sua disposição um meio de todos os modos legalmente disponível. Naturalmente, a solução seria diversa quando o padeiro aconselhasse o cliente acerca da escolha do bolo – por exemplo, quanto ao possível aroma neutralizador do gosto do veneno –, portanto, quando ajustasse sua prestação à finalidade do autor.

VI. RESUMO

O "problema elementar" da cumplicidade é objeto da questão de compreender sob quais pressupostos uma conduta que – isoladamente considerada – é permitida

59. Isso corresponde ao postulado geral segundo o qual de um mandamento de mínima solidariedade não se pode derivar nenhum dever de garantia.

como tal transforma-se em uma contribuição proibida.[60] Para a usual interpretação ampla do conceito de prestação de auxílio deve ser objetivamente considerada como cumplicidade toda e qualquer conduta que facilita, intensifica ou possibilita o prejuízo ao bem jurídico por meio do fato principal. Contudo, aqui se deve considerar em geral adequado limitar o âmbito do auxílio punível com vistas a condutas cotidianas padronizadas, o que, em princípio, oferece a possibilidade de elevar nas condutas externamente neutras as exigências no lado subjetivo do ato do potencial cúmplice. Nessa perspectiva, a cumplicidade também pode ser sem mais prestada por meio de uma conduta cotidiana, desde que o agente (de forma mais ou menos casual) tenha conhecimento de que a prestação será utilizada para a realização do crime pelo potencial autor. Isso vale, inclusive, para as prestações às quais o autor poderia sem mais ter recorrido na fase de preparação e que estão legalmente à sua disposição independentemente de seu plano delitivo. Contudo, um injusto de cumplicidade assim fundamentado aloja-se na preocupante vizinhança a um Direito Penal da atitude interna.

Uma delimitação mais fortemente objetivizada do âmbito do auxílio punível nas condutas externamente neutras vê-se confrontada com a dificuldade de que entre o caráter cotidiano de uma conduta e o apoio que aumenta o risco de um crime não há nenhuma correlação fixa (negativa). O caráter cotidiano de uma ação não é, por isso, visto em si mesmo, uma característica que possa se opor à constituição do injusto. Portanto, uma prestação perde o sentido delitivo não porque ela é produzida sob a forma de um modelo de conduta cotidiano. Segundo as circunstâncias do caso, para o êxito do seu projeto pode um autor depender tanto da discreta conformidade ao papel como de um apoio aberto. Isso não pode surpreender em um sistema de regras que, como o Direito Penal, está orientado à evitação de lesões e perigos materiais de bens, já que somente a observância das condições materiais de segurança pode desonerar.

No entanto, as condutas cotidianas podem ser indiretamente consideradas para a limitação da cumplicidade quando o injusto da prestação de auxílio for determinado a partir do fato principal sob dois aspectos. Por um lado, deve o auxílio ser exclusivamente dirigido à finalidade do fato principal. Nesse sentido, o autor precisa oferecer a prestação para a obtenção de um fim que ou é delitivo ou apenas pode ser alcançado, nas circunstâncias dadas, por via de uma forma de cometimento delitiva. Por outro lado, o apoio precisa, já no momento de sua

60. Prescindindo aqui do problema especial de saber se um garante de proteção ("Beschützergarant") tem que fazer e omitir tudo para a proteção do bem que lhe foi confiado, uma vez que sob estes pressupostos o injusto relevante já resulta suficientemente da contradição à posição de dever. Portanto, deve o garante de proteção, de todo modo, ser, em princípio, considerado autor. Veja-se *Kindhäuser*, Op. cit. (nota 36), p. 274.

realização, ter para o autor a qualidade de uma prestação de auxílio, seja por desde o princípio se ajustar especificamente ao ato criminoso, seja por diretamente melhorar as condições de concreta execução do crime a favor do autor, eliminando o déficit até então existente. Apenas com uma elevação de risco específico referido ao fato pode a cumplicidade ser compreendida como infração de um dever, o que justifica imputar ao cúmplice o injusto típico realizado por outra pessoa, o autor. Pelo contrário, prestações relativamente às quais o autor, antes do início da execução do fato, pode recorrer com qualquer finalidade ou às quais ele, de todos os modos, pode exigir legitimamente não são classificadas como cumplicidade, mesmo quando o prestador conhece a posterior utilização projetada ou inclusive a deseje. Deveres à luz dos §§ 138 ou 323c do StGB permanecem, assim, intactos.

BIBLIOGRAFIA

Amelung, in: SAMSON (Org.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999.

Arzt, NStZ 1990, 1.

Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. ed. 2003.

Beckemper, Jura 2001, 163.

Behr, BB 2000, 2240.

Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. ed. 2006.

Derksen, Handeln auf eigene Gefahr, 1992.

Freund, Strafrecht AT, 1998.

Frisch, in: *Prittwitz* (Org.), FS Lüderssen, 2002.

Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988.

Hassemer, wistra 1995, 41.

Hefendehl, Jura 1992, 374.

Jäger, wistra 2000, 344.

Jakobs, ZStW 89 (1977), 1.

Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. ed. 1996.

Joecks, in: *Joecks/Miebach* (Org.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003.

Kindhäuser, NStZ 1997, 273.

Köhler, Deutsches Strafrecht, 1917.

Kudlich, JZ 2000, 1178.

Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004.

Lesch, JR 2001, 383.

Löwe-Krahl, Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften, 1990.

Marx, DStR 2001, 96.

Mayer-Arndt, wistra 1989, 281.

Murmann, JuS 1999, 548.

Niedermair, ZStW 107 (1995), 507.

Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. ed. 2004.

Otto, in: *Eser* (Org.), Festschrift für Theodor Lenckner, 1998.

Otto, JuS 1982, 557.

Otto, wistra 1995, 323.

Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Tomo 2, 2005.

Rabe von Kühlewein, JZ 2002, 1139.

Ransiek, wistra 1997, 41.

Rolletschke, DStZ 2000, 787.

Roxin, in: *Jähnke* (Org.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. ed. 1992.

Roxin, in: *Kühne* (Org.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995.

Roxin, in: *Küper* (Org.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993.

Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo 2, 2003.

Rudolphi, in: *Rudolphi* (Org.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Tomo II, 2005.

Samson, wistra 2001, 1.

Schaffstein, in: *Barth* (Org.), Festschrift für Richard M. Honig, 1970.

Schall, in: *Graul, Wolf* (Org.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002.

Schiffer, StuB 2000, 978.

Schild Trappe, Harmlose Gehilfenschaft?, 1995.

Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986.

Steiner, Kreditwesen, 2001.

Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil (Teilband 1), 5. ed. 2004.

Tag, JR 1997, 49.

v. Bar, Gesetz und Schuld Band II, 1907.

Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993.

Weigend, in: *Eser* (Org.), Festschrift für Haruo Nishihara, Tomo 5, 1998.

Wessing, NJW 2003, 2265.

Wohlers, NStZ 2000, 169.

Wohlers, SchwZStrR 117 (1999), 425.

Wohlleben, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996.

Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As teorias da conduta no Direito Penal o conceito de conduta e sua importância para um Direito Penal de Garantia, de Yuri Carneiro Coêlho - *RCP* 14/409 (DTR\2011\1817);
- Aspectos processuais da teoria finalista da ação, de Geraldo Batista de Siqueira - *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/103 (DTR\2012\450135); e
- Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva, de Guilherme Guimarães Feliciano - *RT* 839/462, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* (DTR\2005\579).

66110

DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y DEBERES DEL EMPRESARIO: CONFLICTO EN LAS INVESTIGACIONES EMPRESARIALES INTERNAS

WORKERS 'RIGHTS AND EMPLOYERS' OBLIGATIONS: THE CONFLICT IN INTERNAL CORPORATE INVESTIGATIONS

ALBERT ESTRADA I CUADRAS

Profesor de la asignatura Derecho penal, parte especial en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

MARIONA LLOBET ANGLÍ

Profesora de Derecho penal y Criminología en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Acreditada como Profesora Lectora por la AQN (Generalitat de Catalunya) y Profesora Ayudante Doctora por la ANECA (Ministerio de Educación).

ÁREA DO DIREITO: Penal, Comercial/Empresarial; Trabalhista

RESUMEN: La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) en el Código penal español trae consigo la figura de las investigaciones penales internas por dos motivos. En primer lugar, porque la RPPJ dependerá de la existencia de un sistema de investigación interna idóneo para la prevención y detección de delitos. En segundo lugar, porque tal modelo de responsabilidad contempla como circunstancias atenuantes tanto la colaboración en una investigación penal, como el establecimiento de medidas para prevenir y descubrir futuros delitos. El problema que se presenta a la hora de establecer medidas de control y vigilancia sobre los trabajadores es la posible vulneración de alguno de sus derechos fundamentales, en particular, el derecho a la intimidad. El presente artículo versa sobre los límites penales de la potestad investigadora del empresario en el marco de las investigaciones empresariales internas.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad penal de las personas jurídicas, investigaciones empresariales internas, atenuantes, derecho a la intimidad.

ABSTRACT: Corporate criminal liability (CCL) has been recently introduced to the Spanish criminal code. That opened the doors to internal corporate investigations in Spain for two reasons. First, because CCL largely depends on the existence or absence of an internal investigation program capable of preventing and detecting crime. Second, because the Spanish CCL model establishes as mitigating circumstances: both the cooperation of corporations with public criminal investigation carried out, as well as the implementation of measures in order to prevent and detect crime in the future. However, measures of surveillance and investigation over one company's own employees can easily harm their fundamental rights, especially their right to privacy. This paper addresses the limits of criminal law in internal corporate investigations.

KEYWORDS: corporate criminal liability, internal corporate investigations, mitigating circumstances, right to privacy.

SUMARIO: I. Introducción – II. Clases de investigaciones empresariales internas – III. Beneficios de carácter penal de la realización de investigaciones empresariales internas – IV. La (aparente)

colisión de deberes del empresario – V. Límites al control de los medios de producción por parte del empresario: 1. Límites extra-penales; 2. Límites jurídico-penales: A. El bien jurídico protegido y el tipo de información objeto de protección; B. Los deberes de autoprotección de la víctima; C. El elemento subjetivo especial – VI. El uso de investigadores privados – VII. Intromisión en la esfera íntima de los trabajadores mediante la realización de preguntas sobre cuestiones de carácter personal (ideología y vida sexual) – VIII. ¿Justificación? – IX. Conclusiones – X. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El día en que Carl Bernstein y Bob Woodward, los dos periodistas del *Washington Post* que decidieron llegar hasta el final del caso *Watergate*, publicaron los resultados de sus indagaciones, no solo destaparon un complejo entramado de espionaje político que salpicaba a las más altas instancias del poder ejecutivo de los Estados Unidos de América. Además de permitir demostrar que, el para aquel entonces presidente de los EUA, Richard Nixon estaba al corriente de los actos de espionaje que desde su partido político, el republicano, se orquestaron para descubrir la estrategia política del principal partido de la oposición, el demócrata, las investigaciones que a raíz de los reportajes periodísticos inició el fiscal especialmente designado para la instrucción del caso sirvieron para desvelar una importante red de financiación ilegal de los principales partidos políticos del país. Pagos ilegales que, a su vez, llevaron a la SEC (*Securities and Exchange Comission*), la agencia estatal reguladora de los mercados financieros y de valores de los EUA, a descubrir prácticas comerciales irregulares por parte de numerosas empresas del país. El caso *Watergate* abrió la caja de pandora en materia de sobornos en el mundo económico-empresarial de los EUA, tanto dentro como fuera de sus fronteras.[1]

Corrían los años setenta y la SEC se enfrentaba, así, a un importante número de casos que tanto cuantitativa como cualitativamente excedían su capacidad de gestión.[2] Por un lado, las empresas implicadas solían ser de grandes dimensiones, así como los proyectos en torno a los cuales las prácticas de soborno tenían lugar, por lo que el número de trabajadores y funcionarios implicados era elevado. Por otro, a la dimensión cuantitativa se añadía la complejidad de un entramado de relaciones en las que intervenían trabajadores y funcionarios de distintos rangos y categorías. Los limitados recursos públicos de que disponía la SEC para afrontar una problemática de tal magnitud solo podían sortearse recurriendo sistemáticamente a una medida que, hasta entonces, tan solo había sido utilizada de forma puntual:[3]

1. COFFEE, "Beyond the shut-eyed sentry: toward a theoretical view of corporate misconduct and an effective legal response", *Virginia Law Review* (7), 1977, p. 1099-1278, 1115-1117.
2. COFFEE, *Virginia Law Review* (7), 1977, p. 1117.
3. MATHEWS, "Internal corporate investigations", *Ohio State Law Journal* (45), 1984, p. 655-673.

los compromisos de rebaja del importe y/o entidad de la sanción en caso de que la empresa sospechosa colaborara con sus propios recursos en el esclarecimiento de los hechos, mediante lo que se daría en llamar una "investigación interna". Nacía, de este modo, el conocido programa de declaraciones voluntarias de la SEC.

Las investigaciones empresariales internas pronto se popularizaron más allá del ámbito administrativo sancionador, el propio de la agencia reguladora de los mercados financieros y de valores (SEC). A lo largo de los años ochenta los abogados especialistas en defensa penal corporativa aconsejaron sistemáticamente a sus clientes la adopción de programas de cumplimiento –en los que las investigaciones internas constituían un apartado esencial– en sus negocios como instrumento especialmente idóneo para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica ante la eventual producción de hechos criminales por y desde su organización.[4]

Poco más tarde, el 1991, la *U.S. Sentencing Comission* institucionalizaba la figura de las investigaciones internas a través de las llamadas *Sentencing Guidelines*, las directrices que los jueces y tribunales penales federales estadounidenses deben seguir en la determinación de la pena en sus resoluciones condenatorias. En realidad, el *Sentencing Guidelines Manual* de aquel año fue el primero en introducir un capítulo, el octavo, relativo a la determinación de la pena en caso de condena a personas jurídicas. Hasta entonces las directrices tan solo habían hecho referencia a la determinación de la pena en los supuestos de condena a personas naturales. El capítulo octavo del manual preveía la rebaja de pena en los casos en los que la organización dispusiera, antes del momento de comisión de los hechos, de un programa efectivo de prevención y detección de las infracciones legales cometidas a través de su estructura, a pesar de que en el caso concreto se hubiere demostrado ineficaz (§ 8C2.5(f)). Igualmente, la organización conseguía ventajas penológicas en caso de comunicar la *notitia criminis* a las autoridades públicas competentes antes de que los hechos devinieran públicos o por ellas conocidos, cuando cooperara en su investigación y/o cuando se confesara culpable (§ 8C2.5(g)).[5] Salvo algunas matizaciones y precisiones relativas a las presunciones de inefectividad del programa de cumplimiento, el *Sentencing Guidelineas Manual* actualmente vigente, de 2011, prevé los mismos supuestos de reducción de pena que los previstas en su primera versión.[6]

4. FIRST, "Branch office of the prosecutor: the new role of the corporation in business crime prosecutions", *North Carolina Law Review* (24), 2010-2011, p. 32-39.

5. *U.S. Sentencing Guidelines Manual* de 1991 (consultable en http://www.ussc.gov/Guide-lines/1991_guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf; última visita 10 de julio de 2012).

6. *U.S. Sentencing Guidelines Manual* de 2011 (http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guide-lines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf; última visita el 10 de julio de 2012).

Por su parte, al menos desde el memorándum del *Deputy Attorney General* Eric Holder, de 1999,[7] sobre las directrices a seguir en el procesamiento de organizaciones empresariales, los fiscales federales de los EUA deben considerar positivamente, a efectos de reducir sus peticiones de pena o de renunciar a la acción penal, la cooperación, mediante procesos de investigación interna para la averiguación de los hechos, de las empresas u organizaciones actual o potencialmente imputadas .[8]

Desde 1992, el recurso a los llamados acuerdos de no procesamiento (*non prosecution agreements* – NPAs) o de procesamiento diferido (*deferral prosecution agreements* – DPAs) por parte del *Department of Justice* del Gobierno Federal de los EUA (DOJ) con las empresas u organizaciones bajo sospecha penal ha ido en aumento. En el periodo de 1992 a 2006 se contabilizaron, aproximadamente, sesenta acuerdos, de los cuales cuarenta pertenecían al periodo de 2001 a 2006.[9] En todos ellos los procedimientos de investigación interna tuvieron un papel crucial.

Como se ha dicho, el origen de este recurso sistemático a la colaboración de las propias empresas afectadas en el proceso de esclarecimiento de los hechos a cambio de beneficios penológicos se encuentra en la escasez de medios económicos y humanos de la SEC a la hora de hacer frente a los macro procesos por corrupción en el mundo económico-empresarial aflorados en los años setenta a raíz del caso *Watergate*. Ni el paso de los años, ni el hecho de que aquí estemos hablando de autoridades públicas del orden penal en lugar del administrativo, permiten hablar de una mayor capacidad de gestión de los supuestos de criminalidad económico-empresarial por parte de las autoridades públicas, especialmente cuando los agentes implicados son empresas de grandes dimensiones. Y es que los costes en los que pueden incurrir en concepto de investigaciones internas las empresas que entran en este tipo de acuerdos con los fiscales federales del DOJ pueden ascender a varios millones de dólares, como los aproximadamente 70 que habría costado la investigación interna de la empresa *UnitedHealth*, compañía en la que se falsearon las fechas de las opciones

7. Memorandum from Eric HOLDER, on *Bringing Criminal Charges Against Corporations*, de 16 de junio de 1999 (consultable en http://www.justice.gov/criminal/fraud/documents/reports/19-99/charging-corps.PDF).

8. Véanse los memorándums de los *Deputy Attorney General* Larry D. THOMPSON, de 20 de enero de 2003, de Paul J. MCNULTY, de 12 de diciembre de 2006, o el actualmente vigente U.S. ATTORNEY'S MANUAL, cuya última versión, vigente, tiene fecha de agosto de 2008. Todos los documentos son consultables, respectivamente, en http://www.justice.gov/dag/cftf/cor--porate_guidelines.htm; http://www.jus-tice.gov/dag/speeches/2006/mcnulty_memo.pdf; http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_rea-ding_room/usam/title9/28mcrm.htm.

9. FIRST, *North Carolina Law Review* (24), 2010-2011, p. 47-49 nota 127.

de compra de acciones concedidas a algunos de sus altos cargos desde el año 1994 hasta el 2005.[10]

Con semejantes cifras no es de extrañar que la política criminal adoptada por los fiscales federales del DOJ haya sido la de centrar su estrategia acusatoria en la responsabilidad individual de las personas naturales integrantes de la persona jurídica en lugar de en esta última, a la inversa de la que habría sido su política inicial. Las empresas u organizaciones han pasado, de este modo, de ser el blanco de las acusaciones penales de la fiscalía federal a ser agencias privadas de investigación a su servicio.[11]

Los problemas que la transformación de las empresas u organizaciones en agencias privadas de investigación plantea son múltiples y evidentes. Procesales, pues se plantea el posible deterioro, cuando no demolición, de las garantías procesales penales, no sólo de las personas físicas investigadas pertenecientes a la empresa u organización, sino las de la propia persona jurídica investigadora, cuando por ejemplo se condicionan los beneficios penológicos a la renuncia de los derechos de confidencialidad que acompañan a la relación abogado-cliente.[12] Pero también laborales, o incluso penales. Los derechos, intereses y deberes de los representantes de la persona jurídica que se alza como investigadora privada del hecho presuntamente delictivo se revelan frontalmente opuestos a los derechos e intereses de las personas físicas integrantes de la empresa u organización sometidas a las correspondientes medidas de investigación adoptadas. Medidas que, en su implementación, pueden restringir derechos fundamentales de tal forma y con tal intensidad que lleguen a ser constitutivas de delito.

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español, operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, trae consigo la figura de las investigaciones penales internas. Por dos motivos. En primer lugar, porque, ya desde una perspectiva *ex ante*, la responsabilidad penal de la persona jurídica (RPPJ, en adelante) dependerá, en buena parte, de la existencia de un sistema de investigación interna idóneo para la prevención y detección de los delitos por los que puede ser hecha responsable.[13] El modelo de imputación de

10. Aunque en este caso los acuerdos de colaboración se adoptaron con la SEC, el ejemplo es perfectamente trasladable a los acuerdos que se podrían haber adoptado con los fiscales federales del DOJ. Los datos en FIRST, *North Carolina Law Review* (24), 2010-2011, p. 29 nota 24.

11. FIRST, *North Carolina Law Review* (24), 2010-2011, p. 42-50.

12. Véanse, por ejemplo, las directrices de algunos de los *Deputy Attorney General* de los EUA desde 1999 a 2006 (HOLDER *Memo*, THOMPSON *Memo* y MCNULTY *Memo*), y el U.S. Attorney's Manual, § 9-28.000.

13. GOMEZ-JARA, "El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español", en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código penal*, 2012, p. 82; DOPICO

RPPJ establecido en el nuevo art. 31bis CP consiste, de conformidad con la doctrina mayoritaria,[14] en un modelo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica en el que su injusto consiste en un defecto de organización que supera el riesgo permitido.[15] Y el referente para valorar si la organización de la persona jurídica ha sido defectuosa o no es, precisamente, el programa de cumplimiento de que disponga que, como se sabe, incluye las medidas de investigación interna como uno de sus elementos definitorios.[16]

En segundo lugar, porque, desde una perspectiva *ex post*, el modelo de RPPJ previsto en el nuevo art. 31bis CP contempla como circunstancias atenuantes de dicha responsabilidad el "haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos" (apartado 4.b); y el "haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica" (apartado 4.d). Atenuantes ambas que, obviamente, tienen como presupuesto de aplicación o bien la implementación *ex post* de un proceso más o menos extenso de investigación penal interna (apartado 4.b), o la adopción programática de un sistema de tales características para prevenir y detectar infracciones penales futuras (apartado 4.d).

En los siguientes apartados vamos a realizar una primera aproximación a algunos de los problemas penales que, a nuestro parecer, puede plantear la implementación del modelo de RPPJ establecido en nuestro Código penal.[17]

GÓMEZ-ALLER, "Responsabilidad de personas jurídicas", en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, p. 33 nm. 291.

14. GÓMEZ-JARA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código penal*, 2012, p. 62-78; BACIGALUPO ZAPATER, "La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance", en EL MISMO, *Compliance y Derecho penal*, p. 99 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, p. 13 nm. 18; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9. ed., 2011, p. 204 nm. 80. Crítico con la idea misma de considerar susceptibles de responsabilidad penal a las personas jurídicas en un ordenamiento penal que, como el nuestro, parta del principio de culpabilidad y responsabilidad por el hecho propio, ROBLES PLANAS, "Pena y persona jurídica", *La Ley* (7705), 2011, *passim*.

15. GÓMEZ-JARA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código penal*, 2012, p. 70.

16. Por todos, MOOSMAYER/HARTWIG (ed.), *Interne Untersuchungen*, 2012, p. 1-15.

17. Sobre una panorámica de las cuestiones jurídicas que pueden plantear las investigaciones internas, MONTIEL, ""Autolimpieza" empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 221-243.

II. Clases de investigaciones empresariales internas

En lo que aquí interesa, es posible distinguir distintas clases de investigaciones corporativas internas. En primer lugar, en función del objeto de investigación se puede diferenciar entre investigaciones internas sobre ilícitos penales; investigaciones internas sobre ilícitos extrapenales (por ejemplo, infracciones de la normativa laboral, infracciones de la normativa en materia de protección de datos, en materia de Derecho de la competencia, en materia de Derecho de la competencia desleal, en materia de Propiedad intelectual e industrial, etc.); e investigaciones internas sobre incumplimientos contractuales.

En segundo lugar, las investigaciones corporativas internas tanto pueden dirigirse a esclarecer la comisión de hechos ilícitos ya cometidos o que se están cometiendo –por tanto, consumados, intentados o en grado de preparación–, como a evitar su futura realización. Es decir, pueden existir tanto investigaciones esclarecedoras (que miran al pasado o al presente) como investigaciones preventivas (que miran al futuro). Por tanto, también es posible distinguir dichas investigaciones internas en función del grado de ejecución de los respectivos ilícitos investigados.

En tercer lugar, y relacionada con la anterior distinción, es posible diferenciar tales investigaciones en función del grado de sospecha sobre la persona contra la que se dirige la investigación. Es decir, pueden o no existir indicios de que un trabajador determinado haya cometido un ilícito (y, es más, en los casos de investigaciones preventivas, los trabajadores investigados no habrán cometido, al menos hasta ese momento, ningún ilícito). Por tanto, la investigación puede centrarse en un trabajador presuntamente infractor, esto es, responsable del peligro; o contra un trabajador no infractor –y no responsable del peligro, existente o potencial–.

En cuarto lugar, en función del sujeto pasivo hay, al menos, cuatro supuestos que pueden dar lugar a una investigación interna: 1.º. Cuando se trate de infracciones cometidas por los trabajadores contra la empresa (hurto de sus bienes, apropiación indebida, etc.); 2.º. En el caso de ilícitos cometidos por los empleados contra otros trabajadores compañeros (acoso sexual, acoso laboral, hurtos);[18] 3.º Cuando se cometan infracciones por los empleados a través de la empresa:[19] en palabras del art. 31 bis.1.II CP, "en nombre o por cuenta de las mismas"; 4.º Por último, el empresario también puede tener interés en controlar e investigar a sus empleados, en los casos en los que tiene que de velar por su vida, salud e integridad, es decir, cuando el empresario debe evitar las autopuestas en peligro de sus trabajadores, al ser garante de su integridad física. No hay que olvidar que existe una línea

18. Estos dos supuestos se denominan criminalidad en la empresa (sobre este tema, véase Agustina Sanllehí, *El delito en la empresa*, 2010, *passim*).

19. Lo que se conoce como criminalidad de la empresa.

jurisprudencial que considera que el empresario tiene un deber omnipresente de vigilancia, de modo que éste debe responder (a modo individual, bien en exclusiva, bien en concurrencia de culpas) en comisión por omisión por los daños personales que sufran sus trabajadores, aunque se hayan causado, al menos en parte, por su propia impericia.[20] Así, por ejemplo, el empresario podría verse obligado a poner cámaras de vigilancia con tal de asegurarse que los trabajadores usan las medidas de seguridad e higiene (o a realizar controles de alcoholemia).[21]

Y, en quinto lugar, las investigaciones corporativas internas son susceptibles de adoptar distintas medidas las cuales podrían constituir, de atentar contra la intimidad o la libertad de los trabajadores, o bien ilícitos extrapenales, o bien infracciones penales, o bien, finalmente, los resultados obtenidos con dichas investigaciones podrían ser declarados prueba nula en un juicio (art. 11.1 LOPJ).[22] Por tanto, también es necesario distinguir sobre la distinta naturaleza de las consecuencias jurídicas de los resultados obtenidos en una investigación

20. Según la SAP Toledo de 3 de junio de 2003, p. Tasende Calvo, entre otras, el empresario está obligado "no sólo a poner a disposición de los trabajadores dichos medios, sino a desarrollar una actividad preventiva diligente y constante, que implica la permanente *supervisión y control del uso* de las medidas de seguridad existentes, así como su perfección o adecuación hasta alcanzar un nivel óptimo de protección que garantice la seguridad y evite la actualización del riesgo en cada momento". Además, tiene que prever "*la posible conducta negligente u omisiva ordinaria de éstos, de manera que el empresario se constituye en auténtico garante de la vida y salud de los trabajadores en el ámbito laboral, sin que la presencia de obligaciones específicas de los trabajadores en materia de seguridad e higiene enerve el deber empresarial de vigilancia* (arts. 4, 14.2 y 15.4 LPRL). De ahí que el deber de autoprotección de dichos bienes jurídicos y la autopuesta en peligro de los mismos por parte del titular tengan una *relevancia no excluyente de la responsabilidad del empresario, aunque en determinados casos de contribución causal de la víctima a la protección del daño puedan degradar o atenuar su gravedad*" (énfasis añadido). No obstante, hay que decir que la mayoría de los casos en los que se hace referencia a este criterio, son de clara responsabilidad del empresario. Para más información véase CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FERNÁNDEZ, "Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales", *InDret* 1/2005; y, MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción", en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, p. 388 y ss.

21. Sin embargo, este caso, aunque relacionado, no entra, propiamente, en el ámbito y razón de ser de las investigaciones corporativas internas, por lo que, simplemente, queríamos dejarlo apuntado.

22. En sentido similar, GÓMEZ MARTÍN, "Compliance y derechos de los trabajadores", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 125-146, quien considera que todo *Compliance* que pretenda incorporar la realización de investigaciones privadas entre sus medidas preventivas y de averiguación de los hechos tiene que establecer criterios que permitan conocer con claridad si la prueba obtenida será lícita o ilícita e, incluso, delictiva (p. 132).

corporativa interna, puesto que la información recabada podría tener relevancia civil, laboral, procesal o penal. En definitiva, en función del grado de intromisión en la esfera de libertad (esfera de derechos) del investigado, pueden diferenciarse: investigaciones penalmente típicas; investigaciones extra-penalmente antijurídicas (pero atípicas penalmente); e investigaciones penal y extra-penalmente lícitas.

III. BENEFICIOS DE CARÁCTER PENAL DE LA REALIZACIÓN DE INVESTIGACIONES EMPRESARIALES INTERNAS

Establecido lo anterior, pues, en relación con la responsabilidad penal del empresario, éste tiene tres grupos de razones –jurídicas– para querer evitar que en su compañía se cometan infracciones penales; y, una razón –también jurídica– para investigar los delitos o faltas que ya se hayan cometido.

Por un lado, tres son los motivos para que una empresa quiera prevenir conductas delictivas por parte de sus empleados: primero, para evitar la responsabilidad penal individual de los empresarios o dirigentes; segundo, para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica; y, tercero, para evitar la responsabilidad civil (subsidiaria) derivada de delito.

En primer lugar, puede concurrir responsabilidad penal individual de los empresarios (o altos cargos) en comisión por omisión por los delitos cometidos por sus trabajadores: tanto, ya se ha indicado, contra personas ajenas a la empresa, como contra otros compañeros de la empresa (e, incluso, por sus autopuestas en peligro). En el primer supuesto, el empresario tiene el deber de control de la fuente de peligro que constituye su empresa por los daños que se pueden generar a terceros, de modo que se le puede hacer responsable por su no evitación; y, en el segundo, dicho empresario tiene una posición de garantía basada en la protección de bienes jurídicos (la protección de sus trabajadores).

En segundo lugar, en virtud del nuevo art. 31 bis CP, las personas jurídicas también pueden ser responsables por los delitos cometidos por determinadas personas físicas (mencionadas en el precepto) en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho. Siempre, claro, en los supuestos expresamente previstos en el Código. Además, se ha indicado, dicho precepto también regula como atenuante, una vez ya se ha cometido un delito, el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse bajo la cobertura de la persona jurídica (art. 31 bis.4). Por lo tanto, existiendo un delito previo, la pena a la persona jurídica será inferior si se elaboran medidas para evitar futuras infracciones.

En tercer lugar, también está prevista la responsabilidad civil derivada de delito de la empresa por los hechos cometidos por sus trabajadores, en virtud del art. 120, 4.º, CP. Según este precepto, "son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier

género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados".

Por el otro lado, respecto a las razones que tiene una empresa para investigar los delitos ya cometidos, ya se ha dicho que el art. 31 bis.4 b CP establece, como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la colaboración en la investigación del hecho aportando pruebas para esclarecer las responsabilidades penales.

IV. LA (APARENTE) COLISIÓN DE DEBERES DEL EMPRESARIO

Dicho lo anterior, el problema obvio que se presenta a la hora de establecer medidas de control y vigilancia sobre los trabajadores es la posible vulneración de algunos de los derechos fundamentales que el trabajador, en su permanente condición de ciudadano, ostenta. En particular, el derecho a la intimidad, aunque no sólo. De este modo, se produce una (en principio) colisión de deberes en la persona del empresario.

Por un lado, el empresario tiene, por ejemplo, el deber de respetar la intimidad de sus trabajadores.[23] Según el art. 4.2.e ET, los trabajadores tienen derecho, en la relación de trabajo, al "respeto de su intimidad". El art. 8.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social determina que constituye infracción muy grave: "Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad de los trabajadores". Además, en el ámbito penal, el título X del Código regula, entre otros, los delitos contra la intimidad. Ahora bien, por el otro lado, el art. 20.3 ET reconoce el poder de dirección del empresario, y le atribuye la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (aunque tal facultad ha de ejercerse dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador: arts. 4.2.e y 20.3 ET).[24] Y, adicionalmente, también existen deberes penales derivados de la posición de garantía que ocupa en su empresa, y que convierten al empresario en la persona encargada de velar que en aquella no se cometan delitos, ni dentro, ni

23. Sobre esta cuestión en el ámbito laboral, por todos, ARIAS DOMÍNGUEZ/RUBIO SÁNCHEZ, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, 2006; GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 1988; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo", *Diario La Ley* (6033), 2004, *passim*.

24. Así, por ejemplo, se considera conforme a derecho, entre otras intervenciones, la instalación de micrófonos y cámaras en determinadas zonas del centro de trabajo; y el control de ordenadores y cuentas de correo corporativos mediante programas informáticos de intervención (cfr. GÓMEZ MARTÍN, en en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 134 y ss.).

hacia fuera. En otras palabras, es el garante a la hora de evitar tanto la criminalidad en la empresa, como la criminalidad de la empresa.

Respecto a esta cuestión tan controvertida, la doctrina constitucional[25] establece los requisitos para poder actuar en la esfera privada del trabajador. Con carácter general, la restricción de los DDFF de los trabajadores debe someterse al parámetro de ponderación de intereses que supone la apreciación, en cada caso concreto, de lo que se denomina "juicio de proporcionalidad", el cual se compone de tres pasos intelectivos. En primer lugar, debe observarse si la medida restrictiva que se pretende emplear es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), en el sentido de no usar medios restrictivos de DDFF de los trabajadores que no consigan la tutela del interés empresarial pretendido. En segundo lugar, debe cuestionarse si la medida empleada es absolutamente necesaria e imprescindible, es decir, si existen otras eventuales limitaciones más moderadas que aseguren, con idéntica eficacia, el correcto desenvolvimiento de la actividad laboral (juicio de necesidad).[26] Y, en tercer lugar, debe valorarse si la medida empresarial restrictiva es ponderada, en el sentido de que se deriven de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Así, pues, para realizar tal juicio de proporcionalidad en sentido estricto, creemos que es esencial determinar ante qué grupo de casos mencionados nos encontramos, puesto que los bienes y deberes en conflicto son distintos en cada uno de ellos. A saber, no ha de resolverse del mismo modo el conflicto "intimidad del trabajador vs. bienes jurídicos de la empresa", que el conflicto "intimidad del trabajador vs. bienes jurídicos de terceros –otros trabajadores o sujetos ajenos a la empresa–". En estos casos la colisión de deberes es más intensa: por un lado, el empresario tiene el deber de respetar la intimidad de sus trabajadores pero, por el otro, también tiene el deber de proteger a sus trabajadores o el deber de controlar la fuente de peligro que representa la empresa. Por tanto, cuando el empresario (o su empresa) puede ser autor de un ilícito ha de tener más facultades a la hora de entrometerse en la esfera íntima de sus trabajadores, que cuando, simplemente, puede ser víctima.

Además, como más importante sea el bien jurídico que ha de proteger, o más peligrosa la fuente de peligro que ha de controlar, más facultades han de otorgársele. Ciertamente, no es igual el deber de velar por la vida de un trabajador que por su patrimonio, o no es lo mismo dirigir una empresa que puede producir la muerte de terceros con su actividad (empresa de autobuses cuyos conductores están en situación de producir accidentes viales si, por ejemplo, manejan cansados o bebidos), que una que sólo puede afectar a patrimonios ajenos.

25. STC 98/2000, de 10 de abril, p. Garrido Falla.

26. Véase, también, STC 99/1994, de 11 de abril, p. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Sin embargo, sea como fuere, esta potestad de investigación del empresario ha de tener unos límites que, de traspasarse, acarrearían consecuencias jurídicas. Ahora bien, no está claro ni lo uno, ni lo otro.[27] Por un lado, obsérvese como se prevé, mediante las atenuantes del art. 31 bis, que la persona jurídica responsable penalmente y, por tanto, en cierto modo autora de un delito, pueda investigar de forma privada la comisión de infracciones penales, o, cuando aún no se hayan cometido, la facultad de prevenirlas. Por tanto, se observa un proceso de privatización tanto de la investigación penal como de la prevención de delitos,[28] con la correspondiente merma de garantías.[29]

Por el otro lado, una vez establecidas las fronteras, habría que estudiar las consecuencias de vulnerar tales límites: simplemente, la nulidad de la prueba; o, también, la comisión de un ilícito extrapenal o, incluso, de un delito.[30]

Establecido lo anterior, pues, en los apartados que siguen se van a analizar los parámetros que, a nuestro juicio, deberían valorarse para determinar si una investigación corporativa interna se ha realizado de manera lícita, o, por el contrario, ha de considerarse delictiva. Por tanto, nos centraremos en el ámbito de responsabilidad penal del empresario. Es decir, en qué supuestos y con qué requisitos el empresario podría cometer, o no, un delito por vulnerar la intimidad o la libertad de sus trabajadores. Para ello, y como los supuestos pueden ser muy variados, vamos a partir de tres situaciones, muy usuales en la práctica, y que ya han sido objeto de estudio por otras ramas del ordenamiento jurídico:

– el uso de mecanismos de registro y monitorización de los medios productivos con los que los trabajadores llevan a cabo su prestación laboral, para descubrir o prevenir delitos;

– el uso de investigadores privados para descubrir o prevenir delitos;

---

27. Aunque, en el ámbito laboral, su normativa, en algunos casos muy concretos, regula como realizar una investigación interna. Así, el art. 18 ET establece cómo y cuándo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares. Sobre este precepto, véase GÓMEZ MARTÍN, en en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 133.

28. En el mismo sentido, MONTIEL, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 221-223, con ulteriores referencias en la doctrina alemana.

29. Como indica GÓMEZ MARTÍN, en en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 131: "...las garantías que el investigado tendría en el marco de un procedimiento penal (presunción de inocencia, asistencia letrada, derecho a no declarar en su contra, etc.) podría brillar perfectamente por su ausencia en un procedimiento de investigación interna desarrollado por la empresa".

30. Esta es la distinción que *supra* II se ha denominado "en función del grado de intromisión en la esfera de libertad (esfera de derechos) del investigado".

– y, por último, la intromisión en la esfera íntima de los trabajadores mediante la realización de preguntas sobre cuestiones de carácter personal, básicamente, sobre su ideología y su vida sexual.

V. LÍMITES AL CONTROL DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN POR PARTE DEL EMPRESARIO

Una de las medidas más habituales empleadas en la dirección y control de la actividad laboral por parte del empresario es la consistente en el registro y/o monitorización de los medios productivos puestos en manos de los trabajadores para llevar a cabo su prestación laboral y que, por sus características funcionales, permiten hacer un uso privativo, personal, de los mismos. Se está pensando en los ordenadores personales, los servicios de correo electrónico, el Internet, las líneas telefónicas, los teléfonos móviles, etc. En la medida en que cada vez con mayor frecuencia las comunicaciones interpersonales y la consecuente transferencia de información intra y extraempresarial se realiza a través de este tipo de instrumentos y/o servicios, y en la medida en que los mismos permiten dejar "huella" tanto del acto comunicativo como de su contenido, su control y registro resultan también medidas especialmente idóneas para la investigación penal interna de la actividad empresarial.

El problema, sin embargo, es que precisamente la posibilidad de que los trabajadores empleen con fines personales este tipo de medios puestos a su disposición por parte del empresario con fines productivos hace particularmente problemático su control mediante registros y/o monitorizaciones. La escucha de las conversaciones telefónicas de carácter personal que el trabajador pueda mantener a través del aparato de telefonía móvil que el empresario le ha facilitado para desempeñar su trabajo, o la lectura de los mensajes de correo electrónico referentes a la vida privada del trabajador que este envía a través de la dirección de correo electrónico que le ha facilitado su empleador para realizar su trabajo suponen, al menos *de facto*, una intromisión en su esfera de intimidad. De hecho, incluso las escuchas de conversaciones o la lectura de mensajes enviados por el trabajador en estricto cumplimiento de sus obligaciones laborales pueden llegar a suponer una intromisión. Así, por ejemplo, no cabe descartar que el trabajador comunique datos de carácter personal en el marco de sus conversaciones mercantiles con uno de los clientes de la empresa con quien ha entablado una relación de amistad después de años de relación comercial.

1. *Límites extra-penales*

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[31] en su interpretación del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en virtud del cual "toda

31. Véanse, por todas, las SSTEDH de 3 de abril de 2007, caso *Copland* v. *Reino Unido*, nms. 41-42; TEDH de 25 de junio de 1997, caso *Halford* v. *Reino Unido*, nms. 42-45.

persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia", así como la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo en su interpretación del art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, parten de la siguiente base. A saber, los empleados por cuenta ajena pueden tener la expectativa razonable de que se va a respetar la intimidad de su vida personal y familiar cuando ésta se haya materializado puntualmente a través de un uso personal moderado de los medios productivos que la empresa para la que trabajan ha puesto a su disposición, siempre y cuando el empresario no haya prohibido tales usos expresamente. La expectativa se fundamenta en "la existencia de un *hábito social generalizado de tolerancia* con ciertos usos personales moderados" de los medios de la empresa.[32] Hasta aquí el consenso, pues las discrepancias afloran tan pronto como se plantea cómo arbitrar la convivencia de este derecho del trabajador a la intimidad de su vida personal y familiar realizada a través de los medios de producción de la empresa (ordenador personal, móvil, Internet, etc.) y el derecho –cuando no deber[33]– del empresario a controlar la actividad laboral de sus empleados (art. 20.3 ET).

En efecto, la doctrina del TC en materia de restricción de DDFF del trabajador a través del ejercicio del derecho de vigilancia del empresario deja completamente abierta la puerta a la adopción de cualquier medio de control, siempre y cuando, como se ha indicado,[34] cumpla con los requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Esto significa que, si las circunstancias del caso concreto lo justifican, el empleador puede recurrir, por ejemplo, a *controles ocultos* de sus empleados, incluso *sin necesidad de aviso* genérico *previo* de la posibilidad de que fueran objeto de tales medidas durante la vigencia de la relación laboral. Así ocurrió, precisamente, en el caso enjuiciado en la STC 186/2000, de 10 de julio,[35] en el que un empresario grabó la zona de cajas de su centro de trabajo ante la sospecha fundada de que uno de sus trabajadores se estaba comportando deslealmente, si no ya delictivamente, pues se habían dado descuadres contables llamativos de forma reiterada.

Sin perjuicio de que el empresario, por tanto, pueda recurrir excepcionalmente, bajo la lógica de la justificación, a medidas de control intensamente invasivas de la intimidad del trabajador, no deja de tener sentido, en aras de una mayor seguridad jurídica, el intento de establecer un catálogo de reglas claras para la coordinación de los derechos en conflicto en los supuestos de *control meramente ordinario* de la actividad laboral: controles periódicos de rendimiento, uso debido de los medios de producción, cumplimiento de la legalidad, etc. Las reglas que tanto nuestra

32. Énfasis añadido. En este sentido, véanse las SSTS, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2011, p. Souto Prieto; de 8 de marzo de 2011, p. Agustí Juliá; de 26 de septiembre de 2007, p. Desdentado Bonete.

33. Ver *supra* IV. AGUSTINA SANLLEHÍ, "Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa", *InDret* 2/2009, p. 10-20.

34. Véase *supra* IV.

35. De la que es ponente Garrido Falla.

doctrina como jurisprudencia social han intentado desarrollar en este sentido son las que se exponen a continuación.

El 26 de septiembre de 2007, la Sala de lo Social del TS[36] dictó sentencia sobre un supuesto de registro de ordenador personal de un trabajador. Los hechos hacían referencia al despido de un alto directivo por haber utilizado el ordenador personal que la empresa había puesto a su disposición con fines productivos para visitar páginas web de contenido pornográfico. El uso indebido de la computadora fue descubierto a raíz de los problemas técnicos que presentaba la computadora al haber sido infectada por un virus informático. El técnico que reparó el ordenador descubrió que el virus se había introducido en la máquina a través de la visita de páginas web poco seguras, concretamente páginas con materiales pornográficos. Información que comunicó a la empresa que había contratado sus servicios. La empresa despidió al alto directivo, quien impugnó el despido ante la jurisdicción social por obtención ilícita de la prueba.

Tanto el Juzgado de lo Social de primera instancia, como el Tribunal Superior de Justicia de Galicia le dieron la razón. La empresa recurrió en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo. La Sala cuarta, recordando la existencia de un hábito social de tolerancia de un cierto uso personal moderado de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores, confirmó la sentencia de apelación. El Tribunal afirmó que lo que los empresarios deben hacer para controlar el uso debido de estos medios de producción de acuerdo con las reglas de la buena fe y, por consiguiente, con pleno respeto hacia la intimidad de los trabajadores es: 1) establecer previamente las reglas de uso de tales medios, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales; 2) informar a los trabajadores de que va a existir un control del uso debido, especificando cuáles van a ser las concretas medidas de control que en su caso se van a adoptar; y 3) la adopción de otras medidas de carácter preventivo, se entiende que de forma previa y de carácter menos lesivo, de manera que quede satisfecho el requisito de necesidad, concretamente el de subsidiariedad, exigido por la doctrina constitucional en materia de restricción de derechos fundamentales en el ámbito laboral.[37] Las reglas establecidas en aquella sentencia fueron ratificadas por la Sala cuarta del Tribunal Supremo en un caso similar sobre el que falló en Sentencia de 11 de marzo de 2011 el magistrado ponente Agustí Juliá.

Por lo que se refiere a los Tribunales Superiores de Justicia, salvo casos puntuales,[38] sus correspondientes Salas de lo Social han venido considerando ilegítimos los controles de medios de producción como el ordenador o el

36. STS de 26 de septiembre de 2007, p. Desdentado Bonete.

37. SSTC de 10 de abril de 2000, p. Garrido Falla; y de 10 de julio de 2000, p. Garrido Falla.

38. STSJ Madrid de 30 de marzo de 2012, p. Moreiras Caballero; STSJ Murcia de 3 de julio de 2008, p. Jiménez Fernández.

teléfono cuyo uso personal no se hubiera prohibido ni avisado de su posible vigilancia previamente.[39] En algunos casos, no obstante, a los TSJ les ha bastado la mera prohibición de tales usos (regla 1), sin mención alguna de la eventual satisfacción de las reglas 2 (aviso de los controles) y 3 (agotamiento de medios alternativos menos lesivos), para declarar la legitimidad de la medida de control del empresario.[40]

Sin embargo, pocos meses más tarde, y también en el marco de un recurso por unificación de doctrina, el pleno (o Sala general) de la Sala de lo Social del mismo Tribunal Supremo dictó una sentencia profundamente discrepante con las dos anteriores, lo que le valió el voto particular de cinco de los diez magistrados que la integraron.[41] En la sentencia se establece que no existe expectativa razonable de respeto a la intimidad por parte del trabajador cuando el empresario ha prohibido de forma absoluta el uso personal de los medios de producción (léase el ordenador personal, el Internet, el móvil, etc.). En estos casos, la advertencia de posibles controles futuros se considera implícita en la prohibición absoluta, por lo que no es necesario haber informado previamente a los trabajadores de la práctica de eventuales controles y medidas de vigilancia respecto del uso debido, ni de su contenido.

Como se ve, el Tribunal reconoce al empresario la potestad para eliminar el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores respecto de los medios de producción. De este modo, no solo declara innecesarias las reglas 2) y 3) establecidas en la doctrina sentada en la sentencia de 26 de septiembre de 2007, sino que, además, desplaza completamente la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de restricción de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales. Doctrina basada en la necesidad de que la restricción de un derecho fundamental supere el test de proporcionalidad en sentido amplio, esto es, la restricción debe demostrarse necesaria, en sentido amplio (justificada en motivaciones objetivas distintas de la simple y llana conveniencia empresarial) y estricto (principio de subsidiariedad o indispensabilidad), idónea y adecuada (proporcionalidad en sentido estricto).

---

39. STSJ Aragón de 4 de diciembre de 2007, p. de Medina y Alapont; STSJ Catalunya de 3 de junio de 2008, p. Ruiz Ruiz; STSJ Galicia de 3 de marzo de 2008, p. Mª Teresa Conde Pumpido-Tourón; STSJ Madrid de 5 de noviembre de 2008, p. García Alarcón; STSJ Madrid de 28 de septiembre de 2010, p. Ruiz Pontones; STSJ Madrid de 30 de mayo de 2011, p. Catalá Pellón.

40. STSJ Sevilla de 18 de diciembre de 2007, p. Díaz Alonso; STSJ Valencia de 28 de septiembre de 2010, p. Mediavilla Cruz; STSJ Catalunya de 4 de julio de 2011, p. Purcalla Bonilla.

41. STS de 6 de octubre de 2011, p. Souto Prieto. Voto particular de Segoviano Astaburuaga, de Castro Fernández, Agustí Juliá, Viroles Piñol y Alarcón Caracuel.

En este sentido conviene advertir que la STC 98/2000, de 10 de abril,[42] establece la doctrina consistente en exigir el sometimiento de las medidas de control del empresario invasivas de la intimidad del trabajador al test de proporcionalidad en sentido amplio en relación con un caso en el que las *medidas* adoptadas por el empresario, el titular de un casino, eran *visibles* y *absolutamente conocidas* por los trabajadores (instalación de cámaras y micrófonos en determinados espacios del centro de trabajo).

Pero cuando se niega de plano la existencia del derecho a la intimidad a favor de los trabajadores la exigencia de dichos requisitos deja de tener sentido. Si los trabajadores no tienen derecho a la intimidad respecto de los medios de producción de la empresa por la existencia de una prohibición absoluta de uso personal, no hay derecho fundamental respecto del cual las correspondientes medidas adoptadas para el control del uso debido de tales medios deban ser necesarias, idóneas y adecuadas.

Los magistrados firmantes del voto particular reivindicaron la doctrina sentada en las dos anteriores sentencias arriba mencionadas, reclamando, precisamente, además de la advertencia previa de la adopción de posibles medidas de control, vigilancia e información de su contenido (regla 2), el previo agotamiento de las eventuales medidas de control alternativas y menos invasivas para la intimidad del trabajador que pudieran existir (regla 3).[43] En la doctrina no han faltado argumentos en contra de la posibilidad de que el empresario elimine unilateralmente el derecho a la intimidad de los trabajadores respecto de los medios de producción.[44] Por lo demás, y conforme a la doctrina del TC según la cual la relación laboral no elimina la condición de ciudadano del trabajador ni, por tanto, los derechos fundamentales que como tal le son reconocidos,[45] tampoco la exclusión bilateral (convencional)

---

42. De la que es ponente Garrido Falla.

43. Así, evalúa la necesidad, idoneidad y adecuación de la grabación de las conversaciones telefónicas de los trabajadores con los clientes, a pesar de haber sido avisados al respecto por el empresario, la STS de 5 de diciembre de 2003, Sala de lo Social, p. Moliner Tamborero. Muy similar, respecto del registro de ordenadores y uso del Internet, la STSJ Cantabria de 18 de enero de 2007, Sala de lo Social, p. Martín Morillo. En la doctrina, abogan por la doctrina sentada en la STS de 26 de septiembre de 2007, SAN MARTÍN/SEMPERE, "Sobre el control empresarial de los ordenadores", *Aranzadi Social* (3), 2012, p. 13-16.

44. SAN MARTÍN/SEMPERE, *Aranzadi Social* (3), 2012, p. 13-16, alegan: 1) la posición preeminente del derecho fundamental a la intimidad del trabajador frente al derecho de control del empresario, 2) el derecho fundamental del trabajador a la comunicación (art. 20.1.a CE), 3) la tolerancia generalizada por la sociedad de un uso personal moderado de estos medios, tanto a nivel español como comunitario, 4) el favorecimiento de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral a través de estos usos personales moderados y 5) el favorecimiento de la flexibilización de la jornada laboral, entre otras razones.

45. Véanse SSTC 88/1985, de 19 de julio, p. Escudero del Corral; 99/1994, de 11 de abril, p. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer; 106/1996, de 12 de junio, p. González Campos.

del uso personal de los medios de producción parece que pueda eliminar el respeto a la intimidad del trabajador en el ejercicio de la potestad –o deber– de vigilancia y control del empresario. Como derecho fundamental que es, y teniendo en cuenta el contexto en el que se realiza (la relación laboral), el trabajador no puede disponer de forma absoluta de su intimidad. De este modo, incluso cuando existiera un acuerdo por ambas partes proscribiendo el uso personal de tales medios, se podría considerar que el trabajador mantiene el derecho a preservar las porciones de intimidad que ha realizado a través de ellos frente a controles subrepticios o injustificados.[46]

Especialmente interesante resulta el razonamiento empleado por el pleno de la Sala de lo Social para fundamentar sus conclusiones: "el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad. La doctrina científica habla de los actos de disposición que voluntariamente bajan las barreras de la intimidad o del secreto. Una de las formas de bajar las barreras es la utilización de un soporte que está sometido a cierta publicidad o a la inspección de otra persona" (FJ 4.º).

Pues bien, que en el ámbito jurídico-laboral el uso personal de un medio de producción que el empresario ha prohibido terminantemente deba considerarse una bajada de las barreras de autoprotección de la propia intimidad por parte del trabajador, equivalente a un acto de disposición (o renuncia) de dicho derecho, puede ser discutible. Donde sí existe una preponderancia de razones a favor de atribuirle tal sentido a la conducta del trabajador es en el ámbito del Derecho penal. Concretamente, en relación con la eventual aplicación de los delitos de violación de secretos de la intimidad (art. 197 y ss. CP) contra el empresario que adopta medidas invasivas de la intimidad de sus trabajadores en el ejercicio de sus potestades –o deberes– de vigilancia y control. Las líneas que siguen se dedicarán al análisis de este y otros criterios de restricción del ámbito de aplicación de los delitos de violación de secretos de la intimidad, para conseguir, así, su correcta delimitación respecto de los eventuales ilícitos jurídico-laborales hasta ahora comentados en los que podría incurrir el empresario.

2. *Límites jurídico-penales*

En los arts. 197 a 201 CP se regulan los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, preceptos que constituyen el capítulo primero del título décimo, relativo a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la

46. Igual, AGUSTINA SANLLEHÍ, *InDret* 2/2009, p. 28.

inviolabilidad del domicilio, del libro segundo del Código penal. En efecto, los controles y registros de los medios productivos de la empresa a través de los cuales el trabajador despliega o ha desplegado parte de su vida privada (móvil de la empresa, ordenador personal de la oficina, correo electrónico de la empresa, etc.) son subsumibles en los delitos acabados de mencionar. Así, por ejemplo, conforme al tenor literal del delito común de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 CP, puede plantearse la tipicidad de la obtención de los mensajes de correo electrónico del trabajador, sin su consentimiento, guardados en el ordenador que la empresa ha puesto a su disposición, con el ánimo de conocer su contenido y poder comprobar, así, si ha realizado un uso indebido de dicho medio de producción.

No es este el lugar, por razones obvias de espacio y formato, de delimitar con exhaustividad el ámbito de aplicación de los tipos penales contenidos en los arts. 197 a 201 CP. Ello no es óbice, sin embargo, para concentrarnos a continuación en tres de los elementos que pueden resultar más activos en la determinación del ámbito de aplicación de los tipos básicos de atentado a la intimidad (art. 197.1) en relación con las conductas llevadas a cabo por el empresario en el marco de una investigación penal interna. Tipos que, en atención a sus características propias y a las de los delitos previstos en los demás preceptos arriba mencionados son, probablemente, los que en mayor medida pueden atraer las conductas llevadas a cabo por el empresario ante un supuesto de control de los medios de producción de la empresa. Se trata del *apoderamiento* de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otro, de la *interceptación* de sus telecomunicaciones o del *empleo de artificios técnicos* de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, en todos los casos con ánimo de descubrir los secretos o intimidad del tercero y sin su consentimiento.

Pues bien, los elementos que pueden resultar más relevantes en la delimitación del ámbito de aplicación de estos tipos en el contexto de una investigación penal interna son, en primer lugar, el *tipo de información objeto de su protección*, cuestión directamente determinada por el bien jurídico considerado protegido por las mencionadas figuras delictivas y principal filtro de relevancia penal respecto de este delito en la jurisprudencia de nuestros tribunales, como a continuación se verá. En segundo lugar, los *deberes de autoprotección* de la víctima (trabajador) en la gestión de su esfera de intimidad como criterio de relevancia penal de la conducta del autor (empresario). Y, en tercer lugar, la existencia de un *elemento subjetivo especial* del injusto, consistente en la voluntad de vulnerar la intimidad del otro (el trabajador, p. e.). Elemento que difícilmente concurrirá en la conducta del empresario cuya finalidad no es otra que la de velar por que su empresa cumpla con la legalidad.

A. El bien jurídico protegido y el tipo de información objeto de protección

De forma mayoritaria, tanto doctrina[47] como jurisprudencia[48] consideran que el bien jurídico protegido por los tipos contenidos en el art. 197.1 CP es la intimidad de las personas físicas. Actualmente, parece superada la interpretación según la cual se distinguían dos bienes jurídicos protegidos por el art. 197.1: el secreto y la intimidad.[49] El secreto se concibe hoy como un concepto formal, instrumental, vacío en sí mismo de contenido y que solo cobra sentido al servicio de determinados intereses o bienes jurídicos (secreto de Estado, secreto empresarial, secreto procesal, etc.).[50] Así, en los tipos del art. 197.1, el secreto se considera indisociablemente vinculado al bien jurídico "intimidad".[51]

La Sala segunda del Tribunal Supremo ha definido lo íntimo como "el conjunto de vivencias, experiencias o rasgos caracteriales exclusivos que el individuo, como regla, aspira a mantener bajo reserva y para sí, al tratarse de datos que le comprometen de manera intensa, porque son de los que le hacen ser, precisamente, el que es como persona".[52] En su función interpretativa, el bien jurídico protegido se alza como el referente a través del cual llenar de contenido y delimitar los elementos del tipo. Entre ellos se encuentra el objeto material de la acción, en nuestro caso la información o datos contenidos en los soportes materiales objeto de apoderamiento, en las telecomunicaciones interceptadas o en la imagen y/o sonido captados. Así, partiendo de la base que el bien jurídico considerado protegido es el ámbito personal de intimidad de las personas físicas, el tipo de información merecedora de protección deberá estar relacionado con dicha esfera, de forma que las conductas típicas que tengan por objeto tal información sean idóneas para lesionarla o ponerla en peligro.

Estamos, en efecto, ante un criterio de relevancia penal que permite restringir sustancialmente el ámbito de aplicación de los tipos de violación de secretos,

---

47. Por todos, véanse MORALES PRATS, "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, 6. ed., 2011, p. 1284-1287, 1292; ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, 2004, p. 29-51, 187-188; JORGE BARREIRO, "Del descubrimiento y revelación de secretos", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 111.
48. SSTS, Sala de lo Penal, de 10 de junio de 2011, p. Andrés Ibáñez; de 30 de abril de 2007, p. Colmenero Menéndez de Luarca; de 19 de junio de 2006, p. Andrés Ibáñez.
49. Interpretación adoptada en la STS, Sala de lo Penal, de 23 de octubre de 2000, p. Ramos Gancedo.
50. MORALES PRATS, *ComPE*, 6. ed., 2011, p. 1292.
51. SSTS de 10 de junio de 2011, p. Andrés Ibáñez; TS de 30 de abril de 2007, p. Colmenero Menéndez de Luarca, FJ único; TS de 19 de junio de 2006, p. Andrés Ibáñez, FJ 4.º.
52. STS, Sala de lo Penal, de 10 de junio de 2011, p. Andrés Ibáñez.

especialmente en los supuestos de investigación empresarial interna aquí estudiados. Pues cuando los datos o información se obtengan mediante alguna de las conductas previstas en el art. 197.1 (apoderamiento de mensajes de correo electrónico, escucha o grabación de conversaciones telefónicas, etc.), los hechos resultarán penalmente atípicos si la información conseguida no tiene nada que ver con la intimidad personal o familiar del trabajador sino, más bien, con su vida profesional o laboral. Así es como lo han entendido nuestras Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo, siendo este uno de los principales motivos de absolución por estos delitos.

En este sentido, por ejemplo, se ha absuelto a un profesor universitario que accedió subrepticiamente a las cuentas de correo electrónico de varios compañeros suyos para hacerse con sus programas docentes, lecciones, etc..[53] Igualmente fueron absueltos un alcalde y dos ediles que entraron, sin su consentimiento, en el ordenador de un funcionario que llevaba meses de baja y se negaba a colaborar, para conseguir información relacionada con un convenio entre dos organismos públicos que encontraron en un mensaje de correo electrónico en el buzón electrónico de aquel funcionario,[54] o los datos relativos a los títulos de formación, pólizas de seguro, documentación del cargo de representación sindical, recordatorios del fallecimiento de familiares o documentación de cursos de una trabajadora que llevaba más de un año de baja.[55-56]

Entre la información que sí debe considerarse relacionada con la esfera íntima de la persona debe contarse, naturalmente y en primer lugar, aquella que haga referencia a la "ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual" de la persona afectada, contenidos enumerados en el subtipo agravado previsto en el apartado 6 del art. 179 que, precisamente por su carácter especialmente íntimo y personal, merecen una protección penal cualificada. Pero, junto a estas clases de información, también merecen protección otras que, si bien quizá no se refieran a cuestiones socialmente tenidas por tan sensibles, siguen considerándose pertenecientes a la esfera de lo íntimo. Se trata, por ejemplo, de los datos referentes a viajes privados junto con la identidad de la persona acompañante,[57] datos

53. STS, Sala de lo Penal, de 10 de junio de 2011, p. Andrés Ibáñez.

54. STS, Sala de lo Penal, de 30 de abril de 2007, p. Colmenero Menéndez de Luarca.

55. AAP Madrid de 22 de diciembre de 2008, p. Fabiá Mir.

56. Otras resoluciones en las que también se absuelve por no estar la información obtenida relacionada con la intimidad de la persona afectada: STS de 19 de junio de 2006, Sala de lo Penal, p. Andrés Ibáñez, información consistente en los documentos de trabajo sobre los criterios del plan territorial de una comunidad autónoma; AAP Murcia, de 30 de septiembre de 2009, p. Olmo Gálvez, no consta que las cuentas corporativas contuvieran información personal ni datos de esa índole; AAP Madrid de 5 de junio de 2008, p. Agueda Holgueras, no se aporta dato alguno sobre el contenido de las conversaciones privadas.

57. SAP Sevilla de 4 de febrero de 2009, p. Jiménez Mantecón.

relativos al alquiler de una vivienda,[58] de información relativa a la vida laboral[59] o a la situación económica de una persona, como su sueldo y emolumentos, minutas giradas por despachos profesionales, gastos en viajes y alojamientos, etc..[60]

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), concreción del más genérico derecho fundamental a la intimidad, también se considera protegido por los tipos del art. 197.1 CP.[61] En este sentido, conviene recordar que nuestro Tribunal Constitucional,[62] haciendo suya la doctrina del TEDH sentada en la sentencia del caso *Malone*,[63] considera que tal derecho no solo cubre el contenido de la comunicación en sí, sino que también abarca otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores. De este modo, los listados de tráfico o registro de llamadas deberían considerarse información susceptible de afectar la esfera de intimidad de la persona y, por tanto, también merecedora de protección penal vía art. 197.1 CP. Lo mismo debería poderse afirmar de los listados o registros de páginas web visitadas en el Internet o de la información relativa a los destinatarios y remitentes de correos electrónicos. De hecho, así lo ha entendido el TEDH en la ya citada sentencia de 3 de abril de 2007, caso *Copland*, en su interpretación del art. 8 CEDH.

En algunos casos, la frontera entre lo objetivamente perteneciente al mundo de lo íntimo y lo que no lo es puede resultar discutible, como la decisión de considerar penalmente relevante la obtención de la relación de horas extras de los trabajadores de una empresa,[64] o la de considerar penalmente irrelevante la obtención ilegítima de información relativa a un incidente disciplinario de menor entidad en el ámbito laboral.[65]

B. Los deberes de autoprotección de la víctima

Otra importante vía de restricción del ámbito de aplicación de los tipos de atentado a la intimidad (art. 197.1 CP) es la relativa a lo que se podrían considerar

58. SAP Sevilla de 4 de febrero de 2009, p. Jiménez Mantecón.

59. SAP Sevilla de 15 de febrero de 2002, p. Izquierdo Martín.

60. AAP Sevilla de 29 de abril de 2005, p. Gutiérrez López; SAP Sevilla de 4 de febrero de 2009, p. Jiménez Mantecón; STS de 23 de octubre de 2000, Sala de lo Penal, p. Ramos Gancedo.

61. Por todos, ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, 2004, p. 48-49, 93-99.

62. STC 114/1984, de 29 de noviembre, p. Díez-Picazo y Ponce de León. Recientemente, STC 70/2002, de 3 de abril, p. Garrido Falla; STC 56/2003, de 24 de marzo, p. Pérez Vera.

63. STEDH de 2 de agosto de 1984, Malone v. Reino Unido.

64. SAP Lleida de 28 de febrero de 2000, p. Moreno Cardoso.

65. AAP Madrid de 13 de junio de 2011, p. García Quesada.

deberes de autoprotección de la persona en la configuración de su esfera de intimidad. Desde hace tiempo, un grupo importante de autores viene abogando por la restricción teleológica de determinados tipos penales bajo la lógica de la autoprotección de la víctima. Principios limitadores del Derecho penal como los de subsidiariedad, *ultima ratio* o, en fin, el de proporcionalidad, aconsejarían excluir del ámbito de lo jurídico-penalmente relevante la conducta agresiva del autor cuando la víctima hubiera tenido a su disposición medidas de autoprotección asequibles y exigibles que, sin embargo, habría desperdiciado. Las concretas peculiaridades sobre la aplicabilidad y alcance de la propuesta de restricción teleológica varían de autor en autor. Denominador común es, en todo caso, la exigencia de que el tipo penal proteja un bien jurídico de los considerados disponibles por la víctima. Lo interesante es que, entre los delitos que los autores citados normalmente suelen mencionar como candidatos para la aplicación de su propuesta interpretativa se cuenta, precisamente, el de violación de la intimidad de las personas físicas.[66]

Opinión que parece compartir la Sala de lo Penal del TS, al menos en dos sentencias relativamente recientes. En una, niega la tipicidad de la conducta de un marido que accedió a información personal de su pareja contenida en el ordenador y teléfono móvil de aquella porque "la víctima no estableció ninguna medida de seguridad y exclusión que impidiera al acusado acceder a las informaciones de su correo electrónico, ni a su teléfono móvil".[67] En otra, interpreta el término apoderamiento de forma que implica "*vencer algún tipo de resistencia*, como la impresa en la predisposición de *alguna medida o cautela adoptada*, precisamente, *para evitar el conocimiento por otras personas* de datos o informaciones que el directamente interesado buscara preservar" (énfasis añadido).[68]

66. En este sentido, en relación con el delito homónimo del Código penal alemán (§ 203 StGB), véase, históricamente, SCHÜNEMANN, "Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1), 1978, p. 11-63. En la actualidad, LK-SCHÜNEMANN § 203 StGB, nms. 3, 16, 39, 40, 49 y ss., 59 y ss., 71, 85, 99, 125, 12. ed., 2010. Sobre su propuesta interpretativa, en general, "Sistema de Derecho penal y victimodogmática", en DÍEZ RIPOLLÉS *et al.* (ed.), LH-*Cerezo Mir*, p. 159-172, *passim*. También a favor de aplicar la lógica de la autoprotección a este delito ARZT, "Viktimologie und Strafrecht", *MschrKrim* (2), 1984, p. 115; AMELUNG, "Bemerkung von Thomas Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten", *GA*, 1984, p. 583; EL MISMO, "Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation", en FS-*Eser*, 2005, p. 5, 15.

67. STS, Sala de lo Penal, de 16 de abril de 2010, p. Bacigalupo Zapater.

68. STS, Sala de lo Penal, de 30 de mayo de 2011, p. Andrés Ibáñez. En la STS, Sala de lo Penal, de 21 de marzo de 2007, p. Colmenero Menéndez de Luarca, sin embargo, se condena a un marido que instala un programa en el ordenador de su casa que, según hechos probados, es de su exclusiva propiedad, para averiguar quién lo utiliza y provoca las elevadas facturas que estaba recibiendo en concepto de Internet. El hombre, no obstante, no se limita a detectar quién utilizaba de forma excesiva el ordenador (su mujer), sino que averigua,

El recurso a la lógica de la autoprotección por parte de nuestros tribunales a la hora de determinar el ámbito de aplicación de los tipos de atentado a la intimidad del art. 197.1 CP se hace especialmente patente en el contexto de la relación empleador-empleado. Cuando la información conseguida sin el consentimiento de la persona cuya intimidad se ve afectada (trabajador, p.e.) se obtiene de un soporte material o electrónico, normalmente un ordenador o cuenta de correo, que no es de su titularidad sino de la del autor o de aquellos en cuyo nombre éste último actúa (el empresario o empleador, p.e.), nuestros jueces y tribunales suelen considerar la conducta del sujeto activo penalmente irrelevante. Así lo entendió, por ejemplo, la Sala Segunda del TS en un caso en el que un alcalde y dos ediles accedieron al programa de correo electrónico instalado en el ordenador asignado a un funcionario. En opinión del Tribunal, el ordenador de trabajo, de titularidad pública, no "era el lugar idóneo para el archivo o almacenamiento de datos relativos a la intimidad personal del querellante". Por un lado, porque la computadora, adscrita al organismo municipal, estaba destinada a facilitar la satisfacción de las funciones públicas correspondientes a los puestos de aquellos a quienes se había autorizado su uso, no a la satisfacción de sus intereses y necesidades personales. Por otro, porque al ordenador tenían acceso otras dos personas más además del funcionario afectado, quienes conocían la clave de acceso por él empleada. Ante semejantes circunstancias, la Sala segunda concluye que el trabajador público no podía tener la *expectativa razonable* de que fuera a garantizarse la privacidad de los datos personales que almacenara en dicho ordenador. En otras palabras, y en la línea de lo afirmado por la Sala de lo Social del TS en su polémica Sentencia de 6 de octubre de 2011, la decisión del funcionario de guardar en su ordenador de trabajo datos relativos a su vida personal constituyó un acto de disposición (en el sentido de renuncia) de su derecho a la intimidad, esto es, una bajada de las barreras de autoprotección de su esfera de intimidad.[69]

Dando como buena la tesis según la cual el ámbito de aplicación de los tipos de atentado a la intimidad del art. 197.1 CP dependen, en parte, de las medidas adoptadas por la víctima para la autoprotección de su esfera de intimidad, queda aún por determinar cuál es el grado de autoprotección exigible a esta víctima para merecer protección jurídico-penal. En este sentido, y en relación con la interacción

además, qué usos hacía aquella del Internet, así como el contenido de sus mensajes en chats y correo electrónico.

69. STS, Sala de lo Penal, de 30 de abril de 2007, p. Colmenero Menéndez de Luarca. Delimita el ámbito de aplicación de los tipos de atentado a la intimidad del art. 197.1 CP en función de las *expectativas razonables de intimidad*, las cuales, a su vez, se basan en la mayor o menor exposición que el trabajador hace de su persona ante sus colegas o su empleador, así como de las prácticas jurídicas y sociales vigentes, MONTIEL, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoria del Derecho penal*, 2013, p. 231 y ss.

trabajador-empleador, la Sala Segunda del TS parece haber adoptado –si bien no debe olvidarse que estamos hablando tan solo de una única sentencia– uno de los *niveles de exigencia* más elevados de entre los diferentes niveles posibles.[70] Tal y como vimos en relación con la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social para el arbitraje del derecho de control del empresario con el de intimidad del trabajador, el *grado de cautela* exigible al empresario en el ejercicio del control, reflejo invertido del grado de autoprotección exigible al trabajador, puede alcanzar, por lo menos, tres niveles distintos. El primero, y más elevado, se correspondería con el requerido por las sentencias de la Sala cuarta previas a la polémica de 6 de octubre de 2011, así como el defendido en el voto particular de dicha sentencia.[71] El empresario tan solo puede registrar el ordenador asignado al trabajador si previamente: 1) le ha informado de la prohibición parcial o absoluta de uso personal de la máquina, 2) le ha informado de la posibilidad de adoptar medidas de control y vigilancia de su computadora, especificándole en qué consistirán dichas medidas, y 3) el empresario ha agotado los medios alternativos menos invasivos de la intimidad del trabajador que permitieran alcanzar el mismo fin perseguido con la medida de control o vigilancia.

El segundo nivel de cautela consistiría, sencillamente, en exigirle al empresario las notificaciones 1) y 2), mientras que el tercer nivel, el más bajo, consistiría simplemente en exigir, alternativamente, que el empresario notifique a sus empleados la prohibición absoluta de uso personal de los medios de producción (1), o que advirtiera a los trabajadores sobre la posibilidad de ser vigilados en su uso (2). Este sería el nivel de protección concedido por la polémica Sentencia de la Sala de lo Social de 6 de octubre de 2011. Pues bien, la Sala de lo Penal, en la Sentencia de 30 de abril de 2007 comentada, y las Audiencias provinciales que desde entonces la han seguido,[72] parecen haberse instalado en un nivel de protección de

70. Críticos con la restricción del ámbito de aplicación de los tipos sobre la base de los deberes de autoprotección, por todos, en Alemania, HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, *passim*; ROXIN, AT, § 14 C, nms. 15-25. En España, críticos con las tesis victimodogmáticas –nombre con el que se conocen las tesis citadas–, aunque dando valor, bajo estrictas condiciones, a la conducta de la víctima a efectos de excluir la responsabilidad penal del autor a través de la teoría de la imputación objetiva, por todos, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2. ed., 2001; TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal*, 1998, p. 17-147; SILVA SÁNCHEZ, "La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito", en CGPJ (ed.), *La Victimología*, 1993, p. 13-52.

71. SSTS, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2011, p. Agustí Juliá; de 26 de septiembre de 2007, p. Desdentado Bonete; de 6 de octubre de 2011, p. Souto Prieto, voto particular de Segoviano Astaburuaga, de Castro Fernández, Agustí Juliá, Viroles Piñol y Alarcón Caracuel.

72. AAP Madrid de 14 de mayo de 2010, p. Ollero Butler; AAP Salamanca de 17 noviembre de 2008, p. González Clavijo.

la intimidad del trabajador aún inferior al adoptado por la Sala de lo Social en la polémica sentencia. Conforme a sus resoluciones, y en contra de lo que tanto el TEDH como la Sala cuarta del TS habrían reconocido (ver *supra*), se niega de plano toda *expectativa razonable* de intimidad a los trabajadores respecto de los medios de producción que su empleador pone a su disposición. Independientemente de si han sido previamente advertidos de la prohibición absoluta de tales medios o no. De este modo, en el ámbito jurídico-penal no tendría valor jurídico alguno *el hábito generalizado de tolerancia* en ciertos usos personales moderados de los medios de producción en el cumplimiento de la prestación laboral, reiteradamente reconocido por la Sala de lo Social del TS (ver *supra*).[73]

Existen, sin embargo, resoluciones más matizadas procedentes de la jurisprudencia menor. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en la que se condena a dos administradores de una sociedad que entraron en la cuenta de correo electrónico personal de una exempleada a través del ordenador que tenía asignado en la empresa, desde donde enviaron mensajes injuriosos a sus contactos y accedieron a mensajes personales de la víctima. El Tribunal entendió que los administradores se extralimitaron en el ejercicio de sus potestades de control y vigilancia, pues para tal cometido no era necesario acceder a la cuenta de correo personal de la extrabajadora.[74]

Son varios los elementos que configuran la interacción empleador-empleado en materia de control de los medios de producción: uso personal llevado a cabo por

73. Con una propuesta interpretativa de los tipos del art. 197.1 Cp claramente opuesta a la que estaría adoptando nuestra jurisprudencia penal, AGUSTINA SANLLEHÍ, *InDret* 2/2009, p. 29, 32, quien, por regla general, considera penalmente típicos los controles ocultos de los medios productivos empleados por el trabajador (ordenador personal, teléfono). Tan solo admitiría la justificación de la conducta invasiva de la intimidad del trabajador cuando existieran sospechas fundadas de que el trabajador está incurriendo en un hecho presuntamente delictivo o que puede acarrear graves consecuencias para el empresario, sin que existan medios menos lesivos para evitarlos. De forma similar, GÓMEZ MARTÍN, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 136-140. Por su parte, MONTIEL, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 229-242, p. 234 y ss., entiende que, respecto de los medios productivos puestos a disposición del trabajador, debe reconocerse un mínimo de expectativa de intimidad. Respecto de los medios que afectan a los aspectos más básicos de la intimidad del trabajador (el cuerpo, p.e.: grabaciones en vestuarios, análisis de sangre, genéticos, etc.) entiende que existe una expectativa inmodificable de intimidad cuya violación también sería penalmente típica incluso cuando se haya avisado previamente de la posibilidad de control (p. 19).

74. SAP Islas Baleares de 16 de mayo de 2011, p. de la Serna de Pedro. Absuelve a los acusados (empleadores del afectado) por una conducta similar pero con la diferencia de que, en este caso, los imputados avisaron previamente al trabajador de los usos permitidos del ordenador y de la conveniencia de no almacenar en él datos de carácter personal el AAP Barcelona de 21 de enero de 2009, p. Grau Gasso.

el trabajador (excesivo/moderado), determinación previa de los usos permitidos y/o de los medios de vigilancia que se van a emplear por parte del empresario (notificación/ausencia de notificación), grado de invasión de la intimidad del trabajador en el proceso de control (muy invasivo/poco invasivo), existencia de medios alternativos, etc..[75] Siendo esto así, y a pesar de compartir la opinión de quienes defienden la necesidad de delimitar los tipos de atentado a la intimidad (art. 197.1 CP) con base en la lógica de los deberes de autoprotección de la víctima, se echa de menos una aproximación más matizada de nuestra jurisprudencia penal en la determinación de lo penalmente relevante en relación con estos tipos de violación de la intimidad. Ciertamente, el número de resoluciones que existen al respecto es aún pequeño, lo que debería permitir que la irrupción de las investigaciones penales internas y la eventual litigiosidad penal que se genere en torno a ellas se aprovecharan para fijar el estándar de autoprotección exigible al trabajador de forma menos categórica (exigencia de autoprotección máxima excluyendo toda posibilidad de uso privativo de los medios de producción) y más matizada, atendiendo a la concreta configuración de la relación existente entre el trabajador y el empresario (grado de confianza entre ellos, usos tolerados, etc.), a la entidad de las barreras de protección exigibles en otros contextos (relaciones sentimentales, p.e.), dentro del ámbito de aplicación del propio tipo del art. 197.1 Cp, o a la entidad de las exigibles en otros delitos con estructura y penas análogas.

C. *El elemento subjetivo especial*

Los tipos de atentado a la intimidad previstos en el art. 197.1 CP, en su vertiente subjetiva, requieren, además de que el sujeto activo actúe con dolo, que lo haga para *descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro*. Este elemento especial del injusto permite excluir del ámbito de lo típicamente relevante todas aquellas conductas de apoderamiento, interceptación o captación mediante artificios técnicos de la información que, si bien realizadas con dolo, no tienen por finalidad vulnerar la intimidad del otro.[76] Entre ellos se incluiría todo proceso de control

75. En la STSJ Cantabria, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2007, p. Martín Morillo, por ejemplo, se considera una extralimitación en el ejercicio del poder de control del empresario el hecho de analizar el contenido de las páginas web visitadas por el trabajador. Se considera suficiente para examinar si el trabajador utilizaba debidamente el Internet una estadística sobre el tiempo dedicado a visitar páginas que no fueran las estrictamente necesarias para el desempeño de sus funciones, perfectamente delimitables en dicho caso.

76. La doctrina coincide en que la fórmula empleada por el legislador es desafortunada por redundante, pudiendo llevar a confusión, como de hecho hizo, respecto de cuál es el objeto de protección de este delito. El cometido de "descubrir los secretos de otro" es una forma de "vulnerar su intimidad", por lo que ya está incluida en la segunda finalidad prevista por el tenor literal, con la que habría habido suficiente para la configuración de

y vigilancia de los medios productivos de la empresa, así como los procesos de investigación empresarial interna.[77]

En tanto que elemento subjetivo especial del injusto, la exigencia de que el sujeto activo actúe con la finalidad de vulnerar la intimidad de otro significa que aunque aquél actúe con conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, la conducta seguirá siendo subjetivamente atípica a menos que concurra esta especial voluntad.[78] Esto sucederá cuando se realice el tipo con dolo directo de primer grado, pero no cuando se realice con dolo de segundo grado o eventual.

Con meridiana claridad se afirma en la STS, Sala de lo Penal, de 10 de junio de 2011, p. Andrés Ibáñez: "Por lo que, si en el caso que se examina –en el que, a tenor de los hechos, lo deliberadamente invadido fue una cierta privacidad propia de los afectados como profesionales de la enseñanza– se hubiera producido alguna lesión de su intimidad, esta, en cuanto no cubierta directamente por ese 'para', sería imputable, a lo sumo, a un *dolo eventual* y, por eso, *no podría resultar penalmente relevante* a los efectos del precepto aquí tomado en consideración" (énfasis añadido).

En el contexto de los controles por parte del empresario del uso debido de los medios productivos se utiliza como indicio recurrente para demostrar la inexistencia del mencionado ánimo el hecho de que la información o datos objeto de controversia estuvieran almacenados en ordenadores o soportes destinados exclusivamente a fines empresariales. Esto es, en ordenadores o soportes de la titularidad del empleador.[79] De hecho, en algunos casos, los Tribunales afirman que la existencia de datos de carácter personal en estos soportes es del todo imprevisible,

---

este elemento subjetivo especial del injusto. Por todos, MORALES PRATS, *ComPE*, 6. ed., 2011, p. 1292; ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, 2004, p. 99-101.

77. AAP Murcia de 30 de septiembre de 2009, p. del Olmo Gálvez. En la SAP Salamanca de 7 de febrero de 2011, p. Vega Bravo, se confirma la sentencia condenatoria a un empresario que grabó las conversaciones de sus trabajadores alegando que pretendía investigar supuestos actos de acoso laboral entre sus trabajadores. El Tribunal entiende que hay elementos probatorios suficientes como para concluir que su verdadera finalidad era conocer la opinión que los empleados tenían de él.

78. Crítico con este estado de cosas, AGUSTINA SANLLEHÍ, *InDret* 2/2009, p. 31 y nota 49, p. 38, quien propone de lege ferenda la creación de un subtipo específico en el que se prescinda de este elemento subjetivo especial de injusto y que permita abordar de forma específica los supuestos de invasión de la intimidad de terceros por quienes tienen especiales deberes de control y vigilancia sobre aquellos.

79. STS de 10 junio de 2011, p. Andrés Ibáñez; STS de 30 de abril de 2007, p. Colmenero Menéndez de Luarca; STS de 19 de junio de 2006, p. Andrés Ibáñez; AAP Madrid de 22 de diciembre de 2008, p. Fabià Mir.

por lo que no cabría apreciar ni la existencia de dolo eventual de parte de quienes se apoderan de la información con fines de fiscalización.[80]

VI. EL USO DE INVESTIGADORES PRIVADOS

En la práctica, se ha considerado legítimo el empleo de detectives privados contratados por la empresa para controlar a los trabajadores, especialmente cuando realizan su labor de control en lugares públicos distintos del estricto ámbito laboral,[81] siempre que los investigadores procedan mediante medios legítimos para la obtención de la información.[82]

Lo habitual es el empleo de este tipo de investigadores en el ámbito de los incumplimientos contractuales (pero no para la verificación de la comisión de delitos). En concreto, el tema suele plantearse en la jurisprudencia laboral ordinaria en relación con la licitud de la prueba "incriminatoria" para justificar un despido. Los dos casos paradigmáticos son: el control de los trabajadores incursos en situaciones de incapacidad temporal que realizan, mientras dura esta situación, actividades incompatibles con su estado, a efectos de integrar la causa de despido disciplinaria de trasgresión de la buena fe contractual; y la comprobación de si la situación argüida por el trabajador para no acudir al trabajo tiene razón de ser.

Con todo, las cautelas al empleo de este tipo de control vienen mesuradas por varias circunstancias: que exista sospecha fundada de un incumplimiento contractual por parte del trabajador (por tanto, si no hay sospechas parece ser que la jurisprudencia se inclina por no considerar lícita esta medida); y que el empresario no tenga otros medios eficaces para comprobar la veracidad del incumplimiento que sospecha, es decir, que no puedan emplearse medidas menos invasoras de la privacidad del trabajador.[83]

---

80. AAP Salamanca de 17 de noviembre de 2008, p. González Clavijo.

81. Así, consideran legales las pruebas obtenidas por detectives, entre otras: las SSTS, Sala de lo Social, de 27 de diciembre de 1989, p. Martínez Emperador; de 24 de febrero de 1992, p. Fernández López; la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de diciembre de 2009, p. Moralo Gallego; la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2005, p. Boronat Tormo; la STSJ, Sala de lo Social, del País Vasco de 5 de diciembre de 1995, p. Díaz de Rábago Villar; y la STSJ, Sala de lo Social, de Galicia de 11 de marzo de 1994, p. Souto Prieto.

82. Como indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2005, p. Vivas Larruy: "las pruebas obtenidas por detectives no son válidas o inválidas *per se*, depende de su contenido y del modo de obtención".

83. Como indica la STS de 19 de julio de 1989, Sala de lo Social, p. Varela Autrán: "*Si cuando, como en el caso de autos ocurre, la actividad laboral se desarrolla, necesariamente*

Sea como fuere, en el ámbito penal, el uso de investigadores privados en el seno de una investigación corporativa interna no sería constitutivo de delito *per se*,[84] a menos que, con su actividad, cometiera alguna conducta tipificada en el art. 197 CP (descubrimiento y revelación de secretos, con el alcance que se acaba de precisar en el apartado anterior) o en los arts. 169 ss CP (amenazas y coacciones).

Respecto a dichas figuras, ubicadas entre los delitos contra la libertad, téngase en cuenta que, por ejemplo, los tribunales recurren a menudo al tipo de las coacciones para castigar los supuestos de "cobro de morosos".[85] O, en un caso similar resuelto por la STS, Sala de lo Penal, de 14 de julio de 2006, p. Giménez García, la Sala Segunda condena por coacciones a un sujeto que se presentaba a diario en el lugar de trabajo de la víctima observándola continuamente y entrometiéndose en sus conversaciones. A juicio del TS, la víctima encontró coartada su libertad y quebrado su derecho a la tranquilidad y sosiego.[86] Por tanto, para aplicar alguna de las modalidades de delito contra la libertad, sería necesario que se afectase bien a la seguridad, bien a la libertad de la víctima, lo que implicaría, por un lado, que el trabajador supiera que está siendo observado por un investigador privado; y, por el otro, que, como consecuencia de ello, viera perturbada su tranquilidad o restringida su capacidad de decisión, mediata o inmediata.

VII. INTROMISIÓN EN LA ESFERA ÍNTIMA DE LOS TRABAJADORES MEDIANTE LA REALIZACIÓN DE PREGUNTAS SOBRE CUESTIONES DE CARÁCTER PERSONAL (IDEOLOGÍA Y VIDA SEXUAL)

Como ya se ha indicado,[87] nuestro ordenamiento impide las medidas de vigilancia o control de los trabajadores que afecten a su vida privada, en aquellas circunstancias que no guardan relación directa con la prestación laboral. En este

---

fuera del centro de trabajo y, en consecuencia, no existe otro medio de control admisible que el seguimiento externo del trabajador, ante la sospecha de un incumplimiento, por su parte, del cometido laboral que tiene asignado, obvio resulta, que tal medida controladora o de vigilancia no puede tildarse de atentatoria a la propia dignidad personal del trabajador y, mucho menos, a su intimidad personal, por cuanto sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa" (énfasis añadido).

84. En todo caso, habría que plantearse la licitud o ilicitud de la prueba a la hora de procesar al sujeto investigado si, de la investigación por parte del detective, se hallasen indicios de la comisión de delitos. Sin embargo, como se ha indicado, este nivel de análisis será tratado en un posterior estudio. En este trabajo, se pretende tratar esta cuestión desde la perspectiva penal material.

85. Entre otras, SAP-Málaga de 12 de febrero de 2001, p. Godino Izquierdo.

86. Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 3. ed., 2011, p. 95 y 96.

87. Véase *supra* V.1.

sentido, según el TC,[88] la facultad empresarial no permite controlar los hechos referidos a las relaciones sociales y personales que carecen de trascendencia laboral. Ahora bien, hay aspectos privados, en principio extralaborales, que pueden tener su repercusión en el ámbito laboral (por ejemplo, la adicción del trabajador a determinadas sustancias;[89] especialmente en trabajos como pilotar aviones o conducir mercancías peligrosas).

Sin embargo, lo difícil es determinar qué aspectos se considera que tienen trascendencia laboral y cuáles no. En principio, se afirma que no guarda directa relación con la actividad laboral la vida sentimental o sexual de los trabajadores. Así, está prohibido indagar sobre estas cuestiones, tanto por el respeto al derecho a la intimidad, como por la influencia del principio que proscribe la discriminación por dichas causas.[90]

Ahora bien, se reconocen como excepciones las empresas de tendencia, en las que al trabajador se le exige, al menos, una mínima sintonía con el ideario empresarial.[91] Por ejemplo, la STC 5/1981, de 13 de febrero, p. Tomás y Valiente, dispone que en los centros docentes privados los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del centro. En consecuencia, una actividad docente contraria a su ideario puede ser causa legítima de despido. Del mismo modo, pues, también podría considerarse lícito que no se aceptaran como trabajadoras a personas que tuvieran una vida sentimental o sexual determinada.

Hecha esta introducción, consideramos que, desde un punto de vista penal, preguntar sobre la vida sexual de una persona, simplemente, no es delito. El problema es imponer alguna consecuencia lesiva en caso de que no se revele dicha información, puesto que tal conducta es constitutiva de una amenaza condicional: "si no me cuentas esto te despediré, si no me explicas esto otro no te ascenderé". Amenaza que, debido al mal con el que se conmina (ser despedido, no ser ascendido), no será subsumible en el art. 169 CP (que tipifica las amenazas de mal constitutivo de delito contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual, intimidad y patrimonio). Por el contrario, nos encontraríamos en el ámbito del art. 171 CP si el mal no es constitutivo de delito o de la falta del art. 620 CP si el mal es

88. STC 202/1999, de 8 de noviembre, p. Cachón Villar.

89. ATC 68/2003, de 25 de febrero.

90. A juicio de CARDONA RUBERT, *El derecho a la intimidad en la relación laboral*, 1998, p. 114, el empresario no puede indagar con respecto a la vida sexual del trabajador (aunque plantea si ello sería admisible en caso de determinadas enfermedades infecciosas de transmisión sexual, en concreto el SIDA, que afecta especialmente a los llamados grupos de riesgo, entre los que se encuentran los homosexuales. Ahora bien, parece que, finalmente, establece que tal forma de proceder vulneraría el derecho a la intimidad).

91. STC 106/1996, de 12 de junio, p. González Campos.

constitutivo de algún delito no descrito en el art. 169 (por ejemplo, por constituir el mal un delito contra los derechos de los trabajadores).[92]

Ahora bien, según el art. 171.1 CP, la condición impuesta no ha de consistir en una conducta debida. En el caso que nos ocupa, la condición sería: "si no me dices con quién te acuestas". Por tanto, hay que determinar si dar esta información es una conducta debida (no sólo lícita sino también debida). Como indica un sector doctrinal,[93] literalmente caben en el tipo del art. 171 CP, junto a las condiciones ilícitas, las que sean lícitas siempre y cuando no sean debidas. Por tanto, es posible que existan condiciones lícitas, esto es, no contrarias a derecho, pero no debidas. Las únicas condiciones atípicas son aquéllas lícitas y, además, debidas.

Pues, bien, por lo indicado, nos parece que no es una conducta debida informar sobre la vida sexual privada (a menos que la empresa se constituyera sobre tales principios, como una escuela privada tradicional). Por tanto, en la mayoría de casos preguntar sobre la vida sexual de los trabajadores, siempre que se imponga una condición, es una conducta delictiva, con alguna excepción (que será atípica, no típica pero justificada, puesto que es un elemento del tipo que la condición no constituya una conducta debida).

VIII. ¿JUSTIFICACIÓN?

Hasta aquí, pues, se ha analizado si determinadas conductas llevadas a cabo por un empresario contra sus trabajadores en el curso de una investigación corporativa interna (motorización de los medios de producción, uso de investigadores privados y realización de preguntas íntimas) podrían ser típicas respecto a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos o amenazas y coacciones. Y, como se ha indicado, buena parte de ellas no pueden subsumirse en tales figuras al faltar alguno de sus elementos. Sin embargo, aquellas que debieran reputarse típicamente relevantes, ¿podrían justificarse por actuar el empresario amparado en un estado de necesidad o en el cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo de su derecho o cargo?[94]

---

92. No obstante, los Tribunales suelen aplicar el tipo del art. 171.1 CP aunque el mal sea constitutivo de algún otro delito, lo que plantea dudas en virtud del principio de legalidad (por ejemplo, la SAP Cáceres de 22 de octubre de 2003, p. Riera Mateos).

93. GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, 2005, p. 115; y JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, 1997, p. 87.

94. GÓMEZ MARTÍN, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 140, alude a la causa de justificación prevista en el art. 20.7.ª CP, esto es, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho. A su juicio, la empresa

Pues bien, la respuesta debería ser afirmativa, siempre y cuando concurriesen, claro está, los requisitos de tales causas de justificación. Requisitos que, en este trabajo, simplemente se apuntarán someramente a la luz de la eximente de estado de necesidad, piedra angular de todo el sistema de justificación.[95]

Los requisitos de dicha causa de justificación son, desde la perspectiva objetiva, la inminencia de un mal, *la necesidad de la lesión* de un bien jurídico como última ratio (principio de subsidiariedad) para salvar a otro, la *ausencia de provocación* del mal amenazante, *la idoneidad de la lesión* para la salvación del bien jurídico defendido, *la preponderancia* del bien jurídico salvado frente al lesionado y la *ausencia de un deber de sacrificio*. Desde la perspectiva subjetiva, el *conocimiento* del estado de necesidad.[96]

Aunque no se desconoce la distinción entre EN defensivo y EN agresivo, no la vamos a tener en cuenta en aras de simplificar la exposición. En cualquier caso, la distinción es sin duda relevante, pues será aplicable en la clasificación de las investigaciones en función del sujeto investigado. Así, cuando el sujeto investigado sea el trabajador infractor, responsable del peligro, se podrá actuar en EN defensivo frente a él. En cambio, en los supuestos de investigación a trabajadores no responsables del peligro, tan solo se podrá recurrir al menor poder justificante del EN agresivo.[97]

Tan pronto como se pongan en relación los requisitos objetivos de las causas de justificación penal con los diferentes tipos de investigación (criminal) interna penalmente típicos, se hace evidente que no todos estos tipos de investigación van a estar justificados.

Para empezar, solo con el primer requisito objetivo, la inmediatez del mal amenazante, se descarta la juridicidad de un buen número de investigaciones. Así, las investigaciones por delitos ya consumados (y no permanentes o continuados) no merecerán la justificación penal por exceso extensivo por prolongación. Del mismo modo, aunque en este caso por exceso extensivo por anticipación, no pueden justificarse las intromisiones penalmente típicas dirigidas a la investigación de delitos respecto de los cuales no se ha iniciado ni la fase preparatoria. En consecuencia, el uso de tales medidas sólo podría usarse para evitar un delito que se estuviera preparando o intentando, o un delito consumado pero permanente o

---

tiene el legítimo derecho de controlar al trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales.

95. MOLINA FERNÁNDEZ, "El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 1.º (marzo 2000), p. 199 y ss.

96. Por todos, véase MIR PUIG, *PG*, 9. ed., 2011, p. 466-482.

97. Sobre los conceptos de estado de necesidad agresivo y defensivo, véase, por todos, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 107 y ss.

continuado en el tiempo y que, por lo tanto, todavía estuviera afectando bienes jurídicos.[98]

En segundo lugar, la acción interpuesta por el empresario debería ser el único modo de evitar que el peligro lesionase un bien jurídico propio o ajeno. Por ello, de existir un medio menos lesivo de conseguir el mismo resultado, el delito cometido por el empresario, en su caso, no quedaría amparado por el estado de necesidad.

En tercer lugar, el mal causado no podría ser mayor que el que se tratase de evitar. Por tanto, el bien jurídico salvaguardado debería ser superior a la intimidad o la libertad de los trabajadores. En consecuencia, podría justificarse el hecho si con él se tratase de conjurar un mal que afectase a la vida o la integridad física de las personas. En cambio, en el caso de ser el patrimonio (de la empresa o, sobre todo, de un tercero) el bien jurídico afectado, debería valorarse la cuantía y el total de damnificados. Además, como ya se ha indicado, también debería tenerse en cuenta la especial posición de deber que ocupan los órganos de gobierno frente a terceros y frente a la propia empresa en términos de impedir que se cometan delitos o cualquier otro tipo de ilícito extrapenal en el desarrollo de la actividad empresarial. En este sentido, este deber de garantizar que la actividad mercantil se realice dentro de los más estrictos cauces de la legalidad, aportaría un peso añadido en la balanza del lado del empresario en la ponderación de los bienes jurídicos en juego.

En cuarto lugar, el requisito relativo a la ausencia de un deber de sacrificio toma especial relevancia en los supuestos de investigaciones internas sobre conductas ilícitas de los trabajadores contra la propia empresa. En la medida en que el empresario tiene, a su vez, un deber de buena fe frente a su trabajador, así como un deber de garantizar que aquél pueda desempeñar su trabajo sin ver afectada su intimidad o libertad (arts. 18, 20.3 ET), podría afirmarse que el alcance justificante de una investigación interna penalmente típica debería verse, de nuevo, restringido.

Por último, respecto al presupuesto consistente en la ausencia de provocación del mal amenazante (en nuestro caso el ilícito –penal o extrapenal– del trabajador), parece razonable restringir el alcance justificante de la conducta salvadora del empresario (la investigación interna penalmente típica) cuando el empresario es corresponsable del mal amenazante: la conducta ilícita del trabajador. Piénsese, por ejemplo, en un caso en que el trabajador se ve obligado a delinquir para cumplir con los objetivos, a todas luces inasumibles, que le ha impuesto su empresario. Para muestra un botón: los objetivos de resultados fijados por las entidades financieras durante los últimos años a sus empleados, los cuales han acabado elaborando y

98. Es más, en estos casos, incluso podría plantearse la concurrencia de legítima defensa, puesto que existiría una agresión ilegítima actual, siempre que concurrieran los demás requisitos.

vendiendo productos financieros –como los conocidos Swaps– que están claramente al borde de la legalidad penal (delito de estafa, p.e.).

IX. Conclusiones

El trabajador, por el mero hecho de entrar en una relación laboral, no pierde los derechos fundamentales que tiene reconocidos como ciudadano. Sin embargo, el empresario, por su parte, tiene reconocido el derecho –cuando no el deber– de controlar y vigilar el buen funcionamiento de la actividad laboral. Por lo demás, los derechos fundamentales en general, y el derecho a la intimidad, en particular, no son derechos reconocidos a los ciudadanos de forma absoluta. En el ámbito de la relación laboral, pues, la relativización del derecho a la intimidad del trabajador viene dada por la necesidad de coordinarlo con el derecho-deber del empresario de controlar y vigilar el funcionamiento de la actividad de sus trabajadores.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la coordinación de ambos derechos debe realizarse mediante su ponderación, pero partiendo de la prevalencia de los derechos fundamentales reconocidos al trabajador frente al derecho (o deber) de control del empresario. Esto significa que las restricciones a los derechos fundamentales del trabajador deberán superar el juicio de proporcionalidad en sentido amplio (necesidad, idoneidad, adecuación).

Siempre que las medidas de control del empresario superen este test, su adopción será legítima en términos de respeto a los derechos fundamentales. Ello incluye los *controles ocultos* o subrepticios, pues pueden darse casos en los que resulten necesarios y proporcionales al daño evitado o que se pretendía evitar. No obstante, en el orden social existe un sector jurisprudencial que se opone a la práctica de los controles ocultos de los medios de producción, al menos cuando consistan en meros controles de rendimiento o de riesgos de mediana entidad (no penales o que no supongan un grave perjuicio para la empresa o por un tercero). Para considerar legítimo el registro del ordenador o teléfono móvil de la empresa puestos a disposición del trabajador exigen que: 1) se haya informado de las reglas de uso de dichos medios de producción, 2) se haya informado de la posibilidad de ser objeto de controles, y de su contenido, y 3) se hayan agotado las vías alternativas de control menos lesivas. Otro sector jurisprudencial, sin embargo, entiende que sería suficiente con la prohibición absoluta por parte del empresario del uso personal de tales medios, o con la advertencia de la posible adopción de medidas de inspección.

Ahora bien, en el ámbito penal, podría suceder que, previamente, y antes de analizar la eventual justificación del hecho, la conducta del empresario no fuera típica por faltar alguno de los elementos, objetivos o subjetivos, descritos en la infracción que pudiera haberse cometido, básicamente, el delito de descubrimiento y revelación de secretos o los delitos de amenazas y coacciones. Ello, claro está, sin

perjuicio de que la conducta del empresario pudiera tener consecuencias jurídicas en otros ámbitos del ordenamiento (laboral, civil, procesal, etc.).

X. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón (2010), *El delito en la empresa*, Barcelona, Atelier.

_____ (2009), Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa, *InDret* 2/2009.

AMELUNG, Knut (2005), Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen, en ARNOLD et al. (ed.), *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag – Menschengerechtes Strafrecht*, München, Beck, p. 3-24.

_____ (1984), Bemerkung von Thomas Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, *GA*, p. 579-583.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel; RUBIO SÁNCHEZ, Francisco (2006), *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Cizur Menor, Aranzadi.

ARZT, Gunther (1984), Viktimologie und Strafrecht, *Monatsschrfit für Kriminologie und Strafrechtsreform* (2), p. 105-124.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2011), La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance, en: _____. *Compliance y Derecho penal*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 95-122.

BALDÓ LAVILLA, Francisco (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, Bosch.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2001), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2. ed., Barcelona, Bosch.

CARDONA RUBERT, Belén (1998), El derecho a la intimidad en la relación laboral, *Ius et Praxis*, año 4, n 2, p. 107-134.

CASTIÑEIRA PALOU, M.ª Teresa; LLOBET ANGLÍ, Mariona/ MONTANER FERNÁNDEZ , Raquel (2005), Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales, *InDret* 1/2005.

COFFEE JR., John C. (1977), Beyond the shut-eyed sentry: toward a theoretical view of corporate misconduct and an effective legal response, *Virginia Law Review* (7), p. 1099-1278.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2010), Responsabilidad de personas jurídicas, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto Reforma Penal. LO 5/2010*, Madrid (Francis Lefebvre) 2010, p. 11-38.

FIRST, Harry (2011), Branch office of the prosecutor: the new role of the corporation in business crime prosecutions, *North Carolina Law Review* (24), p. 23-98.

GÓMEZ-JARA, Carlos (2012), El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, La Ley, p. 43-102.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2013), Compliance y derechos de los trabajadores, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, p. 125-146.

Gómez Pomar, Fernando; Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (2005), *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, Navarra, Civitas.

Goñi Sein, José Luís (1988), *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas.

Hillenkamp, Thomas (1981), *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, Otto Schwarz.

Holder, Eric (1999), memorándum sobre *Bringing Criminal Charges Against Corporations*, de 16 de junio. [www.justice.gov/criminal/fraud/documents/reports/1999/char-ging-corps.PDF] última visita 10 de julio de 2012).

Jareño Leal, Ángeles (1997), *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Jorge Barreiro, Agustín (1999), Del descubrimiento y revelación de secretos, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, Edersa, p. 109-144, p. 217-283.

Martín Lorenzo, María; Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (2006), Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción, en Pozuelo Pérez (coord.), *Derecho penal de la construcción*, Albolote, Comares, p. 319-499.

Mathews, Arthur F. (1984), Internal corporate investigations, *Ohio State Law Journal* (45), p. 655-702.

McNulty, Paul J. (2006), memorándum on *Bringing Criminal Charges Against Corporations*, de 12 de diciembre. [ww.justice.gov/dag/speeches/2006/mcnulty_memo.pdf]: última visita 10 de julio de 2012).

Mir Puig, Santiago (2011), *Derecho penal. Parte general*, 9. ed., Barcelona, Reppertor.

Molina Fernández, Fernando (2000), El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. extraordinario 1.º (marzo 2000), p. 199-260.

Montiel, Juan Pablo (2013), "Autolimpieza" empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales, en Kuhlen; Montiel; Ortiz de Urbina (ed.), Compliance *y teoría del Derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, p. 221-243.

Moosmayer, Klaus; Hartwig, Niels (ed.) (2012), *Interne Untersuchungen: Praxisleitfaden für Unternehmen*, München, Beck.

Morales Prats, Fermín (2011), Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, 6. ed., Cizur Menor, Aranzadi, p. 1281-1356. (citado *ComPE*)

Ragués i Vallés, Ramon (2011), Delitos contra la libertad, en Silva Sánchez (dir.); Ragués i Vallés (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3. ed., Barcelona, Atelier, p. 85-103.

Robles Planas, Ricardo (2011), Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis Cp, *La Ley* (7705).

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (2004), Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo, *Diario La Ley* (6033), 4 de junio.

Romeo Casabona, Carlos María (2004), *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia, Tirant lo Blanch.

ROXIN, Claus (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. ed., München, Beck.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina; SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (2012), Sobre el control empresarial de los ordenadores, *Aranzadi Social* (3), (ref. BIB 2012\984).

SCHÜNEMANN, Bernd (2010), "§ 203 StGB", en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et al. (ed.), *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar. Grosskommentar*, 12. ed., Berlin, de Gruyter.

_____ (2002), "Sistema de Derecho penal y victimodogmática", en DÍEZ RIPOLLÉS *et al.* (ed.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, p. 159-172.

_____ (1978), "Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1), p. 11-63.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1993), La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "víctimo-dogmática", en CGPJ (ed.), *La victimología*, Madrid, CGPJ, p. 13-52.

TAMARIT SUMALLA, Josep M. (1998), *La Víctima en el Derecho Penal. De la víctimo-dogmática a una dogmática de la víctima*, Pamplona, Aranzadi.

THOMPSON, Larry D. (2003), memorándum on *Bringing Criminal Charges Against Corporations*, de 20 de enero. [www.justice.gov/dag/cftf/corporate_guidelines.htm]; última visita 10 de julio de 2012).

U.S. Attorney's Manual de agosto de 2008.

[www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/28mcrm.htm]; última visita 10 de julio de 2012).

U.S. Sentencing Guidelines Manual de 1991.

[www.ussc.gov/Guide-lines/1991_guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf]; última visita 10 de julio de 2012).

U.S. Sentencing Guidelines Manual de 2011.

[www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guide-lines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf]; última visita el 10 de julio de 2012).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Cuestiones basicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas, de Bernardo José Feijóo Sánchez – *RBCCrim* 27/20, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/73 (DTR\1999\574);
- La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Legislación Española, de Miguel Ángel Boldova Pasamar – *RT* 945/159 (DTR\2014\3026); e
- Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español Corporate Criminal Liability in Spanish Law, de José Luis de la Cuesta – *RBCCrim* 101/51 (DTR\2013\2664).

66111

Direitos Humanos e Direito Penal: pensamento como forma de resistência ao poder

Human Rights and Criminal Law: thoughts as a way to withstand power

Jose Rafael Carpentieri

Bacharel em Direito pela PUC-Minas. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado criminalista.

Área do Direito: Fundamentos do Direito; Filosofia; Constitucional; Penal

Resumo: O presente artigo busca analisar as relações entre o direito penal e os direitos humanos, a partir dos conceitos de poder punitivo e sistema penal e baseado numa perspectiva deslegitimante da pena. Para tanto, elabora-se um retrospecto genealógico que permite identificar e situar o ponto de contato fundamental entre os dois ramos do saber humano. Desse prisma, é possível construir o direito penal como elemento de promoção e afirmação dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direito penal – Direitos humanos – Filosofia do direito – História do direito.

Abstract: This paper analyzes the relationship between criminal law and human rights, considering the concepts of power and the punitive criminal justice system and based on an unjustified perspective of imprisonment. For this purpose, a genealogical retrospect is created to make it possible to identify and locate the key point of contact between the two lines of human knowledge. From this perspective, it is possible to structure criminal law as a tool to promote and foster human rights.

Keywords: Criminal law, human rights, philosophy of law, history of law.

Sumário: 1. Introdução; 2. Poder punitivo; 3. Sistema penal; 4. Direitos humanos: um retrospecto genealógico; 5. Direitos Humanos: uma fundamentação atual; 6. Direitos Humanos e Direito Penal: uma relação necessária.

1. Introdução

A missão do juiz criminal em um Estado Democrático de Direito é aplicar o sistema de garantias constitucionalmente positivado.[1] Essa ideia de Alberto Silva Franco sintetiza, de modo preciso, a relação de paralelismo existente entre o direito penal – compreendido como o saber produzido pelos juristas, capaz

1. Franco, Alberto Silva. O compromisso do juiz criminal no Estado Democrático. Justiça e democracia. *Revista da Associação Juízes para a Democracia*, vol. 3, 1997, p. 269.

de orientar e fundamentar decisões judiciais – e os direitos humanos, definidos como o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, efetiva as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos nos âmbitos nacional e internacional.[2]

O direito penal, mais precisamente a ciência do direito penal, deve advir da tarefa infinita[3] que envolve a construção e a efetivação dos direitos humanos e a sua consideração pelos sistemas jurídicos. As ideias filosóficas que orbitam em torno do antropocentrismo, do jusnaturalismo, do individualismo e do Iluminismo forneceram as bases para a elaboração histórica dos direitos humanos no início da Modernidade. Propiciaram, no âmbito do direito penal, a formulação de um conhecimento científico, com método e objeto determinados, o qual apresentou a proposta inicial de racionalizar o exercício do poder punitivo, cuja forma atual é fruto da consolidação ocorrida em certo momento histórico.

A genealogia do Direito Penal consiste justamente nos constantes movimentos de avanços e regressões na efetivação dos direitos humanos intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Significa dizer que cada método historicamente construído representa maior ou menor compromisso com a dignidade da pessoa humana[4]. É possível também afirmar o oposto: quanto mais determinada corrente de pensamento se aproxima da legitimação do poder punitivo ilimitado, de seu arbítrio e de sua violência, mais longe se encontra dos direitos humanos.

O ponto de convergência entre o saber penal e os direitos humanos reside na capacidade do primeiro de funcionar como contraposição ao exercício do poder e, por consequência, como forma de promoção da liberdade e da dignidade da pessoa humana, tendo como base os elementos fundamentadores do segundo. Dessa relação, nasce uma estrutura jurídica de proteção e a efetivação que se busca construir com as diversas propostas que permeiam a filosofia e o direito.

A proposta do presente trabalho é estabelecer um diálogo direto com a evolução do pensamento penal e a origem, a formação e a efetivação concreta dos direitos humanos.

---

2. LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constituición*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 48.

3. GOYARD-FABRE, Simone. Los derechos del hombre: origens y prospectiva. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Edición de José Maria Sauca. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994. p. 50.

4. As ideias deste artigo estão expostas sob um enfoque histórico no livro do autor História Crítica do Direito Penal. Cf. CARPENTIERI. José Rafael. *História Crítica do Direito Penal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

2. PODER PUNITIVO

O ser humano não pode ser concebido fora das relações interativas de cooperação e conflito. Essas relações criam estruturas de poder surgidas desde as pequenas sociedades, tais como tribos e clãs, e estendem-se até outras mais amplas. Por fim, passaram a envolver todo o planeta.[5] Entretanto, o poder não se define simplesmente como forma de dominação de um grupo de indivíduos sobre outro.[6] É algo que funciona e se exerce em rede, numa dinâmica pela qual as pessoas sofrem sua ação; no entanto, elas também podem exercer o poder. As práticas judiciárias envolvem um tipo específico de exercício do poder que está diretamente relacionado ao saber.

O acúmulo de poder político e econômico ocorrido no desenvolvimento do sistema feudal europeu fez ressurgir o inquérito, ou *inquisitio*, um método de construção do conhecimento inicialmente desenvolvido no mundo antigo. A obra *Édipo Rei*, de Sófocles, por exemplo, mostra exatamente a elaboração de um procedimento dessa natureza com o objetivo de encontrar o responsável pela praga que assola a cidade de Tebas. O protagonista estabelece um processo judicial para reconstruir o passado. Ouve testemunhas, apura os fatos, até reconstruir uma verdade possível, dentro de uma estrutura eminentemente judicial.[7] A tragédia tem essa característica jurídica. A verdade e o conhecimento são articulados em um saber que tem por objetivo resolver uma questão de poder. É preciso saber o motivo da peste, pois a sua existência ameaça o poder do governante.

O inquérito voltou a desenvolver-se na Alta Idade Média, depois de permanecer estático por um longo período. Acompanhou a gradual concentração de poder verticalizante que se consolidou no século XIII e consistiu no traço epistemológico fundamental das sociedades verticalizadas. O período de seu ressurgimento corresponde à amplitude de seu âmbito de atuação. Deixou de ser instrumento político e de prática judiciária e tornou-se também a forma de conhecimento típico das ciências empíricas, juntamente com o método do exame. É possível observar que a própria produção do conhecimento pode ter suas origens apontadas entre jogos de poder envolvidos nas práticas judiciárias.[8]

Há um saber-poder que está intimamente ligado às relações de produção. As peculiaridades do feudalismo resultaram no ressurgimento do inquérito na Alta

5. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 29.
6. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 183.
7. GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. *A filosofia do direito na Idade Antiga*. Rio Claro: Obra Prima, 2005. p. 21.
8. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau Ed., 2001. p. 11.

Idade Média como uma tática específica de exercício de poder. Por ser um momento de retração do comércio, a forma principal de circulação de riqueza, mais do que o direito sucessório, eram a guerra e a conquista. Vencer o inimigo significava despojá-lo de seus bens e de suas armas. A estratégia natural daqueles que tinham mais poder foi controlar os conflitos entre particulares, confiscando-os.

O modelo feudal de direito, baseado no modelo germânico, não envolvia diretamente um terceiro. Consistia muito mais em uma série de atos de vingança ritualizados de um indivíduo contra outro, em uma espécie de guerra regulamentada entre pessoas. A liquidação do conflito implicava na transferência de bens de uma pessoa para outra, já que a própria guerra, com a pilhagem e o saque, era uma das principais formas de aquisição de bens.

Como estratégia de poder, os soberanos tomaram para si a capacidade de decidir os conflitos, o que viabilizava a aplicação da sanção de perda de bens e o direito de vida e morte sobre os súditos. Gradativamente, o que era uma concentração de soberanos locais verticalizou-se cada vez mais, resultando na concentração de poder nas mãos do soberano mais forte, o monarca.[9] Esse processo é fruto da concentração de armas nas mãos dos mais poderosos e da tendência destes para impedir que os menos poderosos as utilizassem.

A adoção sistemática do inquérito como meio de se estabelecer a verdade foi fundamental para o exercício do poder decisório nos conflitos. Permitiu ao soberano tomar para si a agressão, excluindo a vítima da relação e punindo o autor. O inquérito, portanto, é a forma de saber que viabiliza o exercício do poder nos conflitos entre particulares confiscados.

Com o Estado moderno nasceu um novo modelo judiciário, com regras diferentes das antigas práticas feudais. A primeira característica era a impossibilidade de os indivíduos, isoladamente, solucionarem o seu conflito mediante certas regras, como antes era feito. Era necessário submeter o litígio a um poder exterior às partes, que se impunha como poder político e judiciário (há uma sobreposição entre os dois, uma vez que não havia a separação de poderes, formulada em momento posterior por Montesquieu).

Surgiu, então, a figura do procurador. Esse elemento novo, alheio ao direito romano, aparecerá sempre que existir delito ou contestação, como o representante do soberano lesado pelo crime. Sua atuação é permitida pela construção da noção de infração.

O modelo anterior envolvia um dissídio entre duas partes. A solução era dada partindo-se de um sistema binário: a pessoa poderia aceitar ou não o desafio. A recusa significava derrota antecipada. No caso de aceitar, poderia vencer ou perder,

9. Idem, p. 63-70.

de maneira que não havia alternativa.[10] O terceiro envolvido colocava-se entre as partes sem a responsabilidade de decidir, apenas zelava pelo fiel cumprimento das regras, como o faz um árbitro de futebol.

A ideia de infração permitia conceber o crime não como o dano de uma pessoa contra outra, mas de uma lesão também ao soberano e à sua ordem, à lei ou à sociedade. Esse conceito, inventado na Idade Média, permitiu confiscar o mecanismo de liquidação entre partes. Se a lesão atingia o soberano, este também exigia a sua reparação. Estruturava-se, assim, um grande mecanismo de confiscos, mediante a aplicação de multas.[11]

O confisco dos conflitos mostrou-se um empreendimento extremamente lucrativo para as monarquias modernas. Entretanto, a sua aplicação dependeu da adoção de um novo método jurídico, pois o rei ou seu procurador não poderiam arriscar-se diretamente nos velhos jogos do sistema de provas feudal. O antigo modelo de guerra, regulamentada entre dois indivíduos do sistema de provas, de vingança ritualizada, com raízes profundas no direito germânico, precisou ser substituído.

Havia, no antigo direito germânico, a possibilidade de intervenção coletiva nos casos de flagrante delito. Se alguém fosse visto cometendo um crime, poderia ser levado pela comunidade perante o soberano político, de quem era exigida a aplicação de uma punição ou a reparação do dano. Foi necessário generalizar a prática dos casos de flagrante para ampliar as possibilidades de intervenção do detentor do poder político nos conflitos particulares.

As provas feudais foram substituídas pelo inquérito para ampliar as possibilidades de decisão do soberano nos conflitos. O procurador utilizará uma prática cujas origens medievais possuem duas inserções.[12] A primeira delas, vigente no Império Carolíngio, constituía-se no método de gestão administrativa pelo qual o representante do poder, diante de um conflito, convocava pessoas notórias capazes de conhecer o direito e os costumes e lhes solicitava uma decisão para solução dos problemas. A segunda delas ocorrerá com a utilização e a adaptação desse método pela Igreja, para tratar tanto de seus assuntos espirituais quanto administrativos. Todo bispo deveria visitar sua diocese e questionar os notáveis sobre o que ocorrera na sua ausência, bem como se alguém cometera um crime ou uma falta. Esse momento inicial era chamado de inquisição-geral. Sucedia a esta uma inquisição especial, pela qual se apontavam o fato e o seu autor. Nesse ponto, a confissão do autor tinha a capacidade de encerrar o procedimento.

10. Idem, p. 61.
11. Idem, p. 67.
12. Idem, p. 68.

Esse modelo tornou possível ao procurador do rei generalizar a fórmula do flagrante e, assim, reconstruir o passado, reavivando-o no presente. O inquérito funcionará como substituto do flagrante ao permitir a reunião de pessoas que, sob juramento, garantiam o que havia ocorrido.

As mudanças políticas tanto tornaram possível quanto fizeram necessária a introdução do inquérito nas práticas judiciárias. O inquérito deriva, de certa forma, do exercício do poder, do qual não se podem excluir a sua origem religiosa e a sua conotação religiosa. O antigo sistema judicial das provas considerava a existência de um dano, a sua autoria e uma prova que deveria ser suportada pelas partes. Não se considerava a existência de erro ou culpabilidade. O novo modelo inserido no âmbito jurídico trará a ideia de infração, de falta moral que atinge também o soberano.[13]

O novo modelo judiciário tornou possível a intervenção do soberano nos conflitos, tomando para si a lesão e excluindo a pessoa lesada da relação. A posição da vítima – a sua negação ou supressão – é o fator principal que caracteriza o modelo punitivo de decisão. A existência da infração é um sinal que permite o exercício de poder.

A consolidação do Estado moderno como forma de organização política tornará o poder punitivo o modo de exercício da coação do Estado em forma de pena.[14] O método do inquérito viabilizará esse modelo, que permanece basicamente o mesmo pelo menos desde os últimos dois séculos. A consolidação da prisão como instituição máxima de controle, vigilância e adestramento tornará a privação de liberdade a forma universal de castigo.

Embora fosse um símbolo do Antigo Regime, a prisão acabou por se impor como forma de castigo praticamente universal, apesar de não figurar entre as propostas dos pensadores reformistas que forneceram as bases para a construção do penalismo moderno. A confrontação física entre o soberano e o condenado,[15] que consistia na técnica punitiva do suplício, foi substituída pelo treinamento mecânico e pela disciplina do corpo, pelo panoptismo das prisões.

As razões dessa mudança encontram-se nas relações de poder desenvolvidas no âmago da sociedade industrial nascente e podem ser percebidas pelos seus extremos. Se o ápice do modelo punitivo do Antigo Regime pode ser ilustrado pelo retalhamento infinito do corpo do regicida – que corresponderia à maior das sanções

13. Idem, p. 73-74. A identificação entre pecado e delito, para Foucault, é algo presente no direito clássico, do qual o direito moderno não se encontra totalmente livre.

14. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1, p. 39.

15. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 63.

aplicada sobre o corpo do maior dos criminosos –, o ápice do modelo de penalidade de hoje seria a disciplina infinita.[16] O trabalho obrigatório, o respeito aos horários e a estrutura vertical, hierárquica e militarizada, tornam a disciplina da prisão um elemento de ortopedia social e política que age no corpo do condenado, de forma a torná-lo eficiente ao trabalho fabril.

A prisão é uma instituição que se insere num contexto mais amplo de outros lugares de adestramento para o sistema de produção, os quais realizam um sequestro de corporalidade. As fábricas, os hospitais, as escolas exercem basicamente três funções. A primeira delas consiste na extração da totalidade do tempo das pessoas. A segunda, em transformar o tempo controlado em trabalho – para isso, passa a ser exercido o controle sobre o corpo. Por último, há a criação de um novo tipo de poder exercido nessas instituições, um poder de controle e vigilância que funcionará em vários níveis e que serve para integrar totalmente o ser humano na produção. Assim, dentro da sociedade disciplinar que integra o capitalismo industrial, a prisão torna-se a maior de todas as instituições de sequestro. Tais instituições têm em comum a finalidade de converter o tempo de vida em tempo de trabalho, por sua vez convertido em força produtiva.[17]

A instituição prisional moderna é uma fusão entre a técnica francesa do internamento,[18] que consistia em uma prática para-judiciária na qual se solicitava ao rei uma *lettre-de-cachet*, e do procedimento de controle do tipo inglês. Há combinação entre as formas de controle moral e social nascidas na Inglaterra e a instituição francesa, que consistia na reclusão em um local específico. Era possível, por esta última, determinar a prisão de alguém por tempo indeterminado, com a finalidade de reeducação. Seguia-se a ideia de que manter alguém segregado pode reeducá-lo. Já a primeira tem suas origens entre os grupos preponderantemente religiosos, que exerciam dupla função: de assistência e vigilância. Buscavam manter a ordem pelo controle permanente dos indivíduos.

A prisão, portanto, exerce uma posição de destaque positiva dentro da sociedade industrial, pois funciona como tática política fundamental, orientada por um saber científico,[19] com objetivos bem evidentes de disciplina exercida sobre o corpo.

A prisão tem também uma função simbólica[20] de duplo aspecto. Por um lado, ao conter os mesmos elementos de outras instituições de sequestro de corporalidade, esconde sua face cruel, do ponto de vista humano. De outro, a sua própria existência serve para negar o caráter degradante das instituições disciplinares análogas.

16. Idem, p. 187.
17. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*... cit., p. 122.
18. Idem, p. 95.
19. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*... cit., p. 33-61.
20. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*... cit., p. 123-124.

O discurso transmitido pela prisão, portanto, ao mesmo tempo em que almeja inocentá-la por ser apenas uma dentre várias instituições, também serve para negar a característica prisional das instituições análogas, com as mesmas características panópticas.

A consolidação da privação de liberdade como castigo passou a adequar-se plenamente à estratégia de exercício de poder verticalizante, realizada após o confisco do conflito e a negação da vítima. Esse processo culmina na modulação dos sistemas penais modernos.

3. SISTEMA PENAL

O poder punitivo nas sociedades contemporâneas é exercido por um conjunto de agências que compõem o sistema penal.[21] É por meio dele que o Estado seleciona um pequeno número de pessoas e as submete à coação mediante a aplicação de uma pena. Esse processo é denominado criminalização.

A criminalização é estabelecida de duas formas e é levada a cabo por meio de agências. A criminalização primária é o ato e efeito de sancionar uma lei penal que permite a punição de certas pessoas. Constitui um programa daquilo que deve ser apenado. A criminalização secundária corresponde à ação punitiva exercida concretamente sobre essas pessoas.

O termo "agência", por sua vez, é utilizado para designar aqueles que atuam. Serve, ainda, para evitar outros termos que possam vir a ter conotação pejorativa (corporações, instituições, burocracias).[22] O sistema penal é o conjunto de agências que operam a criminalização, processo que permite o exercício do poder punitivo do Estado, ou convergem na sua produção.[23] A palavra "sistema" adquire significado mais elementar: serve para designar um conjunto de entes, suas relações recíprocas e externas.

Embora o sistema penal constitua-se num sistema aberto porque se relaciona com o exterior, não há, nesse conceito, uma similitude com o biológico, porque as agências do sistema penal não atuam de forma coordenada, mas estanque e de acordo com o seu próprio poder. Cada qual possui interesses setoriais próprios e controle de qualidade interno.

A análise de cada sistema penal deve levar em consideração a existência dos diversos tipos de agências, que podem ser agrupadas em sete modalidades. As agências políticas geralmente correspondem a parlamentos, ministérios, poderes

21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*... cit., p. 43-66.

22. Idem, p. 43.

23. Idem, p. 60.

executivos ou até mesmo partidos políticos. Existem também as agências judiciais, que correspondem a juízes, ministérios públicos, defensorias públicas, advogados e instituições profissionais. As agências policiais agrupam a polícia de segurança, a polícia judiciária, alfandegária e fiscal, as agências de inteligência do Estado ou particular, enfim, toda agência pública ou privada que tenha função de vigilância. As agências penitenciárias envolvem o pessoal das prisões e de execução penal ou, ainda, de vigilância daqueles que cumprem punição em liberdade.

É possível, ainda, reconhecer as agências de comunicação social, como a imprensa escrita ou a televisão, as agências de reprodução ideológica, tais como universidades, academias, institutos de pesquisa, e, finalmente, as agências internacionais, principalmente os órgãos específicos da ONU, da OEA e de cooperação com os países centrais do capitalismo.

As agências do sistema penal, em vez de constituírem um todo harmônico, concorrem entre si e também têm, internamente, relações de concorrência entre seus membros. Além do discurso clientelista, o resultado dessa busca de espaço e de poder geralmente é a divulgação de propostas cada vez mais repressivas, difundidas e reiteradas pelos meios de comunicação. Nesse aspecto, particularmente em relação às agências judiciais, quanto mais dependentes das agências políticas, menor será o potencial crítico e maiores serão as pressões.

Diante da impossibilidade de realização do programa estabelecido pelas agências de criminalização primária, não resta alternativa às agências de criminalização secundária senão a atuação seletiva. A seletividade, portanto, é característica fundamental do sistema penal.

A existência da cifra negra,[24] ou seja, a diferença entre a imensa gama de conflitos criminalizados que realmente acontecem e aqueles poucos que chegam ao conhecimento das agências, confirma a sua limitada capacidade operacional.

A seletividade do sistema penal se dá em relação tanto aos criminalizados quanto aos vitimizados. É dirigida a pessoas que se encontram numa situação de vulnerabilidade ao poder punitivo. Existe, ainda, o fenômeno da policialização, o processo de seleção e treinamento dos operados das agências policiais.[25]

A construção da imagem pública do delinquente, com toda a sua carga de preconceito social, étnico, etário, de gênero e estético, é a forma primordial pela qual as agências de criminalização secundária selecionam as pessoas que serão submetidas à pena. Os vulneráveis são exatamente os que se enquadram no estereótipo, aqueles cuja falta de acesso às formas de comunicação permite-lhes

24. Cf. THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* O crime e o criminoso, entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 1-20.

25. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*... cit., p. 56.

apenas realizar ações ilícitas de maneira tosca. São etiquetados e passam a agir de acordo com as expectativas sociais provenientes da rotulação, numa profecia que se autorrealiza.

Em contrapartida, as agências de criminalização secundária são cronicamente ineficientes perante os delitos do poder econômico e os conflitos graves não convencionais que envolvem meios letais massivos. Dessa forma, determinados segmentos da sociedade detêm alto grau de invulnerabilidade ao poder punitivo.

De modo oposto, a criminalidade grosseira, cometida por pessoas que se encontram em posição social desvantajosa, é mostrada como a única criminalidade existente, não sendo observados os delitos cometidos com menos rudeza ou até mesmo com certo refinamento. Isso leva ao falso raciocínio de que a pobreza e a educação insuficiente são as causas da criminalidade, quando, na realidade, são causas da criminalização, tendo em vista a ação do poder punitivo sobre as camadas mais pobres e a impunidade constante de outros segmentos.

É possível estabelecer os critérios de seleção criminalizante adotados pelas agências do sistema penal para levar a cabo o exercício do poder punitivo. O primeiro deles é a criminalização de acordo com o estereótipo, mediante a eleição de pessoas vulneráveis, por serem apenas capazes de cometer crimes de maneira tosca e que acabam desempenhando o papel induzidas pelos valores negativos associados à etiquetagem.

São atingidos com menos frequência aqueles que não se enquadram no estereótipo, mas tornam-se vulneráveis em virtude da brutalidade explícita de sua conduta, constituindo, assim, a criminalização por comportamento trágico.

Eventualmente podem ser selecionadas aquelas pessoas cuja posição social as tornava invulneráveis, mas que foram dela despojadas em uma disputa pelo poder hegemônico. Constituem os criminalizados por falta de cobertura.

A seletividade do sistema penal não se dá somente com a escolha das pessoas que serão submetidas à sanção, como já destacado, mas também no plano das vítimas e dos próprios agentes que compõem as agências executivas.

A maioria das vítimas de delitos é composta de pessoas submetidas a uma baixa condição social, pois não podem arcar diretamente com os custos da segurança e vivem de maneira exposta. Por serem frequentemente vítimas, também são mais suscetíveis aos discursos demagógicos que sustentam a expansão do sistema penal. Dessa forma, as classes sociais que mais sofrem com a ação do poder punitivo (pois os pobres são os mais criminalizados) tragicamente acabam solicitando uma atuação ainda maior deste, em virtude de serem também mais vitimizadas.

Igualmente, as pessoas que trabalham nas agências policiais do sistema penal também são selecionadas entre as camadas pobres da população e submetidas a um rígido sistema hierárquico. Sofrem restrição em seus direitos humanos, porque são impedidas de exercer seus direitos trabalhistas e não podem manifestar livremente

seu pensamento. Além disso, são obrigadas ao enfrentamento direto com a violência gerada pelos conflitos do sistema penal.

Submetidos a um estereótipo impregnado de racismo e preconceito, os integrantes das agências policiais são percebidos pela sociedade de maneira dúbia: são vistos como violentos e corruptos, ao mesmo tempo em que a imagem construída pelos meios de comunicação cria uma expectativa de comportamento sobre-humano. Assim, o fenômeno da policialização é um processo tão violador dos direitos humanos como o são a criminalização e a vitimização.[26]

Portanto, a dinâmica social trazida pelo sistema penal é a do autoaniquilamento. Criminosos, vítimas e operadores das agências policiais são selecionados entre as camadas pobres da sociedade e inseridos num jogo de destruição mútua, sob o falso pretexto da solução de conflitos, o que nunca é possível, pois, nesse modelo punitivo, a vítima sempre é excluída e substituída pelo Estado.

A real percepção do sistema penal e a evidência efetiva do modo como o poder punitivo é exercido tornam inviável qualquer concepção positiva da pena, atribuída tradicionalmente pelo saber penal. A pena deve ser encarada como um momento de poder, sem nenhuma finalidade de retribuição ou prevenção.

Outra conclusão inevitável é a compreensão da capacidade disciplinadora e configuradora do poder punitivo. A verdadeira força do sistema penal não provém dos poucos casos nos quais se aplica uma punição, mas da expectativa de comportamento transmitida à sociedade. Daí a sua imensa capacidade de disciplina, controle e vigilância.

O crime, portanto, é um sinal que permite a intervenção do poder punitivo, operado na Modernidade por meio de um sistema penal cujas origens remontam à Idade Média e cujo método de conhecimento primordial é o inquérito. A pena é um ato de poder.

Essa perspectiva percebe o sistema penal como instrumento de exercício de poder violador dos direitos humanos. O sofrimento e a morte por ele produzidos devem ser evitados como a guerra.[27] Tal como esta, é incapaz de ser abolido, porém, pode-se reconhecer a deslegitimidade de sua violência e procurar estabelecer limitações.

4. DIREITOS HUMANOS: UM RETROSPECTO GENEALÓGICO

A construção científica do direito penal, em determinados momentos de incorporação e assimilação do projeto contido no discurso dos direitos humanos,

26. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas – Deslegitimación y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 142-143.

27. Idem, p. 206.

produz contribuições fundamentais para a consolidação de limites e garantias mais ou menos bem definidas dentro de um modelo de Estado de Direito. O inverso acontece, porque, à medida que se distancia dos valores essenciais e dos pressupostos básicos dos direitos humanos, o direito penal tende a liberar o poder punitivo de forma ilimitada.

O exercício do poder sempre encontrou resistência. Os direitos humanos e seu processo de afirmação histórica constituem um modo de oposição ao poder punitivo. Representam, ainda, a descoberta de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças, merecem igual respeito. É a narrativa do reconhecimento universal de uma igualdade radical pela qual ninguém e nenhum grupo podem afirmar-se superiores aos demais.[28]

É usual situar a origem dos direitos humanos na Modernidade ao se vislumbrar seu nascimento institucional nos primeiros documentos impostos ao Antigo Regime e sua construção teórica no pensamento que combatia o absolutismo. É comum, ainda, eleger o pensamento cristão como marco de início fundamental.

Apesar de igualmente válidas, tais posições não guardam sintonia com os pressupostos metodológicos escolhidos para se analisar o saber penal em sua relação com os direitos humanos. Se o inquérito como estratégia de saber e poder tem suas origens ocidentais no pensamento grego, ocorre o mesmo com o discurso produzido contra o exercício de poder, pois, "qualquer que seja o estágio cultural ou o período histórico da experiência humana, a busca pela liberdade sempre esteve presente".[29] Nesse sentido, é possível compreender que, "a despeito das diferentes épocas e idades da humanidade, os direitos humanos nasceram de um primeiro fundamento inerente à própria condição humana".[30] Novamente a tragédia grega pode ser utilizada como exemplo.

Em *Antígona*, de Sófocles, a personagem principal invoca um direito natural para enterrar seu irmão Polinices, morto em batalha. Contrapõe-se ao poder do governante Creonte, expresso no decreto que condena à morte quem enterrar o guerreiro considerado traidor da cidade.[31] Antígona está legitimada em uma regra cósmica que dá aos parentes o direito de sepultar seus mortos e a estes o de receber as últimas homenagens.

A imposição da lei custa caro a Creonte, que não reconhece o direito de Antígona. Ele perde seu filho e sua esposa. A transgressão da lei natural presente na

28. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-48.

29. GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. *Estudos de filosofia e história do direito*. Rio Claro: Obra Prima, 2005. p. 132.

30. Ibidem.

31. SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Millôr Fernandes. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 22.

ordem cósmica traz consequências drásticas. Assim, a obra coloca em discussão um direito natural, que antecede e se impõe ao direito posto, construído nas relações de poder.

Há, portanto, um debate em torno dos limites do exercício do poder. A lei humana não pode ser fruto do mero arbítrio do governante. Distanciar-se da lei natural e contrariar a organização do Universo e as regras da justiça e da boa razão trazem graves efeitos para os habitantes da *polis*.[32]

Não se pode esquecer que a cosmovisão grega compreendia muito mais o ser humano em relação ao grupo social.[33] O reverso de Creonte ocorre em virtude da sua ruptura com uma ordem natural. Entretanto, entre os filósofos gregos, tem início uma discussão que resultará no desenvolvimento de uma fundamentação da ética e na elaboração histórica do conceito de pessoa humana. Essas noções fornecem o ponto de partida para se construir qualquer saber contraposto ao poder. A obra literária em questão mostra exatamente a progressiva tendência personalista da ética entre os gregos.[34]

Uma das tarefas do filósofo, no antigo pensamento grego, era revelar a unidade essencial dos seres, escondida na aparente multiplicidade dos fenômenos.[35] Platão chamava essa unidade essencial de ideia ou forma. Esse modo abstrato de expressar coisas que variam concretamente em sua individualidade fora criado por Sócrates. O desenvolvimento do pensamento platônico inscreve a justiça e a vida correta em um modelo suprassensível.

Aristóteles rejeita a existência de arquétipos supranaturais como modelo para as coisas terrenas. Para esse filósofo, é possível reconhecer a unidade dos seres com base no que lhes é intrinsecamente comum. Diferentes indivíduos humanos podem ser identificados como pertencentes a um mesmo gênero partindo de sua essência;[36] além disso, o comportamento humano estaria orientado sempre para um bem. O maior deles consiste no bem supremo, que equivale à felicidade e é objeto da política. Portanto, sob essa concepção, a orientação ética da vida é realizada com base na excelência própria do ser humano, que busca ser feliz na vida em sociedade.

Os estoicos voltam-se para uma fundamentação impessoal da ética.[37] Propugnavam pela unidade moral e pela dignidade do ser humano e consideravam que

32. GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. *A filosofia do direito na Idade Antiga*... cit., p. 23.

33. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética* – direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Cia. das Letras, 2006. p. 59.

34. Idem, p. 442.

35. Idem, p. 440.

36. Idem, p. 441.

37. Idem, p. 442.

toda vida ética estava fundada na ordem universal da natureza. Seu cosmopolitismo trazia a gênese da ideia de igualdade entre as pessoas.[38] Partilhavam com os epicuristas o conceito de que a sociedade tem origem em um contrato social,[39] noção que, posteriormente, será a base das concepções sociais dos pensadores modernos.

A filosofia estoica procurou também diferenciar a unidade substancial do ser humano – que chamavam de *hypóstasis* – da aparência corporal ou da atividade exercida na sociedade, denominada de *prósopon*.[40] A essência do ser humano, portanto, seria distinta de sua aparência e não se confundiria com ela. Essa diferenciação foi crucial nos primeiros tempos do cristianismo, quando o concílio de Niceia estabeleceu que a *hypóstasis* de Jesus Cristo era de dupla natureza, divina e humana, e que não se confundia com a sua aparência.

Assim, o pensamento filosófico da Antiguidade cristã traz contribuições inovadoras. As ideias de Paulo antecipam a teoria dos direitos humanos,[41] pois nelas está imbuída, em certa medida, a noção de igualdade, enquanto a Patrística estabelece uma filosofia moral que aborda o livre-arbítrio, tema extremamente importante para o direito penal.

Boécio utiliza as noções estoicas de *hypóstasis* e *prósopon* para elaborar um inovador conceito de pessoa, que seria a substância individual da natureza racional. A pessoa não é mais a sua exterioridade, mas a própria substância do homem, a forma que molda a matéria e que dá ao ser sua permanência e invariabilidade.[42] Esse conceito foi posteriormente utilizado pelo pensamento escolástico, que passou a ser denominado *quiditas*.

A concepção medieval de pessoa serviu de base para a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, independentemente de suas diferenças particulares, sociais, biológicas ou culturais. Esse princípio forma o núcleo do que veio a ser chamado nos tempos modernos de "direitos humanos".[43]

Além disso, essa perspectiva histórica permite observar que entre o despontar da ideia de igualdade essencial de todos os seres humanos e a declaração da primeira organização internacional de que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todos têm o direito de serem reconhecidos como pessoa perante a lei foram necessários 25 séculos.[44]

---

38. GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. *A filosofia do direito na Idade Antiga*... cit., p. 109.
39. Idem, p. 110.
40. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*... cit., p. 455.
41. GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. *A filosofia do direito na Idade Antiga*... cit., p. 140.
42. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*... cit., p. 457.
43. Ibidem.
44. Idem, p. 455.

Enfim, são vários os exemplos que mostram que a discussão em torno dos direitos humanos tem origens longínquas. A sua versão moderna tão somente assume suas configurações peculiares ao se impor perante o poder punitivo exercido pelo absolutismo, porém não representa o ponto inicial do debate. Desde que a humanidade abandonou a explicação mitológica da existência, discutem-se os princípios que dão fundamento à ideia de que os seres humanos são iguais entre si, sendo-lhes inerentes a liberdade e a razão.

É possível considerar que o gradual desenvolvimento da teoria do direito natural, desde os pensadores pré-socráticos, passando por Aristóteles até os estoicos, representa os fundamentos iniciais da teoria dos direitos humanos, pois partia de uma concepção cosmopolita do ser humano, cujos atributos da liberdade e da igualdade corresponderiam a caracteres comuns a todos.[45]

Uma guinada fundamental ocorreu no período que antecede a Modernidade. A querela das universais, um debate no seio da Igreja Católica desencadeado pelo frade franciscano Guilherme de Ockham, trará a ideia de que cada ente existe em si na sua individualidade. Os entes coletivos são criação humana, que não possuem existência independente. Essa corrente filosófica, chamada de nominalismo, representou uma ruptura com a cosmovisão da Antiguidade, pois considerava a realidade composta de substâncias individuais.[46]

Formam-se as bases do individualismo moderno. O pensamento jusfilosófico, apesar de reconhecer o direito natural, fazia-o dentro de uma noção da humanidade inserida em uma realidade cósmica ou teológica. O debate gerado pela querela das universais tornou possível a formulação do conceito moderno de individualidade e a moderna teoria do direito subjetivo.

Assim, se o pensamento grego compreendia o ser humano em relação à natureza, o pensamento cristão o contextualizava junto a Deus. O humanismo, movimento com origem no renascimento, tratará de colocar o homem como centro de tudo.

A filosofia de Descartes representa uma síntese do antropocentrismo,[47] pois colocará o ser humano como foco principal da reflexão filosófica. O dualismo entre alma e corpo, a primazia do pensamento, a diferença essencial entre humanidade e o reino animal são exemplos de superação do naturalismo cosmológico e do teologismo. O movimento humanista tornou possível a compreensão de um ser humano

45. Gonzalez, Everaldo Tadeu Quilici. *A filosofia do direito na Idade Antiga*... cit., p. 162.

46. Villey, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 123.

47. Não se pode esquecer de que Protágoras já havia declarado ser o homem a medida de todas as coisas. Entretanto, quando Platão e Aristóteles respondiam aos sofistas, sempre concebiam o homem em relação à natureza. Cf. Goyard-Fabre, Simone. Los derechos del hombre... cit., p. 27.

que reflete sobre si mesmo e aos poucos toma consciência de sua potencialidade normativa, assim como assume sua capacidade de saber e poder.

O jusnaturalismo representa o segundo parâmetro para a formação moderna do pensamento dos direitos humanos. Na obra *De iure belli ac pacis*, de 1625, Hugo Grotius debate os múltiplos significados do termo *ius*, associando um de seus sentidos a uma qualidade moral da pessoa que lhe permite ter ou fazer algo. A razão humana seria o meio capaz de reconhecer e discernir esses direitos absolutamente imutáveis.[48] Pufendorf elaborou seu sistema de pensamento jurídico baseado no mesmo paradigma racionalista.

O humanismo desenvolvido no renascimento, que reconhece o individualismo, possui reflexos até mesmo no pensamento de Hobbes. O maior defensor do absolutismo, ironicamente, adota o conceito de indivíduo como o elemento indivisível do mundo humano, no contexto de seu pensamento mecanicista.

Já o liberalismo de John Locke, apesar do uso frequente de suas expressões pelos redatores das primeiras declarações, não trata do ser humano como detentor de uma série de direitos a serem reivindicados. A liberdade apresenta-se como condição, meio e fim da existência autenticamente humana, porém esse atributo não significa que todos são igualmente capazes de ser livres nem que isso seja conveniente. A noção de indivíduo em Locke, circunscrita ao jusnaturalismo, é essencialmente normativa. Cada pessoa inserida na comunidade tem o dever de fazer-se humano, isto é, de ser livre.

Apesar de seu pensamento ser aristocrático, tanto do ponto de vista ético quanto do ponto de vista político – somente os melhores homens são os mais racionais, portanto mais livres –, o pensador inglês reconhece como inerentes ao ser humano o direito de resistência, o direito à igualdade e, evidentemente, à propriedade.

Christian Wolff talvez possa de fato ser apontado como o pensador que fixa definitivamente a ligação entre o jusnaturalismo e a condição humana. O estabelecimento de tal elo foi base para os primeiros instrumentos de positivação e essencial para a consolidação moderna dos direitos humanos. A razão permite reconhecer certas necessidades elementares presentes em toda pessoa. O direito positivo deve ser a expressão de direitos naturais perfeitos, absolutos, imprescritíveis e inalienáveis, tais como a conservação da vida, a liberdade e a igualdade perante a lei. O exercício pleno do direito natural corresponde à própria realização da existência autenticamente humana.

Por fim, o Iluminismo constitui o derradeiro parâmetro a fornecer bases para a construção dos direitos humanos, ao menos em sua configuração moderna inicial. Trata-se do período de elaboração de uma variedade de ideias que têm em comum um projeto de emancipação da humanidade.

48. GOYARD-FABRE, Simone. Los derechos del hombre... cit., p. 29-32.

Os elementos filosóficos do antropocentrismo, do individualismo, do jusnaturalismo e do Iluminismo também forneceram as bases para a elaboração de um direito penal de garantias, que buscará consolidação exatamente no momento em que a burguesia utilizar o discurso dos direitos humanos para fazer frente ao Antigo Regime.

Não se pode olvidar que as multas e os confiscos de bens eram uma forma de apropriação de riqueza por parte da nobreza e que isso passou a ser feito a partir da Alta Idade Média, confiscando-se os conflitos entre particulares e exercendo-se o poder punitivo. Portanto, em certo momento, foi necessário proteger não só a liberdade, mas também a propriedade.

A consonância entre o direito penal e os direitos humanos estabelecer-se-á no curso do processo de colisão de uma classe social com grande acúmulo de capital, porém despojada de poder político, que teve a necessidade de inserir limites racionais ao poder punitivo.

O saber penal construído em cima das garantias conquistadas ao longo das revoluções burguesas não chegou a se aprofundar na solução de uma contradição elementar: como conciliar o sofrimento imposto por uma pena, um sofrimento aviltante, com um discurso que tem na dignidade e na liberdade um dos fundamentos?

O problema permaneceu sem solução até que as restrições não fossem mais necessárias. Os direitos humanos forneceram elementos jurídicos de proteção contra o absolutismo, mas a luta elementar da burguesia não foi contra o poder punitivo em si. Direcionava-se muito mais para obter uma liberdade de mercado.[49]

O feudalismo esfacelou-se em três momentos decisivos: na Reforma Protestante, na Revolução Gloriosa de 1689 e na Revolução Francesa de 1789. Uma vez desferido o golpe de misericórdia, o foco passou a ser a garantia jurídica da propriedade. Além do exemplo tradicional do Código Napoleônico francês, a Inglaterra tem um exemplo bastante peculiar e incisivo. Thompson analisa o contexto histórico no qual surgiu a Lei Negra, em 1723, na mesma Inglaterra onde floresceram a *Magna Charta Libertatum* e o *Petition of Right*. Essa lei extremamente repressiva previa a pena de morte em mais de 50 delitos.

Após traçar um panorama do conflito estabelecido entre as pessoas que viviam em torno das florestas reais, ali exercendo sua atividade econômica, e os órgãos político-administrativos da coroa inglesa, o autor chega à conclusão de que a Lei Negra não é simplesmente fruto de uma situação emergencial que trazia riscos para a manutenção do *status quo*. Tratava-se, na realidade, de um conflito de classes.

"O que constituía uma 'emergência' era a reiterada humilhação pública das autoridades; os ataques simultâneos à propriedade real e privada; a ideia de um mo-

49. HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 11. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 164.

vimento confederado que vinha ampliando suas exigências sociais, principalmente sob o 'Rei John'; sintomas de algo próximo a uma guerra classista, com a fidalguia legalista nas áreas afetadas, sofrendo ataques, num lastimável isolamento nas suas tentativas de impor a ordem. Se o Rei não conseguia defender suas próprias florestas e parques, e se o Comandante-Chefe interino das forças armadas não conseguia impedir que seu parque sofresse investidas por causa dos cervos, o estado das coisas era deplorável. Por um ou dois anos, os Negros tiveram o apoio das comunidades florestais, de forma muito semelhante aos Luditas, que posteriormente teriam o apoio das comunidades têxteis. Foi esse apoio que dificultou a prisão de William Shorter, levou ao receio de tentativas de resgate, quando se fazia o transporte dos prisioneiros sob maciça vigilância de e para Londres, e fez com que Townshend estacionasse tropas em Maidenhead, para salvaguardar a paz na região 'que, nesse momento, estava infectada com um tipo de gente turbulenta e sem lei geralmente conhecida pelo nome de 'Negros". Era esse deslocamento de autoridade, e não o antigo delito de roubo de cervos, que constituía uma emergência aos olhos do Governo".[50]

A Lei Negra e todo seu arsenal repressivo não eram necessários ao governo para contornar a situação, que poderia ser resolvida de maneira menos drástica. Entretanto, o momento histórico de consolidação da propriedade privada na Inglaterra impunha à coroa superar um conflito de classes, assim, "tanto por sua severidade como pelo caráter frouxo e indiscriminado do seu esboço, a Lei não tinha precedentes. Fornecia um versátil arsenal de morte adequado para a repressão de muitas formas de distúrbio social".[51]

A criação e a aplicação da Lei Negra na Inglaterra representam um exemplo perfeito para demonstrar a forma como a burguesia, progressivamente, configurou o poder punitivo para consolidar e proteger aquilo que lhe é mais caro: o direito à propriedade. Escondido na condição de exceção está um projeto político de sepultamento de antigas formas coletivas de uso da propriedade rural.

A ascensão da burguesia ao poder político resultou na configuração de um sistema penal condizente a suas necessidades. Trata-se de um momento em que a ciência do direito penal abandona os elementos garantidores dos direitos humanos e viabiliza a legitimação do exercício ilimitado do poder de punir.

O movimento constante, de distanciamento ou de aproximação, entre direitos humanos e direito penal, está presente nas formulações discursivas atuais, que têm em comum os critérios metodológicos consolidados no período do pós-guerra.

50. THOMPSON, Edward Palmer. *Senhores e caçadores*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 247.

51. Ibidem.

5. DIREITOS HUMANOS: UMA FUNDAMENTAÇÃO ATUAL

Existe uma importante crítica que se contrapõe à construção teórica e prática dos direitos humanos. Michel Villey argumenta sobre a imprecisão dos direitos assegurados, sua indeterminação e sua inconsistência.[52] Não se define nas declarações, por exemplo, o que é liberdade, nem se descreve a forma como seria possível estender, indiscriminadamente, a todos o direito à saúde. Há somente uma previsão jurídica declaratória. Esse ponto de vista torna o discurso uma promessa indefinida, que não pode ser cumprida.

Há também as dificuldades de conciliação entre certos direitos, sem falar nas contradições internas, como as noções restritas de liberdade, mais preocupadas com seu aspecto contratual, ou o conceito de direito à propriedade, que não atinge a todos. Esses elementos contribuíram, de algum modo, para a exploração dos trabalhadores, que se viam despojados dos meios de produção e ao mesmo tempo "livres" para vender no mercado o único bem que lhes restava: a força de trabalho.

Villey, em seu texto incisivo, descreve os direitos humanos como um medicamento admirável "capaz de curar tudo, até mesmo as doenças que ele mesmo produziu! Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma arma contra a anarquia, para a instauração do absolutismo; por Locke, um remédio para o absolutismo, para a instauração do liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos".[53] Conclui, com certa razão, que essa "ferramenta de mil usos" foi historicamente utilizada, em alguns momentos, em proveito das classes trabalhadoras, em outros, em benefício das classes burguesas. Em determinadas circunstâncias, constitui a arma dos malfeitores contra os juízes arbitrários, em outras, na proteção da vítima contra esses mesmos malfeitores; entretanto, "cumpre escolher ou bem de uns, ou bem dos outros. Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens",[54] de modo que o seu sucesso retórico advém da capacidade política de ocultar o seu reverso.

Além da sua aplicação historicamente parcial e da manipulação política, existe um efeito prejudicial dos direitos humanos no âmbito do pensamento jusfilosófico. A filosofia individualista teria sido responsável, no âmbito do direito, pela eliminação do debate em torno do conceito de justiça, cuja noção buscava mensurar as justas relações e proporcionar uma justa repartição.[55]

52. VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*... cit., p. 5-6.

53. Idem, p. 162.

54. Ibidem.

55. Idem, p. 163.

O ceticismo de Michel Villey é importante para mostrar o modo como o poder manipula o próprio discurso que lhe é contraposto, bem como as contradições do processo histórico de construção dos direitos humanos, pois eles não estão isentos dos perigos da era moderna e podem resultar em um positivismo do pensamento reivindicatório individualista que esquece as raízes éticas da moderna liberdade individual, podendo ser usados estrategicamente num sentido apenas instrumental da racionalidade.[56]

Assim, é necessário desistir de qualquer extrapolação ideológica progressista dos direitos humanos, pois isso criaria expectativas exageradas e, principalmente, alimentaria um desvirtuamento das reivindicações por direitos humanos, transformando-as em uma espécie de missão civilizatória modernista.[57]

É verdade que o direito moderno isolou-se e abandonou o debate sobre a justiça, remetendo-o a outro campo do saber, com o qual não se comunica. Por vezes, considerou essa questão previamente resolvida, como se a existência de uma declaração formal resultasse diretamente na transformação de uma situação ideal de igualdade em uma realidade concreta.

A seleção arbitrária de dados e o direcionamento dos argumentos são utilizados para atingir objetivos estratégicos que não são efetivamente emancipatórios. Não se trata apenas do uso político dos direitos humanos, mas da capacidade que o próprio capitalismo tem de assimilar as ressalvas que lhe são impostas e a partir daí criar uma versão distorcida do discurso crítico.

O poder planetário que se expande da Europa desde o mercantilismo utiliza uma versão etnocêntrica e limitada do discurso para impor os valores que lhe são convenientes. Esse pragmatismo político nunca foi tão evidente como no processo globalizador. O pensamento único difunde visões reduzidas de democracia e liberdade por meio de conceitos estreitados, que as resumem ao processo eleitoral e à livre escolha para o consumo. Dessa maneira, algo que deveria se propagar como um discurso libertário acaba se perdendo entre o oportunismo político e a falta de compromisso sério.

Entretanto, os desafios e obstáculos que os direitos humanos enfrentam não devem ser compreendidos como sintomas de sua falência institucional, nem como evidência de um discurso vazio. Existe um processo de afirmação histórica cujas raízes contemporâneas estão diretamente ligadas ao projeto de Modernidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 resultou na formalização de duas convenções importantes em 1966. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Científicos, So-

56. BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 46.

57. Idem, p. 47.

ciais e Culturais, com todas as controvérsias que persistiram ao momento de sua elaboração, foram ratificados por, aproximadamente, dois terços dos países que integram a Organização das Nações Unidas.[58] Esses foram o ponto inicial de um processo contemporâneo de institucionalização dos direitos humanos que persiste, não obstante as armadilhas e estratégias do poder. Há uma tendência atual de reconhecimento, no plano internacional, que transcende a soberania dos Estados e o envolvimento de uma pluralidade de atores, como as organizações não governamentais e grupos religiosos.

Portanto, os direitos humanos estão presentes, e a sua compreensão e fundamentação assumem importância prática perante o processo de implementação e de sua concretização. Diante das dificuldades encontradas, devem-se procurar elementos para a construção de um discurso normativo capaz de enfrentar os desafios provenientes das ambivalências da Modernidade.

Isso se faz necessário porque o poder explora exatamente algumas fissuras e dificuldades do pensamento para afastar os limites impostos pelos direitos humanos. Essa estratégia de descrédito passa por uma relativização (os valores não são absolutos, mas dependem das circunstâncias), um niilismo (os valores devem ser negados, porque são um obstáculo) e uma visão estreita do ser humano, que o reduz a um subsistema (os valores são relativos e sua aceitação depende do critério da eficiência para o sistema social). A conjugação desses argumentos resulta em uma perspectiva corporativa e hierarquizada da sociedade.

Além dessa postura, em certa medida, antimoderna, existem as críticas sinceras que procuram aprimorar o debate. Algumas delas passam pelo reconhecimento dos problemas da Modernidade. A burocratização e a mecanização da sociedade, oriundas do processo de racionalização ocorrido no interior do capitalismo, foram anunciadas como o desencantamento do mundo por Max Weber. Aquilo que para Weber seria um dos possíveis caminhos da Modernidade, aparece como triste realidade na Dialética do Esclarecimento de Horkheimer e Adorno.[59]

A razão iluminista contém um duplo aspecto: ela é não só instrumento de dominação tecnológica, mas também, ao mesmo tempo, órgão de orientação universal e autorreflexão do ser humano, que serve para intermediar a responsabilidade das pessoas. Entretanto, os excessos e perigos da razão instrumental devem ser contidos e enfrentados com mais esclarecimento e racionalismo, proporcionados pela reflexão autocrítica, que serve não somente para fornecer limites, mas também para reivindicar uma responsabilidade racional e equilibrada.[60]

58. Idem, p. 11.
59. Idem, p. 42.
60. Idem, p. 43.

Outro problema da Modernidade surge no âmbito do individualismo. A conscientização ética do posicionamento moral de cada indivíduo,[61] que deseja ser reconhecido e protegido, independentemente de sua condição social, resulta diretamente na reivindicação por igualdade social. Essa noção de igualdade tem suas raízes no cristianismo, mas também surge da ideia de que a dignidade da pessoa humana se estende de modo equitativo a todos.

O individualismo pode ser desvirtuado na forma de um egoísmo exacerbado, que atomiza a sociedade e faz desaparecer os laços solidários de uma organização comunitária da vida. Outro desvirtuamento do individualismo ocorre pela massificação. Entretanto, esses problemas não podem ser enfrentados por meio de uma organização corporativa e orgânica da sociedade, uma vez que isso acarreta a verticalização e militarização da sociedade, a qual passa a funcionar basicamente sob mecanismos de coerção da esfera individual.

As respostas para essas dificuldades podem ser encontradas no próprio projeto iluminista da Modernidade, cuja formulação permite confrontar a realidade de poder sem considerar os direitos humanos um discurso vazio, nem assimilá-los exclusivamente sob o prisma da manipulação política, da qual, na realidade, eles são vítimas.

A era moderna é caracterizada pelo pluralismo e pela cosmovisão.[62] A afirmação do pluralismo tem origens na superação da forma de tolerância religiosa que havia no período medieval. Essa forma pré-moderna de tolerância permitia alguma variedade de convicções teológicas, desde que não houvesse questionamento do papel central da Igreja Católica e do cristianismo.

A ruptura com os dogmas católicos ocorrida com a reforma mergulhou a Europa em guerras que perduraram, sobretudo, nos séculos XVI e XVII. A consolidação do Estado absolutista marca a tentativa de superação dessa quase permanente guerra civil, com o estabelecimento de uma ordem política e jurídica centralizadora que fosse capaz de apaziguar o pluralismo beligerante. E o Estado, como imanência de um poder soberano, se coloca acima dos conflitos religiosos e pacifica-os.

Esse é o modelo de Estado hobbesiano, que impunha uma espécie de cessar-fogo, com base em um contrato social que fosse capaz de neutralizar uma situação de guerra perpétua. O tempo mostrou que nem sempre o soberano se colocava como elemento neutro e equidistante. Muitas vezes, o monarca assumia o posicionamento de um grupo religioso, o que resultava numa paz imposta pela força ao grupo dissidente ou por sua expulsão e massacre.

A solução normativa para o problema das disputas religiosas e políticas – materializadas muitas vezes em guerras sangrentas que exauriram a população europeia

61. Ibidem.

62. Idem, p. 47.

– somente ocorreu quando se deixou de buscar a neutralização do pluralismo, nos moldes da proposta política de Hobbes, para se estabelecer o seu reconhecimento. Isso foi possível quando se abandonou a antiga noção de tolerância, que no Estado absolutista, de certo modo, soava como uma fragilidade da soberania, ou seja, como a fraqueza de uma autoridade, a qual, tradicionalmente ligada a uma estrutura corporativa da sociedade e a um centralismo religioso, se vê compelida a aceitar o dissenso.

Com a compreensão da tolerância como expressão da responsabilidade autônoma do ser humano, que, com direitos equiparados, busca ser respeitado em suas convicções,[63] foi possível superar o pluralismo, que deixou de ser uma ameaça ao consenso político. Este, por sua vez, passou a ser encarado como um meio de garantir liberdade e dignidades iguais. A autonomia do ser humano passou a ser reconhecida pela lei e pela política, sob o signo de um novo consenso normativo.

Portanto, o individualismo não deve ser analisado apenas em seu aspecto negativo. Sua normativização realmente pode ter contribuído para a separação entre direito e justiça, dentre outros desvirtuamentos, porém, forneceu meios de superar conflitos históricos, a partir do reconhecimento do ser humano sob um ponto de vista ético.

Além disso, a análise dos diversos momentos em que a Modernidade perdeu seu rumo não deve se ater apenas aos defeitos do projeto iluminista, que é por demais heterogêneo e contém em si mesmo várias contradições. Há necessidade de se considerar também a realidade operativa do poder, que racionaliza o discurso, selecionando os elementos convenientes para sua estratégia.

Assim, uma fundamentação contemporânea dos direitos humanos capaz de se desviar das armadilhas impostas é possível com o resgate do aspecto crítico da razão, sem o qual realmente há a possibilidade de o discurso se tornar uma racionalização demagógica e manipulável. Heiner Bielefeldt propõe uma leitura atual do pensamento kantiano enfatizando exatamente a capacidade crítica da racionalidade.

O autor contemporâneo acredita que, na filosofia de Kant, o Iluminismo é radical, pois ele se torna autocrítico. A razão volta-se para si mesma para definir as bases e os limites das reivindicações por validade tanto no campo teórico quanto no prático.[64] Em relação ao campo prático, a busca por liberdade responsável orienta a construção de uma ética que permite afastar-se do cientificismo e do tecnocracismo modernos.

A necessidade da filosofia kantiana de validar a liberdade moral abre espaço para uma metafísica, cuja impossibilidade de fundamentação científica não lhe tira a importância. Na realidade, procura, por meio disso, fugir tanto do cientificismo

63. Idem, p. 50.

64. Idem, p. 62.

ético quanto de uma fundamentação mística irracional, pois os dois refletem faces distintas da mesma moeda. As crenças metafísicas possuem valor, entretanto, devem passar pelo crivo de um discurso racional.

A construção filosófica que torna possível fundamentar a dignidade da pessoa humana e a liberdade, bases para qualquer formulação a respeito dos direitos humanos, provém do atributo da razão. Todo ser humano na qualidade de ser racional existe como um fim em si mesmo. Sua diferença quando comparado aos seres irracionais é que estes podem consistir em meios. Possuem um valor relativo e são considerados como coisas. Os seres racionais são denominados pessoas[65] e podem guiar-se, de modo autônomo, por suas próprias leis.

A racionalidade leva o ser humano a uma condição absoluta, que não pode ser mediatizada.[66] Essa característica do ser humano e de toda natureza racional – de existir como fim em si – permite a formulação de um imperativo categórico, de uma lei moral que orienta a conduta: "age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal".[67] Esse imperativo permite deduzir um princípio prático supremo: "age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".[68]

Kant adverte que a tarefa de formular um imperativo categórico no campo da ética não é fácil, pois "o uso especulativo da razão, com respeito à natureza, conduz à absoluta necessidade de alguma causa suprema do Universo; o uso prático da razão, com respeito à liberdade, conduz também a uma necessidade absoluta, mas só das leis das ações de um ser racional como tal".[69]

Essa busca pela chamada incondicionalidade necessária não tem fim e encontra-se no limite da própria razão. Entretanto, a impossibilidade de compreender a necessidade absoluta do imperativo categórico não acarreta a sua relativização ou a sua redução a uma norma fundamental pressuposta. Como observa Bielefeldt,[70] ele se articula como estrutura tipológica que orienta a atividade reflexiva humana e, assim, por meio de um pensamento simbólico.

Kant realiza uma dupla emancipação da ética. Supera as concepções puramente racionalistas, pois, diante das propostas que defendem a presença de estruturas

---

65. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 59.
66. Ibidem.
67. Idem, p. 51.
68. Idem, p. 59.
69. Idem, p. 95.
70. BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*... cit., p. 73.

normativas ontológicas prefixadas, sustenta que a razão detém a capacidade de ser uma autolegislação moral. Diante das concepções empiristas, impõe o respeito à normatividade como forma de impulsionar a autonomia moral e, assim, rejeita qualquer moral utilitarista ou teleológica.[71]

Portanto, a razão no pensamento kantiano consegue ser prática prescindindo do motivo empírico e, ao mesmo tempo, é capaz de guiar a vontade não apenas no seu aspecto externo, mas também internamente. Isso provém de uma maneira de compreender a razão, distante do racionalismo escolástico e do próprio racionalismo iluminista. Afasta-se também do empirismo voltado exclusivamente para o aspecto prático, que não se preocupa com a validez discursiva.[72]

A construção do imperativo categórico não tem por objetivo somente universalizar as regras morais, mas significa principalmente que o conteúdo dos valores e normas tem dignidade moral apenas se forem constituídos com base na vontade moral, pois, segundo Kant, "nem neste mundo nem fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação, a não ser uma só coisa: uma boa vontade".[73] Dessa forma, há uma fusão entre a tradicional separação entre a lei e a consciência.

A vontade moral passa a ser não apenas a executora de normas materiais prescritas, mas também órgão interno legislativo, submetido às exigências de uma incondicionalidade teoricamente incompreensível.[74] Essa atividade legisladora dos seres racionais compreendidos reciprocamente como fins é efetivada pela ideia de dignidade, que "não obedece outra lei senão aquela que simultaneamente dá a si mesmo".[75]

Como a autonomia em Kant está diretamente vinculada ao atributo humano da razão, ela impõe a dignidade humana como valor intrínseco unitário e como condição para a construção de todos os valores materiais. Ela não pode ser objeto de negociação ou de hierarquização gradual, sob pena de se perder a própria racionalidade.

A dignidade humana, ao não ser negociável nem mediatizada, passa a ser a mesma para todos os seres humanos, de maneira igual. Outra consequência da autonomia moral é a liberdade, de modo que o direito moderno se constrói essencialmente como direito à liberdade, o único direito colocado como princípio apriorístico.

Direito e moral em Kant separam-se porque o primeiro tem por objetivo direcionar externamente uma ação e a segunda atrela-se internamente à vonta-

71. Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*... cit., p. 39.

72. Bielefeldt, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*... cit., p. 75.

73. Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*... cit., p. 21.

74. Bielefeldt, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*... cit., p. 82.

75. Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*... cit., p. 65.

de.[76] A tentativa de interferência de um na esfera do outro é igualmente desastrosa para ambos. Entretanto, existe um ponto de convergência, porque:

"mesmo que a liberdade protegida pelo direito somente se refira à liberdade externa de ação (livre-arbítrio), a dignidade humana como sujeito autônomo moral encontra reconhecimento político-jurídico. Na garantia de direitos gerais à liberdade, as pessoas também podem institucionalizar, indiretamente, no nível político-jurídico, o respeito que elas se devem mutuamente como sujeitos autônomos".[77]

Assim, o pensamento de Kant fornece as bases para a construção moderna de um pensamento capaz de resistir ao poder punitivo a partir da construção ética da dignidade humana e da liberdade, cuja fundamentação está na racionalidade inerente ao ser humano.

Esse aspecto da filosofia crítica de Kant estabelece uma lição importante aos juristas. O pensamento, ao se aproximar do poder punitivo, se vê obrigado a lidar com sua irracionalidade. Aceitá-la significa distanciar-se das noções de dignidade humana e de liberdade, e, portanto, afastar-se da própria racionalidade que as fundamenta.

A ética kantiana, como explica Bielefeldt, permite formular atualmente a construção dos direitos humanos e fornece as bases para superar algumas questões e problemas inerentes.

O posicionamento adotado por Perez Luño constitui também uma síntese adequada do pensamento contemporâneo, uma vez que busca conciliar as fundamentações de Habermas e da Escola de Budapeste.[78] A primeira corrente de pensamento fornece as bases metodológicas para a construção de um consenso dos direitos humanos por meio da razão prática. A segunda fornece a base material dos valores, considerando sua perspectiva antropológica.

Assim, o autor espanhol atualiza as noções básicas desenvolvidas com base no pensamento moderno, cujos fundamentos estão postos pela filosofia de Kant e delas as fundamentações contemporâneas constituem-se um desdobramento. O ponto em comum entre todas – e aquele que mais se destaca – é a busca por uma construção ética dos direitos humanos cujo objetivo final é a emancipação do ser humano.

O fundamento dos direitos humanos reside no desdobramento multilateral e consciente das necessidades humanas, provenientes da experiência concreta da vida. Tais necessidades, entendidas como dados sociais vinculados à experiência histórica da humanidade, são dotadas de objetividade e universalidade. Isso torna

76. BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*... cit., p. 88.

77. Idem, p. 90.

78. LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constituición*... cit., p. 181.

possível a sua generalização, por meio do discurso racional e do consenso, e sua concretização em postulados axiológicos materiais. Sua formação se dá com base na racionalidade comunicativa, compreendida como componente da racionalidade intersubjetiva.[79]

A intersubjetividade fornece as bases para a legitimação do direito pela ótica dos direitos humanos, que devem ser reciprocamente atribuídos aos cidadãos, para que possam se regular legitimamente pelo direito positivo.[80] Portanto, os direitos humanos constituem a base do Estado de Direito, no qual opera uma soberania popular, e são formados pelo exercício da razão comunicativa. Resultam do processo comunicativo entre seres humanos livres e iguais.

A fundamentação intersubjetiva é feita por meio de uma ética procedimental. Ela permite a construção dos valores com base em um consenso racional extraído de uma situação comunicativa ideal. A validade do consenso é obtida se o discurso atender às exigências dessa situação ideal, que, por sua vez, antecipa uma forma ideal de vida emancipada.

A aplicação dessa ética discursiva resulta em algumas consequências no campo político. Ela permite reconhecer o papel decisivo das teorias jusnaturalistas para a fundamentação dos direitos humanos positivados pelas revoluções burguesas e aponta para a necessidade de superação dessas teorias individualistas em dois aspectos: em primeiro lugar, devem-se conceber os direitos humanos como categorias vinculadas a interesses sociais e ideais históricos, que exigem sua interpretação por meio de relações sociais concretas; em seguida, há necessidade de superar o modelo de Estado liberal e compreender o conteúdo social e político dos direitos humanos.[81]

A incorporação e o aprimoramento dos direitos humanos sob o paradigma de um Estado social de direito indicam que a esfera jurídica deve aceitar as informações e contribuições provenientes das ciências sociais.

Aliado ao procedimento ético para a formulação e verificação dos valores, Perez Luño insere a noção de necessidade humana – uma construção da Escola de Budapeste – como substrato antropológico de sua fundamentação. Existem três tipos de necessidades: as naturais, que fornecem os meios materiais para a autoconservação humana; as necessárias, que não estão relacionadas à sobrevivência, embora possuam um elemento cultural que varia conforme a identidade social; e as radicais, que

79. LUÑO, Antonio-Enrique Perez (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 46.

80. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I, p. 158.

81. LUÑO, Antonio-Enrique Perez (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio...* cit., p. 165.

são opções conscientes que só podem ser satisfeitas em uma sociedade plenamente livre de qualquer alienação.[82]

6. DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA

Dentre as necessidades humanas, a liberdade e a dignidade são elementares. Portanto, diante de um sistema penal essencialmente violador dos direitos humanos e ineficaz na solução de conflitos, o papel do direito penal como discurso científico é constituir barreiras capazes de conter ou reduzir o poder punitivo.

Antes de se abordar mais detalhadamente a relação entre direitos humanos e direito penal, é necessário delimitar o ramo do saber que será analisado. Esse procedimento envolve essencialmente uma intencionalidade.[83] O objetivo de cada saber é o elemento que permite acessar o conhecimento de alguns entes, sempre condicionado pela perspectiva da intenção, ou seja, o motivo que determina a investigação de um objeto determina ou delimita o conhecimento que será construído. Essa delimitação é chamada horizonte de compreensão.

No caso do direito penal, a utilização desse termo como definição de uma ciência não pode se confundir com uma parte do objeto, a lei penal. A definição imprecisa resulta na confusão entre um saber ou discurso produzido pelos juristas e a legislação penal, que constitui um ato do poder político. Não se deve confundir direito penal com poder punitivo.

O direito penal é o ramo do saber jurídico que, por meio da interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que possa conter ou reduzir o poder punitivo, com o intuito de impulsionar o progresso do Estado constitucional de direito.[84]

O reconhecimento das necessidades humanas por meio da racionalidade comunicativa torna possíveis a construção dos direitos humanos e o processo de formação do Estado de Direito como espaço de convivência normatizada. A separação de poderes pressupõe a intervenção de um poder jurídico contraposto ao poder punitivo, ao qual lhe é inerente o Estado de polícia.

As decisões judiciais permitem a continuidade ou interrompem o processo de criminalização secundária iniciado pelas agências executivas do sistema penal. A previsão de sua existência advém da separação de poderes inerente ao sistema republicano.

O direito penal orienta essas decisões segundo critérios científicos racionais. Quanto mais próximo do poder punitivo, menores serão o seu contato com os

82. Ibidem.

83. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal* – Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 3.

84. Idem, p. 5.

dados da realidade e o seu próprio grau de racionalidade. O direito penal também é um discurso[85] elaborado pelos juristas e por suas agências de reprodução ideológica, como institutos e universidades. Como tal, fornece as bases racionais para o exercício do poder das agências judiciais.

A aproximação dos valores dos direitos humanos provenientes da racionalidade comunicativa impõe ao discurso jurídico-penal a sua formulação racional, de modo a viabilizar decisões judiciais que estendam ao máximo o seu poder decisório, os princípios e as garantias fundamentais que tutelam efetivamente a dignidade da pessoa humana.[86]

A construção científica e dogmática do direito penal compatível com o discurso dos direitos humanos realiza-se com base em certos princípios limitadores, que podem ser subdivididos em classes.[87]

A primeira agrupa manifestações específicas do princípio geral da legalidade. Abrange o princípio da legalidade formal, cujas origens estão ligadas à própria origem do constitucionalismo, sintetizado nas fórmulas latinas *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*. Significa que somente os órgãos constitucionalmente permitidos podem habilitar o poder punitivo.

Outra limitação decorrente da legalidade é o princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa. Tem por objetivo impor ao processo de criminalização primária rigores técnicos em que a não obediência acarreta a inconstitucionalidade da lei ou a sua máxima taxatividade interpretativa. Permite evitar que conceitos vagos ou imprecisos possibilitem o exercício arbitrário do poder punitivo pelas agências executivas, bem como proíbe o uso da analogia para prejudicar o réu.

Derivado do princípio da legalidade e do Estado de Direto, o princípio da irretroatividade da lei penal impossibilita o exercício do poder punitivo baseado em lei penal retroativa. Outras consequências da legalidade são: o respeito histórico ao âmbito legalmente proibido, que não permite punição fora do contexto histórico de formação de uma lei; a aplicação das leis anômalas descriminantes (anistia, graça ou indulto) e mais benignas; a necessidade de adequação do âmbito de proibição nos casos de mudança em entendimento jurisprudencial.

A segunda classe envolve os princípios limitadores que têm por objetivo evitar incompatibilidade grosseira entre a pretensão punitiva e os direitos humanos. Abrange-se aqui o princípio da lesividade, pelo qual não será possível a intervenção punitiva se não existir ao menos um conflito jurídico capaz de atingir um bem ju-

85. Sobre a ciência como um discurso que circula na sociedade, cf. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 36.

86. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*... cit., p. 242.

87. Para um estudo aprofundado sobre os princípios limitadores, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 111-142.

rídico. O conceito de bem jurídico é alvo de ampla discussão e o seu esvaziamento produz diretamente a ampliação de atuação do poder punitivo.

Outros princípios que impedem a incompatibilidade grosseira com os direitos humanos são: o princípio da proporcionalidade mínima, que exige proporção entre a lesão ao bem jurídico tutelado e a punição prevista ou aplicada; o princípio da transcendência mínima ou da intranscendência, que estabelece a responsabilidade individual; o princípio da humanidade, proveniente da racionalidade da forma republicana, que não permite penas cruéis e prevê criminalização grave para a tortura; o princípio da proibição da dupla punição; o princípio da boa-fé e *pro homine*, pelo qual se busca interpretar os textos constitucionais e internacionais que consagram direitos com base na boa-fé e de acordo com a cláusula *pro homine*, nos casos de dúvida.

Por fim, se as outras classes são oriundas do princípio republicano, a terceira classe de limitações deriva do princípio do Estado de Direito. Torna possível às agências judiciárias barrar o avanço da criminalização primária e o concomitante aumento do poder seletivo das agências executivas, recorrendo a determinados critérios materiais, consubstanciados em enunciados.

O princípio da proscrição da grosseira inidoneidade do poder punitivo corresponde à maneira como se contrapõe o Estado de Direito diante de uma criminalização desordenada de condutas, sob o argumento de ser uma solução plausível para graves conflitos sociais. O poder punitivo não se articula como uma forma de solução de conflitos, mas de decisão, pois seu formato original exclui a vítima da relação. Assim, há necessidade de a atividade judicial defender o Estado de Direito, sobretudo diante da tática das agências políticas contemporâneas, que encontram na elaboração da lei penal um momento de projeção, além da constante tendência de criminalizar condutas pelo risco que elas oferecem.

O princípio da proscrição da grosseira inidoneidade da criminalização indica que não se deve criminalizar um conflito se há outro modelo de solução disponível. Assim, não se criminaliza a inadimplência, pois existe ação de cobrança ou de execução.

O último enunciado corresponde ao princípio da limitação máxima da resposta contingente. Trata-se da impossibilidade da vigência de leis penais editadas sem amplo debate, no calor das emoções, ao clamor das agências publicitárias do sistema penal, como ocorreu com a Lei de Crimes Hediondos no Brasil.

Esses três enunciados tornam possível a contenção do poder punitivo nos casos práticos mediante o controle judicial da constitucionalidade das leis que estabelecem a criminalização primária. Situam-se conjuntamente: ao princípio da superioridade ética do Estado, que busca impor limites éticos ao Estado de Direito, evitando a sua colonização pelo Estado de polícia; ao princípio do saneamento genealógico, que impede a prevalência de tipos penais fora de seu contexto histórico

e de poder em sucessivas elaborações legislativas; ao princípio da culpabilidade, pelo qual não é possível a imputação de uma conduta a uma pessoa sem que exista um vínculo subjetivo com o dano ou o perigo de dano ao bem jurídico.

Os princípios descritos não formam um conjunto definitivo, mas um modelo provisório que pode ser expandido à medida que se desenvolvem e se admitem novos direitos humanos.

Portanto, o processo evolutivo dos direitos humanos permite construir uma ciência do direito penal que busca limites racionais, fundamentos filosóficos e funções sociais do sistema penal e do poder punitivo.

A aproximação definitiva do direito penal com os direitos humanos é possível com base em uma abordagem deslegitimante, pela qual se admite a existência de uma realidade operativa do poder punitivo, que hierarquiza a sociedade e mina os laços comunitários de convivência.

Essa realidade de poder é irracional, porque não resolve o conflito. Ao contrário: transforma tanto o autor como a vítima em objetos, o que contraria uma fundamentação ética e racional do ser humano.

O direito penal comprometido com os direitos humanos fornece às agências judiciais do sistema penal meios para diminuir a violência, a seletividade e os mecanismos de condicionamento e deterioração do exercício do poder punitivo. Assim, fica respondida a questão há pouco colocada.

A ciência do direito penal em consonância com os direitos humanos é capaz de fornecer meios para uma estratégia de limitação do poder punitivo, no marco do Estado Democrático Social de Direito.

Referências bibliográficas

Bielefeldt, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

Carpentieri, José Rafael. *História crítica do direito penal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2012

Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Ética* – direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Franco, Alberto Silva. O compromisso do juiz criminal no Estado Democrático. Justiça e democracia. *Revista da Associação Juízes para a Democracia*, vol. 3, 1997.

Foucault, Michel. *A ordem do discurso*. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: NAU Ed., 2001.

_____. *Vigiar e punir – História da violência nas prisões*. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

Gonzalez, Everaldo Tadeu Quilici. *A filosofia do Direito na Idade Antiga*. Rio Claro: Obra Prima, 2005.

_____. *Estudos de filosofia e história do direito*. Rio Claro: Obra Prima, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. Los derechos del hombre: Origens y prospectiva. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Edición de José Maria Sauca. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 11. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constituición*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____ (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Millôr Fernandes. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso, entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

THOMPSON, Edward Palmer. *Senhores e caçadores*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

_____. *En busca de las penas perdidas – Deslegitimación y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal – Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____; _____; _____; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- De Beccaria a Jakobs: panorama do sistema criminal em face da dignidade da pessoa humana, de Débora Faria Garcia – *RT* 887/453 (DTR\2009\881);
- Direitos humanos – repercussões penais, de Luiz Luisi – *RBCCrim* 21/75, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/683 (DTR\1998\9); e
- Direito Penal e Direitos Humanos: uma história de paradigmas e paradoxos, de Marcelo Semer – *RBCCrim* 69/95, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/713 (DTR\2007\919).

66112

Terroristas y debido proceso: el derecho a un debido proceso para los presuntos terroristas detenidos en la bahía de Guantánamo*

Terrorists and fair trial. The right to a fair trial for the perpetrators of terrorism detained at the Guantánamo Bay

Kai Ambos

Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y Juez del Tribunal Provincial (Landgericht).

Annika Maleen Poschadel

Asistente de investigación en la Universidad de Freiburg i.Br.

Área do Direito: Constitucional; Penal; Processual; Internacional

Resumen: En este trabajo se indaga si el derecho al debido proceso puede ser restringido en relación con presuntos terroristas en el marco de la "guerra contra el terror". Después de identificar brevemente las fuentes relevantes de este derecho y su contenido, se analizan las posibles restricciones. Se analiza, en particular, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) -como la Convención de Ginebra (CG) III y IV- y el Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) -como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)-. Se aborda además el derecho constitucional de los EE.UU. Concluimos que el derecho al debido proceso se aplica plenamente a presuntos terroristas, independientemente del contexto de su detención (conflicto armado o

Abstract: This paper inquires whether the right to a fair trial can be restricted with regard to alleged terrorists within the framework of the 'war on terror'. After briefly identifying the relevant sources of this right and its content, possible restrictions are analysed. The paper elaborates, in particular, on international humanitarian law, such as the Third and Fourth Geneva Convention, and international human rights law, such as the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man. Later, it also addresses US constitutional law. We conclude that the right to a fair trial fully applies to alleged terrorists regardless of the context of their detention (armed conflict or times of peace) or the qualification of these terrorists (de facto or unlawful combatants)

---

* (Orig.: "Terrorismus und faires Verfahren. Zum Recht auf ein faires Verfahren für mutmaßliche Terroristen in Guantánamo Bay"). Traducido por John E. Zuluaga T., abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); revisión por Kai Ambos. Una versión inglesa de éste articulo fue publicada en *Utrecht Law Review* 2013, p. 109-126 (www.utrechtlawreview.org).

tiempo de paz) o la calificación de estos terroristas (de facto o combatientes ilegales), por lo que equivale a un principio general del derecho penal transnacional.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Humanitario - Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Debido proceso - "Guerra contra el terror" - Combatientes ilegales - *Habeas corpus*.

and thus equals to the general principle of transnational criminal law.

KEYWORDS: International humanitarian law - International human rights law - Fair trial - "War on terror" - Unlawful combatants - *Habeas corpus*.

SUMÁRIO: Introducción – A. Fuentes relevantes y contenido del derecho a un debido proceso – B. Las restricciones a las garantías judiciales durante los juicios contra presuntos terroristas: I. Las comisiones militares (Military Commissions); II. Estricciones al debido proceso – C. Enfoques para la justificación de las restricciones al debido proceso: I. ¿Es la "guerra contra el terror" un conflicto armado (internacional)?; II. Derecho aplicable: Derecho Internacional Humanitario: 1. ¿Estatus de prisioneros de guerra para presuntos terroristas (CG III) o protección como civiles (CG IV)?; 2. ¿Negación de derechos por medio de una tercera categoría: combatientes enemigos ilegales?; III. Protección en el derecho internacional de los derechos humanos: 1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2. Nivel regional: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; IV. Constitución de los EE.UU. – D. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Algunos presuntos terroristas están detenidos por parte de los EE.UU. en la bahía de Guantánamo, en la base aérea de Bagram en Afganistán y en otros sitios desconocidos.[1] Hasta el momento se llegó a juicios en contra de 30 personas,[2] siendo impuesta la primera sentencia en el año 2008.[3] ¿Estas personas gozan del derecho a un debido proceso? o ¿puede este derecho ser restringido en el marco de la "guerra contra el terror?. Luego de una resumida presentación del fundamento jurídico y del contenido de dicho derecho, analizaremos algunas posibles restricciones. Se hará una especial consideración del DIH y de

1. F. de Londras, *Detention in the "War on Terror"*, 2011, p. 45. Desde su apertura en enero de 2002, 779 hombres han estado detenidos en Guantánamo; a partir de enero de 2013, 166 de ellos aún están presos (American Civil Liberties Union, "Guantánamo by the Numbers", [www.aclu.org/national-security/guantanamo-numbers] (última visita 14.10.2013). Acerca de las condiciones de detención en Guantánamo véase D. Gartenstein-Ross, "The Future of Preventive Detention Under International Law", en P. Muller et al. (eds.), *The law of the Future and the Future of law: volume II*, 2012, p. 257, 259 ss.
2. Office of Military Commissions, 'Military Commissions Cases', [www.mc.mil/CASES/Military Commissionp.aspx] (última visita 14.10.2013).
3. M. Englerth, "Quo Vadis Guantanamo? Reflections on the U.P. Supreme Court's Boumediene Decision", en *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice* 16 (2008), n. 4, p. 397, 407.

las normas de derechos humanos, así como de la misma Constitución de los EE.UU. Concluimos que el derecho al debido proceso es aplicable también para presuntos terroristas sin limitación, independiente del contexto de su detención (en conflicto armado o en tiempos de paz) o de su clasificación jurídica como combatiente de facto o ilegal.

A. Fuentes relevantes y contenido del derecho a un debido proceso

El derecho a un debido proceso, que es aplicable a la detención y el posterior procesamiento de presuntos terroristas, se desprende de diferentes fuentes. En primer lugar, en el plano internacional, se garantiza en las Convenciones de Ginebra (CG)[4] y en tratados de derechos humanos.[5] En segundo lugar, se concede el derecho a un debido proceso normalmente en las constituciones nacionales, como la Constitución de los EE.UU. (en particular, la Enmienda V y XIV).[6] El derecho a un debido proceso representa un término genérico para una serie de derechos procesales concretados de manera diferenciada,[7] en particular:

–El derecho a la igualdad de armas ante un tribunal, que debe ser competente, independiente e imparcial y establecido por la ley;[8]

–El derecho a un juicio público y una declaración pública de la sentencia;[9]

4. Cfr. Especialmente Art. 3 Común, Arts. 84-108 de la CG III y Arts. 64-78 de la CG IV.
5. Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Declaración Americna de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) o las – no aplicables por competencia territorial – Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), Carta Árabe de Derechos Humanos (CArDH) y la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos del Pueblo (CADHDP).
6. Sobre la normatividad alemana véase Rzepka, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, 2000, p. 115 ss.
7. Cfr. Comité de Derecho Humanos (CDH), Observación General n. 32 (23.08.2007), doc. CCPR/C/GC/32. Hay una gran cantidad de literatura sobre el significado del principio del debido proceso, véase, por ejemplo, R. Smith, *Textbook on International Human Rights*, 2012, p. 265-282; W. Kälin/J. Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, 2009, p. 440-465; L. Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, 2011, p. 251-372; J.H. Israel/W.R. LaFave, *Criminal procedure: constitutional limitations in a nutshell*, 2006, p. 457-513; Rzepka (*supra* nota 6), p. 34 ss.; muy detallado E. Hoven, *Rechtsstaatliche Anforderungen an völkerstrafrechtliche Verfahren*, 2012, p. 184-504; así como Kai Ambos, *Internationales Strafrecht* 3. ed., 2011, § 12 nm. 19 ss.
8. Cfr. Art. 14 (1) del PIDCP, art. 8 (1) del CEDH, art. 6 (1) CEDH, art. XXVI DADDH, Sexta Enmienda Constitución de los EE.UU., el art. 84 (2) CG III, art. 3 Común (1) (d) GC; Art. 47 II Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE).
9. Cfr. Art. 14 I PIDCP, el art. 8 (5) CEDH, (1) Art. 6 (1) CEDH; Art. 47 (2) CDFUE.

–El derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre la culpabilidad de acuerdo con la ley[10] y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*);[11]

–El derecho a ser informado de la acusación y a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa, incluido el derecho a tener acceso a las actuaciones y los documentos pertinentes de apoyo a los cargos, así como el derecho a elegir a un abogado (si es necesario, de forma gratuita y por cuenta del Estado) y a comunicarse con él confidencialmente;[12]

–El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas en un plazo razonable;[13]

–El derecho a ser asistido por un traductor o un intérprete, si es necesario;[14]

–El derecho a tener una revisión de la sentencia condenatoria por parte de una instancia superior[15] y exigir una indemnización en caso de errores de la justicia;[16]

– El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (*ne bis in idem*) y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley (*nulla poena sine lege praevia*).[17]

Muy relacionado con el derecho al debido proceso es el derecho a la protección contra detenciones arbitrarias y a impugnar la legalidad de la detención, así como el derecho a ser llevado sin demora ante un juez.[18]

---

10. Cfr. Art. 14 (2) del PIDCP, art. 8 (2) CADH, art. 7 (1) (b) CArDH, art. 16 CArDH, art. 6 (2) del CEDH, art. XXVI DADDH; Art. 48 I CDFUE.
11. Cfr. 14 (3) (g) del PIDCP, art. 8 (2) (g) CADH, art. 16 (6) CarDH, Quinta Enmienda a la Constitución de los EE.UU., art. 99 (2) CG III.
12. Cfr. Art. 14 (3) (a), (b), (d), (e) PIDCP, art. 7 (4) y 8 (2) (c) – (e) CAIS, art. 16 (1), (3), (4) y art. 13 (2) CArDH, art. 6 (3) (a) – (c) CEDH, 17 (1) (c) CArDH, Sexto enmienda a la Constitución de los EE.UU., art. 99 (3), 105 CG III, art. 71, 72 CG IV, art. 47 (3) CDFUE). Véase también en el marco de la UE la Directiva 2012/13/EU (DO 2012 L 142, 1) y la propuesta de Directiva sobre el derecho a un abogado en los procesos penales y el derecho a la comunicación en el momento de detención (Ratsdok. 10190/13 ANNEX).
13. Cfr. Art. 14 (3) (c) del PIDCP, art. 8 (1) del CEDH, art. 7 (1) (c) CADHDP, art. 6 (1) CEDH, Sexta Enmienda a la Constitución de los EE.UU., art. 47 (2) CDFUE.
14. Cfr. Art. 14 (3) (f) del PIDCP, art. 8 (1) (a) CADH, art. 16 (4) CArDH, art. 6 (3) (e) del CEDH, art. 105 (1) GC III. Véase en el marco de la UE también Directiva 2010/64/EU (DOC. 2010 L 280, 1).
15. Cfr. Art. 14 (5) del PIDCP, art. 8 (2) (h) CADH, art. 16 (7) CArDH, art. 7 Prot. 7 CEDH, art. 106 CG III, art. 73 CG IV.
16. Cfr. Art. 14 (6) del PIDCP, art. 10 CADH, art. 19 (2) CArDH, art. 3 Prot 7 CEDH.
17. Cfr. Art. 14 (7) del PIDCP, art. 8 (4) CADH, art. 19 (1) AChHR, art. 4 Prot. 7 CEDH, art. XXVI DADDH, Quinto Enmienda a la Constitución de los EE.UU., art. 67 CG IV; Art. 49 I, 50 CDFUE.
18. Cfr. Art. 9 PIDCP, art. 7 CADH, art. 14 CArDH, art. 6 CADHDP, art. 5 CEDH.

B. Las restricciones a las garantías judiciales durante los juicios contra presuntos terroristas

I. Las comisiones militares (Military Commissions)

En contraste con otras personas detenidas durante un conflicto armado, los detenidos en Guantánamo no son juzgados ante tribunales militares americanos siguiendo el procedimiento del Código Unico de Justicia Militar (*Uniform Code of Military Justice* – UCMJ-), sino que tienen que enfrentarse a comisiones militares.[19] La historia de estas comisiones se remonta a una orden militar del presidente Roosevelt emitida durante la Segunda Guerra Mundial.[20] Su base legal actual es la Ley de Comisiones Militares (LCM) de 2009, la que sustituyo la LCM de 2006, que había sido modificada varias veces debido a una serie de decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU.[21] Estas comisiones militares constan de un juez militar y al menos cinco oficiales militares.[22]

II. Estricciones al debido proceso

Aunque históricamente la principal diferencia entre tribunales militares y comisiones militares consistía en la jurisdicción exclusiva de este último sobre los extranjeros enemigos (*enemy aliens*),[23] los procesos ante comisiones militares

19. Para un panorama cfr. H.W. Elliott, "Military Commissions: An Overview", en D.K. Linnan (ed.), *Enemy Combatants, Terrorism, and Armed Conflict law*, 2008, p. 121, 126 sp.

20. F.D. Roosevelt, "Order Establishing a Military Commission to Try Eight Captured German Saboteurs", en G. Peters/J.T. Woolley, *The American Presidency Project*, [www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=16280] (última visita 14.10.2013); cfr. K. Kögler, *Rechtlos in Guantanamo?*, 2007, p. 16. Sobre la historia de las comisiones militares véase J.P. Lutz, *Die behandlung von 'illegalen Kämpfern' im US-Amerikanischen Recht und Völkerrecht*, 2011, p. 226-234.

21. *Rasul v Bush*, 542 US 466 (2004), *Hamdi v rumsfeld*, 542 US 507 (2004), *Hamdan v rumsfeld*, 548 US 557 (2006). Sobre la influencia de estas decisiones sobre la ley y acerca de su cronología véase L.A. Malone, "The Legal Dilemma of Guantánamo Detainees from Bush to Obama", en *Criminal Law Forum* 23 (2012), n. 4, p. 347-362.

22. Cfr. *Militar Commissions Act* (MCA – Ley de Comisiones Militares-) 2009, §948j(a) y §948m(a) I.

23. *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 53. En la jurisdicción de los antiguos *tribunales militares / comisiones militares* véase F.D. Roosevelt, "Proclamation 2561 – Denying Certain Enemies Access to the Courts", en G. Peters/J.T. Woolley, *The American Presidency Project*, [www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16281] (última visita 14.10.2013): "all persons who are subjects, citizens, or residents of any Nation at war with the United States or who give obedience to or act under the direction of any such Nation and who during time of war enter or attempt to enter the United States or any territory or possession thereof, (...), and are charged with committing or attempting or preparing to commit sabotage, espionage,

conllevan actualmente serias restrictiones jurídicas.[24] Como ejemplos se advierte que los detenidos en Guantánamo tienen sólo un derecho limitado a la *asistencia jurídica*,[25] la detención de la mayoría de los presos nunca ha sido sometida a una *revisión* sustantiva,[26] la comisión puede cambiar las reglas relativas a la *admisión de las pruebas* que se aplican ante los tribunales militares[27] y los testigos de oídas son admitidos sin objeción.[28] Existe una presunción a favor de la autenticidad y exactitud de los medios probatorios del Gobierno.[29] El descubrimiento probatorio (*disclosure*) – totalmente consitutivo del proceso penal americano[30] – puede ser

---

hostile or warlike acts, or violations of the law or war, shall be subject to the law of war and to the jurisdiction of military tribunals; and that such persons shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding, directly or indirectly, or to have any such remedy or proceeding sought on their behalf, in the courts of the United States, or of its States, territories, and possessions." ["todas las personas que sean sujetos, ciudadanos o residentes de cualquier país en guerra con los Estados Unidos o que obedezcan o actuén bajo la dirección de cualquier nación, y quienes en tiempo de guerra entren o intenten entrar a los Estados Unidos o en cualquier territorio o posesión del mismo, (...), y estén acusados de cometer o intentar cometer o preparar sabotaje, espionaje, actos hostiles o bélicos, o violaciones de la ley o de la guerra, estarán sujetos a la ley de la guerra y a la jurisdicción de los tribunales militares; y que esas personas no tendrán el privilegio de acudir a los recursos o sostener cualquier procedimiento, directa o indirectamente, o tener algún recurso o procedimiento en su propio beneficio, en las Cortes de los Estados Unidos, ni de sus Estados, territorios y posesiones". Traducción de John E. Zuluaga T.].

24. Para un análisis criminológico del tratamiento de los detenidos en Guantánamo véase H.E. Müller, "Staatsführungen als Tâtergemeinschaften am Beispiel der Gefangenenmisshandlungen und Folter in Guantanamo und Abu Ghraib", en H.E. Müller et al., *Festschrift für ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, 2009, p. 83-117.

25. Un defensor civil (no militar) llegará a ser admitido cuando él alcanza el nivel de confidencialidad ("*secret*") o un nivel más alto (MCA 2009, § 949c(b) III lit. D; Cfr. también el ordenamiento de las antiguas comisiones militares (MCO) n, 1 2005, §§ 4(C) II-III).

26. M.C. Bassiouni, *The Institutionalization of Torture by the bush Administration*, 2010, p. 273 citando L.B. Wilkerson.

27. Por ejemplo no fueron excluidos ni los medios probatorios, por considerar que fuera de EE.UU. las pruebas no se consiguieron en virtud de una orden de registro o autorización (MCA 2009, § 949a(b) III (A)), ni – bajo determinadas condiciones – las declaraciones de los acusados, que fueron obtenidas por coacción o autoinculpación inducida (MCA 2009, § 949a(b) III lit. B; respecto a los metodos de interrogación utilizados véase *Bassiouni* (*supra* nota a pie 26), p. 51 sp. con el estudio de algunos casos).

28. MCA 2009, § 949a(b) III lit. D; Cfr. J.K. Elsea, "The Military Commissions Act of 2009: Overview and Legal Issues", en *CRS Report for Congress*, 13.05.2013 [www.fap.org/sgp/crs/natsec/R41163.pdf] (última visita 14.10.2013), p. 27.

29. Cfr. [www.defense.gov/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedurep.pdf] (última visita 14.10.2013) p. 6; Cfr. tambien Elsea (*supra* nota a pie 28), p. 23 ss.

30. Cfr. Swoboda, *Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad-hoc-Tribunalen*, 2013, p. 181 ss.

notablemente restringido, mientras que, por ejemplo, informaciones que poseen cierto grado de reserva pueden ser excluidas del descubrimiento probatorio;[31] sin embargo, esto también es posible ante cortes federales civiles.[32] El juez militar puede *excluir al acusado* de cualquier parte del procedimiento cuando se determine que el acusado persiste en una conducta que justifica la exclusión de la sala con el fin de garantizar la seguridad física de las personas o para evitar cualquier interrupción del proceso por el acusado.[33] También hay dudas sobre la imparcialidad, la independencia y competencia de los miembros de la comisión ya que son designados por el Secretario de Defensa (u otro funcionario designado por él a tal efecto) y, a menudo, carecen de experiencia judicial.[34] En conclusión, se trata de serias limitaciones al debido proceso,[35] aunque numerosas restricciones fueron ya levantadas con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU.[36]

---

31. MCA 2009, § 949 p-1 ss.
32. D. Eviatar, "Obama Legacy: A Parallel Justice System?", en *The Washington Independent*, 29.10.2009, [washingtonindependent.com/65579/paralell-justice-system-could-become-obama-legacy] (última visita 14.10.2013).
33. MCA 2009, § 949d(d); Cfr. la antigua MCO No. 1 2005, § 6(B) III y MCO No. 1 2005, § 5(K).
34. MCA 2009, §§ 948h, 948i(b); *AI*, "Guantánamo schließen, die Wahrheit offenlegen", Enero 2007, ([www.konfliktbearbeitung.net/downloads/file705.pdf], última visita 14.10.2013), p. 2; Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 215; G. Robertson, "Fair Trials for Terrorists?", en R.A. Wilson (ed.), *Human rights in the 'War on Terror'*, 2005, p. 169, 174 s. (dando el ejemplo de que algunos miembros del jurado habían estado a cargo de llevar a los detenidos de Afganistán a Guantánamo o eran *altos oficiales de inteligencia* en Afganistán); Cfr. también la ley anterior: Comisión Militar No. 3 3.A. (todas las reglas de la Comisión Militar están disponibles en [http://biotech.law.lsu.edu/blaw/dodd/corres/mco.htm] [última visita 14.10.2013]).
35. Cfr. Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 219, 223, 386; Robertson (*supra* nota a pie 34) p. 169, Cfr. también las tempranas modificaciones por medio de la *National Defense Authorization Act* 2012 ([www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s1867es/pdf/BILLS-112s1867ep.pdf], última visita 14.10.2013); Cfr. también *McGreal*, Military given go-ahead to detain US terrorist suspects without trial, The Guardian vol. 15.11.2011 ([www.guardian.co.uk/world/2011/dec/15/americans-face-guantanamo-detention-obama], última visita 14.10.2013).
36. En un reglamento anterior todas las pruebas que 'tendrían valor probatorio para una persona razonable' ["would have probative value to a reasonable person"] eran admisibles, incluso "testimonios de oídas y las pruebas obtenidas mediante coacción ["testimonial hearsay and evidence obtained through coercion"]; declaraciones directas y escritas de testigos no necesitaron juramento. (MCO n. 1 de 2005, § 6 (D) (1), Hamdan v Rumsfeld, 548 EE.UU. 557 (2006), p. 51). Por otra parte, el acceso del acusado y el abogado civil a las pruebas calificadas como "información protegida" ["protected information"] (por ejemplo, información clasificada, "la información protegida por la ley de descubrimiento no autorizado" ["information protected by law or rule from unauthorized disclosure"]

C. ENFOQUES PARA LA JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES AL DEBIDO PROCESO

Tal como lo expusimos en la sección A, el derecho al debido proceso se debe proteger integramente tanto en tiempos de guerra (DIH)[37] como en tiempos de paz (DIDH). En ambas situaciones, la pregunta que surge es si – y en caso afirmativo en qué medida – el derecho a un debido proceso puede ser restringido. Partiendo de que la CG sólo es aplicable durante un conflicto armado,[38] se tiene que aclarar en primer lugar la naturaleza jurídica de la "guerra contra el terror".

I. ¿Es la "guerra contra el terror" un conflicto armado (internacional)?

Un conflicto armado exige hostilidades armadas entre diferentes actores (no) estatales.[39] En caso de un conflicto armado no internacional, se requiere una cierta intensidad y duración.[40] En cuanto a la llamada "guerra contra el terror", la posición oficial de EE.UU. es que se encuentran en un conflicto armado de alcance

---

e "información sobre otros intereses de seguridad nacional" ["information concerning other national security interests"]) fue negado mientras el oficial presidente de la *comisión militar* haya decidido que la evidencia tiene 'valor probatorio'["probative value"] y que su admisión sin el conocimiento del acusado no daría lugar a la negación de un "juicio completo y debido" ["full and fair trial"] (*Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 51; MCO n. 1 2005, §§ 6(B) III, 6(D) I, V lit. a(v), b). Es más, la sentencia "debería (...) basarse en el reconocimiento de la relevancia de las *comisiones militares* para la conducción de la guerra (...) y del amplio impacto disuasivo asociado con el efecto de una sentencia en la adhesión a las leyes y costumbres de la guerra en general ' (Military Commission Instruction n. 7 3.A., véase nota a pie 34). Tal importancia para las consideraciones de seguridad nacional es inusualmente desconocida en el proceso penal ordinario en los EE.UU.; Esto ha sido también criticado por la posible afectación de la imparcialidad del juez (Lutz [*supra* nota a pie 20], p. 217).

37. Una introducción general al DIH en lengua castellana puede verse en Ambos, Kai, *Conceptos básicos del Derecho Internacional Humanitario y el nuevo crimen de agresión*, Valencia (Tiran) 2012.

38. Art. Común 2 a las CG; Shaw, *International Law*, 6. Ed. 2008, p. 1170 s.

39. E. Crawford, "Armed Conflict, International", en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International law* (MPEPIL), 2012, nota marginal (nm.) 1; véase también K. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 236.

40. *Prosecutor v Tadic*, Opinion and Judgment, Case n. IT-94-1-T, T.Ch., 7.5.1997, nm. 562; Marauhn/Ntoubandi en: *MPEPIL*, Armed Conflict, Non-International nm. 3; K. Schöberl, "Konfliktpartei und Krisengebiet in bewaffneten Auseinandersetzungen – zur Debatte um den Anwendungsbereich des Rechts internationaler und nicht-internationaler bewaffneter Konflikt", *Journal of International law of Peace and Armed Conflict* 3 (2012), p. 136; McCoubrey, *International Humanitarian Law*, 2. Ed. 1998, p. 254; G.D., Solis, *The Law of Armed Conflict*, 2010, p. 153; Bianchi/Naqvi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, 2011, p. 132; véase también K. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 235.

mundial contra Al-Qaeda.[41] Como se ha demostrado en otro lugar,[42] esto no es una hipótesis convincente dado que, primero, Al-Qaeda no cumple los requisitos de un "grupo armado organizado" en el sentido del DIH y, segundo, que los EE.UU. no está en guerra con los Estados que supuestamente albergan miembros de Al-Qaeda. Al contrario, es indiscutible que los EE.UU., poco después del 11 de septiembre de 2001, entró en un conflicto armado internacional con Afganistán, que en ese momento era todavía gobernado por los Talibanes.[43] Este conflicto, sin embargo, no se inició por los ataques del 11 de septiembre 2001 al World Trade Center y el Pentágono, ya que los pilotos de Al-Qaeda actuaron como autores

41. Cfr. Holder, "Speech at Northwestern University School of Law vol. 5.3.2012", en *US Department of Justice*, (www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html) (última visita 28.08. 2013): "We are at war with a stateless enemy, prone to shifting operations from country to country. Over the last three years alone, al Qaeda and its associates have directed several attacks – fortunately, unsuccessful – against us from countries other than Afghanistan." ("Estamos en guerra con un enemigo sin estado, con tendencia a camibiar operaciones de un país a otro. Durante los últimos tres años, Al Qaeda y sus socios han dirigido varios ataques – por fortuna, sin éxito – en contra de nosotros desde países distintos de Afganistán", Traducción de John E. Zuluaga T.).

42. K. Ambos/J. Alkatout, "Has "Justice Been Done"? The Legality of Bin Laden's Killing Under International Law", en *Israel Law Review* 45 (2012), n. 2, p. 346-347 (sobre un conflicto armado), 347-350 (Al-Qaeda como una grupo armado organizado?), 350-353 (sobre un posible *spill over effect*) con más referencias y una discusión de los puntos de vista que comparten la posición oficial de EE.UU. de una "guerra" contra Al Qaeda (vers. española mas corta en *Cuadernos de Política Criminal* (Madrid, España) n. 104, II, Época II, octubre 2011, p. 5-26). De la misma opinión asimismo Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 139; A. Walen/I. Venzke, 'Unconstitutional Detention of Nonresident Aliens: Revisiting the Supreme Court's Treatment of the Law of War in Hamdi v. Rumsfeld', en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), p. 843, 851 s.; Englerth (*supra* nota a pie 3) p. 397, 427 s.; Gill/van Sliedregt, "Guantánamo Bay: A Reflection On The Legal Status And Rights Of 'Unlawful Enemy Combatants", en *Utrecht Law Review* [Utr. L. Rev.] 2005, p. 28, 30; Cfr. *Prosecutor v Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case n. IT-94-1, A.Ch., 2.10.1995, nm. 70; Griesbaum/Wallenta, "Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge – Eine Bestandsaufnahme", en *NStZ* 2013, p. 369.

43. Y. Arai-Takahashi, "Disentangling legal quagmires: the legal characterisation of the armed conflicts in Afghanistan since 6/7 October 2001 and the question of prisoner of war status", en *Yearbook of International Humanitarian law* 5 (2002), p. 64; G.H. Aldrich, "The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants", en *American Journal of International law* 96 (2002), n. 4, p. 893; J. Toman, "The Status of Al Qaeda/Taliban Detainees Under the Geneva Conventions", en *Israel Yearbook on Human rights* 32 (2002), p. 272. Para una cronología véase M.C. Bassiouni, (*supra* nota a pie 26) p. xxxiii ss.

individuales (terroristas).[44] Al contrario, el conflicto Afgano se puede dividir en dos fases centrales:[45]

– La intervención de EE.UU. en octubre de 2001 internacionalizó el conflicto no internacional que tenía curso entre Talibanes y fuerzas afganas disidentes del régimen, convirtiendolo en un conflicto internacional entre la coalición encabezada por Estados Unidos contra el Gobierno *de facto* de Afganistán.[46]

– Después de la caída de los Talibanes, el conflicto armado se convirtió en un conflicto no internacional (Talibanes contra el nuevo Gobierno).[47] Esta caracterización como conflicto no internacional no cambia con el apoyo dado al Gobierno de Karzai por la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad liderada por Estados Unidos en su lucha contra los Talibanes, ya que actuaban en nombre del Gobierno Afgano.[48]

II. Derecho aplicable: Derecho Internacional Humanitario

Para las personas detenidas durante o en relación con el conflicto armado contra los Talibanes y / o en Afganistán, el DIH es aplicable:[49] concretamente los CG y sus

---

44. J. Toman (*supra* nota a pie 43), p. 273; Lutz, (*supra* nota 20), p. 139, 365; J. Fitzpatrick, "Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism", en *American Journal of International law* 96 (2002), n. 2, p. 348; R. Wolfrum/C.E. Philipp, "The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law", en *Max Planck Yearbook of united nations law* 6 (2002), p. 588; Cfr. A. Walen/I. Venzke (*supra* nota a pie 42) p. 843, 853.

45. Cfr. Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 364 ss., quien divide en tres fases. Arai-Takahashi (*supra* nota a pie 43) p. 61, 64, quien subdivide en cinco etapas diferentes, pero no llega a una conclusión diferente.

46. Elsea, "Treatment of 'Battlefield Detainees' in the War on Terrorism", en *CRS Report for Congress*, 15.11.2005 ([http://fpc.state.gov/documents/organization/58279.pdf], última visita 14.10.2013), p. 14; J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 271, 272; Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 364 ss.; K. Schöberl (*supra* nota a pie 40) p. 128, 131, subrayando, sin embargo, que la definición de un gobierno *de facto* es poco claro hasta ahora; véase también K. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 241.

47. Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 366.

48. Milanovic, "What Exactly Internationalizes an Internal Armed Conflict?", en *EJIL:Talk!* v. 07.05.2010 (http://www.ejiltalk.org/what-exactly-internationalizes-an-internal-armed-conflict/, última visita 14.10.2013); Schöberl (*supra* nota a pie 40) p. 128, 135; Solis (*supra* nota a pie 40), p. 154; Cfr. Schmitt *et al. The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict* (http://www.iihl.org/iihl/Documents/The%20Manual%20on%20the%20 Law%20 of%20NIAC, última visita 14.10.2013), p. 2: "Los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados ocurridos en el territorio de un solo Estado y en el que las fuerzas armadas de ningún otro Estado se comprometen *contra* el gobierno central" (traducción de John E. Zuluaga T, énfasis del autor); véase también Ambos, "Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht", en *NJW* 2010, p. 1725, 1726.

49. Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 139. En cuanto a la aplicación territorial del DIH en los conflictos armados internacionales y no internacionales véase en detalle Schöberl (*supra* nota a pie 40) p. 128, 132 ss.

Protocolos Adicionales (PA), aunque sólo el primero ha sido ratificado tanto por los EE.UU. como por Afganistán[50] y sólo se consideran, indiscutiblemente, como derecho internacional consuetudinario.[51] Sin embargo, la CG, en particular las CG III y IV, aparte de su art. 3 común, se aplican solamente en un conflicto armado internacional, es decir, en este caso particular, hasta la caída de los Talibanes. Después, sólo se aplica el art. 3 común a las CG I-IV, el cual contiene al menos algunas garantías mínimas.

1. *¿Estatus de prisioneros de guerra para presuntos terroristas (CG III) o protección como civiles (CG IV)?*

Para responder la pregunta de si los prisioneros en Guantánamo gozán del estatus de prisioneros, se tiene que diferenciar primero entre prisioneros integrantes de Al-Qaeda y Talibanes.[52] Los *Talibanes* no fueron reconocidos por el Gobierno de Bush originalmente como prisioneros de guerra en el sentido de la CG III, porque Afganistán era visto como "*estado fallido*" y los Talibanes no fueron considerados como Gobierno sino como un "grupo militante que opera de manera similar a los terroristas" ("*militant, terrorist-like group*").[53] Del art. 4A (3) GC III[54] y el art.

50. [http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P] (última visita 14.10.2013); [www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P] (última visita 14.10.2013) o [www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=475&ps=P] (última visita 14.10.2013). La Administración Obama insiste en que su práctica militar de todos modos ya cumple con el Protocolo II y el art. 75 PA (http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/Fact_Sheet_--_Guantanamo_and_Detainee_Policy.pdf, última visita 14.10.2013) p. 3; Cfr. C.J. Dunlap, "Do We Need New Regulations in International Humanitarian Law? One American's perspective", en *Journal of International law of Peace and Armed Conflict* 3 (2012), p. 120, 123, 124 s.).

51. G.C. Kamens, "International Legal Limits on the Government's Power to Detain "Enemy Combatants"", en D.K. Linnan (ed.), *Enemy Combatants, Terrorism, and Armed Conflict law*, 2008, p. 108; *Hamdan v rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 64-65.

52. La palabra Taliban viene '*talib*', que significa algo como aquel que está buscando algo para sí mismo y se refiere a los estudiantes de instituciones religiosas (Matinuddin, *The Taliban phenomenon*, 2001, p. 12). Los Talibanes vinieron en el año 1994 de aldeas en Kandahar y campos de refugiados en Pakistán (Nojumi, *The rise if the Taliban in Afghanistan*, 2002, p. xi). Después de la retirada de los soviéticos, se apoderaron de varias ciudades afganas, incluida Kabul, en septiembre de 1996, ganando el control de 80 a 90% del país (ebd.; Philipp en: *MPEPIL*, Taliban nm. 3).

53. Gonzales, *Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban* ([http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf], última visita 14.10.2013), p. 1.

54. Luego de esto gozán de estatus de prisioneros de guerra y los respectivos derechos: "Miembros de fuerzas armadas de una parte del conflicto, asimismo miembros de milicias y cuerpos voluntarios que pertenezcan a una fuerza armada", bajo determinadas

43 (1) del PA I ("no reconocido") se deduce, sin embargo, que la condición de prisionero de guerra no depende del reconocimiento de la parte contraria, sino de la interpretación razonable de estas regulaciones. Si se considera a los Talibanes como las fuerzas armadas del (antiguo) Gobierno *de facto* de Afganistán,[55] serán concebidos por el art. 4A CG III ya sea como "miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto" (numeral 1) o "miembros de fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora" (numeral 3).[56] El estatus de prisionero de guerra será asegurado independiente de la nacionalidad.[57] De hecho, el gobierno de Bush cambió su posición original y reconoció estatus de prisioneros de guerra a los Talibanes a principios de 2002.[58]

---

condiciones "miembros de otras milicias y cuerpos voluntarios, (...) que pertenezcan a una parte involucrada en el conflicto", miembros de fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora", las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas (...), asi como la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra". Protección integral ofrece el art. 43 I PA I, el cual no fue ratificado por USA.

55. J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 271, 284; R. Otto, *Targeted Killings and International law*, 2012, p. 223-224; Y. Arai-Takahashi (*supra* nota a pie 43) p. 61, 95-97; Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 315; Philipp, "Taliban", en: *MPEPIL*, nm. 9 ss.

56. Otto (*supra* nota a pie 55), p. 22 ss.; L. Azubuike, "Status of Taliban and al Qaeda Soldiers: Another Viewpoint", en *Connecticut Journal of International law* 19 (2003-2004), p. 127, 147 (ambos aplicando el art. 4A Nr. 1 CG III); Wolfrum/Philipp (*supra* nota a pie 44) p. 598-599; J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 285-286 (ambos aplicando Nr. 3). Disintiendo Y. Dinstein, "Unlawful Combatancy", en *Israel Yearbook on Human rights* 32 (2002), p. 267, aplicando los requisitos del nr. 2 y nr. 3 y argumentando que los Talibanes no cumplen con los requisitos de los lits. (a) a (d), ya que no llevan ningún uniforme; en contra Wolfrum/Philipp (*supra* nota a pie 44) p. 559, 599, haciendo hincapié en que los Talibanes se "distinguian de la población civil, ya que llevaban turbantes negros y tenían pañuelos que indicaba a qué fuerza pertenecían".

57. Art. 16 CGIII: Habida cuenta de las disposiciones del presente Convenio relativas a la graduación así como al sexo (...), todos los prisioneros deberán ser tratados de la misma manera por la Potencia detenedora, sin distinción alguna de índole desfavorable de raza, de *nacionalidad*, de religión, de opiniones políticas u otras, fundadas en criterios análogos" (Cursiva por el autor).

58. K.E. Dahlstrom, "The Executive Policy Toward Detention and Trial of Foreign Citizens at Guantanamo Bay", en *Berkeley Journal of International Law* 21 (2003), n. 3, p. 662; B. Kemper/N. Bendavid, "U.P. grants POW status to Taliban, not Al Qaeda", en *Chicago Tribune*, 08.02.2002, http://articlep.chicagotribune.com/2002-02-08/news/0202080309_1_geneva-convention-human-rights-al-qaeda (última visita 14.10.2013).

Como organización terrorista internacional,[59] Al-Qaeda no puede ser parte de la CG debido a que no es un Estado ("Alta Parte Contratante").[60] Sin embargo, esto no significa necesariamente que sus miembros no puedan disfrutar el estatus de prisioneros de guerra en el sentdio de la CG III[61] en tanto exista una vinculación de hecho entre Al-Qaeda y una parte del conflicto al momento de la captura.[62] A pesar de algunas dependencias recíprocas,[63] no se pudo confirmar un suficiente vínculo entre Al-Qaeda y los Talibanes,[64] ni combatir a Al-Qaeda en nombre y bajo el mando del Estado Afgano o sus fuezas armadas; Además,

59. Al-Qaeda es una organización terrorista internacional que fue fundada a finales de 1980, su nombre significa "la base". Evolucionaron a partir de los movimientos muyahidines que lucharon contra la ocupación soviética de Afganistán. Sus miembros fueron combatientes viajantes en conflictos en los que estaban implicados combatientes musulmanes, como los conflictos en Somalia y Bosnia. Ellos colaboran con los Talibanes desde mediados de los años 1990. Sus miembros están conectados por una red transnacional entre sí, lo que les facilitó la comunicación transnacional, intercambio de información y transferencia de dinero. Después de la intervención de EE.UU. en la Guerra del Golfo en 1990 y Somalia en 1992 atacaron varias instituciones estadounidenses, como el World Trade Center en 1993, las embajadas de EE.UU. en África Oriental y el *ISS Cole* en un puerto yemení. Los ataques del 11 de septiembre de 2001 representan la cuspide de la escalada de violencia. Véase Riedel, *The Search for Al Qaeda*, 2008, p. ix; Migaux en: Chaliand/Blin (ed.), *The history of terrorism*, 2007, p. 314; *Margulies* Al Qaeda, 2003, p. 10, 15 ss.; Schneckener, *Netzwerke des Terrors* ([www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/S42_02_gesch_tzt.pdf], última visita 14.10.2013), p. 20 ss. Desde el punto de vista alemán sobre la influencia de Al-Qaeda en individuos terroristas véase el informe de la Comisión Delegada del Gobierno para revisar los detalles de la legislación de seguridad en Alemania (*Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland* [Sicherheitsbericht], 28.08.2013), p. 7.

60. Véase Ambos/Alkatout (*supra* nota a pie 42) p. 341, 347.

61. A.A. Yoo/Delahunty, "Memorandum: Application of Treaties and Laws to Al- Qaeda and Taliban Detainees", en *US Department of Justice*, 9 January 2002, (http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB 127/02.01.09.pdf, última visita 14.10.2013), p. 1; G.W. Bush, "Status of Detainees at Guantanamo", en G.W. Bush, en *The White House*, ([www.aclu.org/files/assets/2002_02_07_Factsheet_Status_of_Detainees_at_Guantanamo_0.pdf], última visita 14.10.2013); R.A. Porrata-Doria, "The Geneva Conventions and Their Applicability to the "War on Terror"", en *Temple Political & Civil rights law review* 14 (2004-2005), p. 599, 607-608.

62. Cfr. International Committee of the Red Cross [ICRC], *Commentary III Geneva Convention* [CG III], 2006, p. 57.

63. Schneckener (*supra* nota a pie 59), p. 35.

64. J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 271, 292; G.H. Aldrich (*supra* nota a pie 43) p. 893, con nota a pie 11; M. Sassòli, "Guantánamo, Detainees", en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012, nm. 14; disintiendo Y. Dinstein (*supra* nota a pie 56) p. 268; L. Azubuike (*supra* nota a pie 56) p. 153-154.

los integrantes no portaban consigo un simbolo que se pudiera reconocer desde la distancia.[65] Por esta razón no es aplicable la CG III, por regla general, a los miembros de Al-Qaeda.[66]

El Art. 4 (1) de la CG IV determina que como *civiles* "protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas." En el comentario del Cómite Internacional de la Cruz Roja (CICR) aparece el termino "en el poder de" ("in the hands of") como sinonimo para "en el territorio de".[67] Es por esta razón por la que algunos autores afirman que las personas tienen que ser capturadas, ya sea en territorio ocupado o en el territorio de una parte en el conflicto.[68] Esta restricción, sin embargo, no tiene ninguna base en el texto de la CG IV. El término "in the hands of" (en poder de) sugiere mucho más una medida de facto en lugar de una medida legal. A partir de la variedad de lugares de control durante un conflicto armado, el estatus de prisionero no puede depender del sitio de su captura.

Del art. 4 inc. 3 CG IV y las excepciones de protección allí definidas para las personas protegidas por las CG I-IV, se puede llegar a la conclusión inversa de que no hay vacios de protección entre las convenciones.[69] Esto se respalda también

65. J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 271, 293; Cfr. Art. 43 I CG PA I, art. 1 Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya de 1907 IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; Cfr. J.-M. Henckaerts, 'Armed Forces', en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012.

66. Cfr. J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 271, 294; Otto (*supra* nota a pie 55), p. 232 s.

67. ICRC, *Commentary IV Geneva Convention* [CG IV], 1958, p. 51: „Nevertheless, disregarding points of detail, it will be seen that there are two main classes of protected person: (1) ‚enemy nationals' within the national territory of each of the Parties to the conflict and (2) ‚the whole population' of occupied territories (excluding nationals of the Occupying Power).' ("Sin embargo, sin tener en cuenta cuestiones de detalle, se verá que hay dos clases principales de persona protegida: (1), ciudadanos de países enemigos dentro del territorio nacional de cada una de las partes en conflicto, y (2), el conjunto de la población de los territorios ocupados (excluyendo los nacionales de la Potencia ocupante"). Traducción de John E. Zuluaga T.)

68. J. Callen, "Unlawful Combatants and the Geneva Conventions", en *Virginia Journal of International Law* 44 (2004) p.1025, 1065 y1032: "... be captured either in occupied territory or in the home territory of [a] belligerent country" (ser capturado, ya sea en territorio ocupado o en el territorio de origen de [un] país beligerante", Traducción de John E. Zuluaga T.).

69. *Prosecutor v Delalic*, Judgement, Case n. IT-96-21-T, T.Ch., 16.11.1998, para. 271; K. Dörmann, "The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants", en *International Review of the Red Cross* 85 (2003), n. 849, p. 45, 47; Cassese, 'Expert Opinion On Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law' ([www.stoptorture.org.il/ files/cassese.pdf], última visita 14.10.2013),

en el art. 5 CG IV, que prevé tales personas como "protegidas por el presente convenio" y que, por lo menos, son fundadamente sospechosas de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad de una parte en el conflicto o de la potencia ocupante. Asimismo, si se parte de que esto implica a los miembros de Al-Qaeda en casos concretos, no se restringe el derecho al debido proceso según el art. 5 inc. 3 CG IV.[70]

Sin embargo, mientras que la nacionalidad es irrelevante para la aplicación de la GC III,[71] en el art. 4 (2) CG IV se establece una "*excepción de nacionalidad*", a partir de la cual los miembros de Estados "neutrales" no llegan a ser contemplados como personas protegidas, si el Estado en cuya esfera de influencia se encuentran, tiene relaciones diplomáticas normales con su Estado de origen, es decir, mientras que el Estado del que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén.[72] Esta excepción de nacionalidad se aplica a la mayoría de los detenidos en Guantánamo,[73] ya que son ciudadanos de "Estados neutrales" como Yemen, Kuwait o Arabia Saudita, con los que los EE.UU. tiene relaciones

p. 14; M. Sassóli, "Use and Abuse of the Laws of War in the "War on Terrorism"', en *Law and Inequality* 22 (2004), n. 2, p. 195, 207; ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 51: "In short, all the particular cases we have just been considering confirm a general principle which is embodied in all four Geneva Conventions of 1949. Every person in enemy hands must have some status under international law: he is either a prisoner of war and, as such, covered by the Third Convention, a civilian covered by the Fourth Convention, or again, a member of the medical personnel of the armed forces who is covered by the First Convention. There is no ‚intermediate status'; nobody in enemy hands can be outside the law." ("En resumen, todos los casos particulares que acabamos de considerar confirman un principio general que se materializa en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Todas las personas en poder del enemigo deben tener un estatus en el derecho internacional: o bien es un prisionero de guerra y, como tal, está cubierta por el Convenio III, o un civil cubierto por el Convenio IV, o de nuevo, un miembro del personal médico de la fuerzas armadas que está cubierto por el Convenio I. No hay 'estado intermedio', nadie en poder del enemigo puede estar fuera de la ley". Traducción de John E. Zuluaga T.)

70. Art. 5 III 1 CG IV: "(...) en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el presente Convenio".

71. Véase *supra* nota a pie 57.

72. Art. 4 II CG IV: "...Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén."

73. Respecto a una lista de detenidos véase [www.guardian.co.uk/world/datablog/2011/apr/25/guantanamo-bay-detainees-full-list#data] (última visita 14.10.2013)y la lista oficial del Departamento de Defensa ([www.defense.gov/news/May2006/ d20060515%20List.pdf] (última visita 14.10.2013).

diplomáticas.[74] La excepción de nacionalidad no tiene que ser forzosamente interpretada en el sentido de una excepción al ámbito de protección. Mucho mejor se puede entender a partir de la posible protección consular y jurídica de los respectivos nacionales afectados por medio de su Estado de origen.[75] Esta protección no funciona con eficacia, sin embargo, si estos nacionales son detenidos por otro poder y los Estados de origen ni siquiera saben de su detención. Además, la excepción de nacionalidad no puede aplicarse razonablemente en tiempos de ocupación[76] – *in casu* por lo menos en el tiempo entre la intervención de los EE.UU. y la caída del gobierno Taliban[77] –, ya que en esta situación los representantes diplomáticos no están acreditados ante la potencia ocupante y, por lo tanto, la ayuda consular no puede concederse.[78] Pero incluso si se utiliza plenamente la excepción de nacionalidad, siguen siendo aplicables las garantías básicas "que son reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados" (art. 3 común GC). En efecto, si se acepta que estas garantías jurídicas se aplican en tales conflictos, que están excluidos *per se* del ámbito de protección de la CG, se deben aplicar las mismas *a maiore ad minus* también en tales situaciones en las cuales el derecho de Ginebra es válido.

En un conflicto armado *no internacional*, el art. 3 común CG que acabamos de citar se aplica y ofrece un nivel mínimo de protección. No resulta convincente la postura contraria tomada por la administración Bush, con la que se argumentaba que el art. 3 común se aplica únicamente a los escenarios que se asemejan a una guerra civil y que una ampliación a los conflictos armados (no internacionales) con participación internacional necesitaría de la aprobación de los Estados parte,[79] de tal manera que la CG no tendría aplicación para los integrantes de Al-Qaeda detenidos, privados de la libertad durante el conflicto en Afganistan.[80] En los trabajos preparatorios de las CG se hace referencia a "casos de guerra civil, conflictos

74. J. Callen (*supra* nota a pie 68) p. 1025, 1070; J.B. Bellinger/V.M. Padmanabhan, "Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law", en *American Journal of International Law* 105 (2011), n. 2, p. 201, 216.

75. ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 49.

76. ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 48.

77. Véase *supra* sección C.I. Para el supuesto de una ocupación M. Sassóli, 'Use and Abuse of the Laws of War in the "War on Terrorism"', en *law and Inequality* 22 (2004), n. 2, p. 195, 207; en contra J. Callen (*supra* nota a pie 68) p. 1025, 1069.

78. ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 49.

79. Yoo/Delahunty (*supra* nota a pie 61), p. 7 ss.

80. Yoo/Delahunty (*supra* nota a pie 61), p. 2: "... neither the Geneva Conventions nor the WCA [=War Crimes Act] regulate the detention of al Qaeda prisoners captured during the Afghanistan conflict." (ni los Convenios de Ginebra ni el WCA [= Ley de Crímenes

coloniales, o guerras religiosas" como casos especiales (pero no concluyentes) de un conflicto armado no internacional.[81] De esto no se puede desprender que los redactores del proyecto se propusieron una aplicación directa sólo a conflictos similares a guerras civiles. Su voluntad representa de todos modos sólo un medio de interpretación complementario[82] y el texto literal ("conflicto armado que no sea de índole internacional"), decisivo según el art. 33 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no contiene ninguna restricción. Como resultado, esto significa que tanto los Talibanes y miembros de Al-Qaeda gozan de protección en virtud del DIH. Los primeros tienen derecho a la condición de prisioneros de guerra en el sentido de la CG III, los segundos gozan de los derechos del art. 3 común a la CG o de la CG IV.[83]

2. *¿Negación de derechos por medio de una* tercera *categoría:* combatientes enemigos ilegales*?*

La Administración Bush trató de privar a los detenidos en Guantánamo de los aludidos derechos y calificó a los mismos como "combatientes enemigos ilegales" ("*unlawful enemy combatants*") o "enemigos beligerantes no privilegiados" (*unprivileged enemy belligerents*").[84] Si bien este concepto no se puede encontrar en el DIH codificado,[85] el mismo se remonta a la decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. "*ex parte Quirin*" de 1942. En dicha sentencia la Corte Suprema de Justicia definió *combatientes ilegales* como los combatientes que pueden ser perseguidos penalmente a causa de los hechos violatorios de las reglas de la conducción de la guerra (como espionaje).[86]

---

de Guerra] regulan la detención de presos de Al Qaeda capturados durante el conflicto de Afganistán", Traducción de John E. Zuluaga T.).

81. Art. 2 IV Proyectos de Convención (XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja de Estocolmo), Draft Conventions (XVIIth International Red Cross Conference Stockholm), impreso en ICRC, *Commentary III Geneva Convention*, 1960, p. 31. Cfr. también Bellinger/ Padmanabhan (*supra* nota a pie 74) p. 201, 206

82. Art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Cfr. también K. Schöberl (*supra* nota a pie 40) p. 128, 137.

83. *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 65 ss.

84. Sobre el concepto véase *infra* nota a pie 89 y texto central.

85. Wieczorek, *Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht*, 2005, p. 27; T. Gill/E. van Sliedregt, "Guantánamo Bay: A Reflection On The Legal Status And Rights Of "Unlawful Enemy Combatants"', en *Utrecht law review* 1 (2005), n. 1, p. 28, 32; ; A. Walen/I. Venzke (*supra* nota a pie 42) p. 843, 856 s., quienes critican el concepto completo.

86. *Ex parte Quirin*, 317 US 1, 31 (1942): "Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forcep. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and

La Ley de Comisiones Militares (*Military Commissions Act* – MCA) de 2006 define a un *enemigo combatiente ilegal*, como "una persona que ha participado en las hostilidades o que ha apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus cobeligerantes y que no es un combatiente legal (lo que incluye integrantes de los Talibanes, Al-Qaeda o fuerzas asociadas) o una persona que, antes, en, o después de la fecha de la promulgación de la Ley de Comisiones Militares (LCM) de 2006, se ha determinado que es un *enemigo combatiente ilegal* por el Tribunal para la Revisión del Estatus de Combatiente (*Combatant Status Review Tribunal*, –CSRT[87]) u otro tribunal competente.[88] Las decisiones del CSRT

---

punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals." ("Combatientes legales están sujetos capturas y detenciones como prisioneros de guerra por parte de fuerzas militares opositoras. Combatientes ilegales son también objeto de la captura y detención, pero además están sujetos a juicio y castigo por tribunales militares por actos que hacen ílegal su beligerancia. El espía que secretamente y sin uniforme pasa las líneas militares de un beligerante en tiempo de guerra, tratando de recopilar información militar y la comunicará a los enemigos, o un combatiente enemigo que sin uniforme viene en secreto a través de las líneas con el fin de hacer la guerra con destrucción de la vida o la propiedad, son ejemplos familiares de los beligerantes que en general se considera que no tienen derecho al estatus de prisioneros de guerra, pero al ser infractores de la ley de guerra se sujetan a juicio y castigo por los tribunales militares", Traducción de John E. Zuluaga T.).

87. El CSRT se ha creado después de que la Corte Suprema de EE.UU. había pedido un examen del estatus como un "*enemigo ilegal combatiente*". Véase más información en: [www.defense.gov/news/combatant_ Tribunalp.html] (última visita 14.10.2013). Critico Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 209.

88. MCA 2006, § 948a: "a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces) (...) or a person who, (...) has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense". (una persona que ha participado en las hostilidades o que ha apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus cobeligerantes, que no es un combatiente enemigo legal (incluyendo una persona que es parte de los Talibanes, Al Qaeda o fuerzas asociadas) (...) o una persona que, (...) se ha determinado que es un enemigo combatiente ilegal por un Tribunal de Revisión del Estatuto de Combatiente u otro tribunal competente establecido bajo la autoridad del Presidente o del Secretario de Defensa", Traducción de John E. Zuluaga T.)

pueden ser recurridas ante la Corte del Distrito de Columbia.[89] Desde 2009, la LCM distingue entre "*beligerantes privilegiados*" – individuos que pertenecen a una de las ocho categorías enumeradas en el art. 4 CG III[90] – y "*enemigos beligerantes no privilegiados*" – personas que, sin ser *beligerantes privilegiados*, han "participado en hostilidades contra los Estados Unidos o sus socios de la coalición", o han "apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de la coalición" o eran "una parte de Al-Qaeda en el momento de la supuesta infracción".[91] *Beligerantes enemigos sin privilegios* no pueden invocar los Convenios de Ginebra.[92] Aunque la LCM de 2006 y 2009 utilizan una terminología diferente – combatientes enemigos ilegales frente a los beligerantes enemigos sin privilegios – la única diferencia notable se observa en el hecho de que la pertenencia a los Talibanes ya no forma parte de la definición más reciente.[93]

Dado que la "decisión *Quirin*" fue tomada antes de la promulgación de la CG y el concepto de combatiente ilegal no se ha adoptado en las codificaciones posteriores, es dudoso si el concepto puede ser aplicado en el DIH actual.[94] En cualquier caso, el supuesto de la "decisión *Quirin*" no encaja para los casos de los integrantes de Al-Qaeda o Talibanes, ya que no son acusados de espionaje.[95] En esencia, el concepto sanciona una violación del deber de un combatiente de hacer público su estatus de combatiente haciéndose pasar por un civil: si

89. F. Meyer, "Habeas Corpus und Suspension Clause", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 69 (2009), p. 1, 2.

90. Véase MCA 2009, § 948a VI.

91. MCA 2009, § 948a VII: "an individual (other than a privileged belligerent) who (...) has engaged in hostilities against the United States or its coalition partners; (...) has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its coalition partners; or (...) was a part of al Qaeda at the time of the alleged offense under this chapter". ("una persona (que no sea un beligerante privilegiado) quien (...) ha participado en las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición; (...) ha apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición; o (...) era una parte de Al Qaeda en el momento del presunto delito bajo este capítulo", Traducción de John E. Zuluaga Taborda).

92. MCA 2009, § 948b(e).

93. Respecto a las diferencias véase J. Mariner, "A First Look at the Military Commissions Act of 2009, Part One", en *Find Law*, 4 November 2009, [http://writ.news.findlaw.com/mariner/20091104.html] (última visita 14.10.2013): 'cosmetic change, not a real improvement'; criticamente M.C. Bassiouni (*supra* nota a pie 26) p. 255.

94. Walen/Venzke (*supra* nota a pie 42) p. 843, 856 ss.

95. Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 145; H. Keller/M. Forowicz, "A New Era for the Supreme Court After Hamdan v. Rumsfeld?", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), p. 1, 39; Cfr. también J. Fitzpatrick (*supra* nota a pie 44) p. 345, 349: "analogy to the Second World War (...) is quite weak".

engaña sobre esto, pierde su condición de prisionero de guerra.[96] En la literatura se entiende el concepto más ampliamente, incluyendo en el mismo a los que participan en las hostilidades, sin tener derecho a hacerlo, es decir, sin ser combatientes.[97] En cualquier caso, el concepto sólo podrá limitar los derechos de los combatientes; sobre civiles no se puede encontrar terminologicamente ninguna aplicación – estos no son "combatientes" ni "beligerantes" – .[98] De ello se desprende que el concepto en un conflicto armado no internacional, a falta de una distinción legal entre combatientes y civiles, no tiene ningún ámbito de aplicación.[99]

En la aplicación de esta definición amplia del concepto a Al-Qaeda y los Talibanes, primero, se podría decir que estos habrían actuado ilegalmente mientras participaron de manera activa en las hostilidades sin tener un estatus formal de combatiente y, por lo tanto, sin derecho a hacerlo. Por el contrario, los Talibanes pertenecían a las fuerzas armadas de Afganistán y, por lo tanto, eran *combatientes legales*.[100] Pero incluso, con respecto a Al-Qaeda, la exclusión de una persona del estatus de prisionero de guerra o cualquier otro tipo de protección internacional humanitaria sobre la base de la mera pertenencia a Al-Qaeda, sin tener en cuenta la participación real, por ejemplo, en las hostilidades, es demasiado formalista y arbitraria. Además, no es convincente que todos los que resuelta y materialmente apoyaron las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de la coalición, alteraron o lesionaron forzosamente los fines del DIH. Finalmente, la sanción proporcional en los casos de lesiones al derecho de Ginebra no es la perdida de la protección del DIH, sino un proceso penal a causa de posibles crímenes de guerra.[101]

En cualquier caso, la protección del DIH no se puede perder totalmente. Incluso si, a efectos de argumentación, se considera que Al-Qaeda y los Talibanes son combatientes ilegales o no privilegiados, su detención tiene que terminar tan

---

96. Y. Dinstein (*supra* nota a pie 56) p. 249; J. Callen (*supra* nota a pie 68) p. 1026.

97. Cfr. G.H. Aldrich (*supra* nota a pie 43) p. 893; J.P. Bialke, "Al-Qaeda & Taliban: Unlawful Combatant Detainees, Unlawful Belligerency, and the International Laws of Armed Conflict", en *Air Force Law Review* 55 (2004), p. 4-5.

98. Walen/Venzke(*supra* nota a pie 42) p. 843, 858.

99. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 246 con nota a pie 115; K. Dörmann (*supra* nota a pie 69) p. 45, 47; K. Dörmann, "Combatants, Unlawful", en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012, nm. 36; J. Wieczorek (*supra* nota a pie 85) p. 44 ss.

100. Véase nota a pie 55 con texto central.

101. Cfr. Art. 82 ss. CG III, especialmente Art. 85 CG III; Wolfrum/Philipp (*supra* nota a pie 44) p. 559, 598; C.E. Philipp, 'Taliban', en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, nm. 11; En contra respecto a lo que se refiere a los „*battlefield unlawful combatants*" J. Callen (*supra* nota a pie 68) p. 1025, 1028 ss.

pronto hayan terminado las hostilidades.[102] Incluso si uno niega la aplicación de las CG III y IV, siguen teniendo vigencia derechos básicos, por ejemplo, como están consagrados en el art. 3 común a las CG y las "leyes fundamentales de la humanidad" en el sentido de la Cláusula Martens,[103] los cuales siguen siendo aplicables a la situación de los detenidos.[104]

Sin embargo, la Corte Suprema de EE.UU. acepta algunas restricciones al debido proceso durante un conflicto armado, por ejemplo, la admisión de pruebas de oídas o la presunción a favor de la rectitud y autenticidad de las pruebas del

102. Y. Dinstein (*supra* nota a pie 56) p. 269; Lutz (*supra* nota a pie 20) p. 369. De acuerdo con o D. Gartenstein-Ross (*supra* nota a pie 1) p. 262, hay 48 detenidos en Guantánamo que no serán perseguidos, pero son detenidos por razones preventivas. Cfr. sobre una detención preventiva desde el punto de vista alemán el *Sicherheitsbericht* (*supra* nota a pie 59), p. 47.

103. La cláusula de Martens se encuentra en el preámbulo de la Conferencia de la Haya de 1899 y determinó que, a pesar de la falta de normas específicas, en cualquier caso, "las poblaciones y los beligerantes siguen estando bajo la protección y los principios vigentes del derecho internacional, tal como se desprende de las costumbres validas entre los Estados civilizados, de las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública". Esta cláusula se encuentra en lo sustancial de la misma forma en el preámbulo de la Conferencia de la Haya de 1907: "(...) las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública." Respecto a la controvertida interpretación de la clausula Martens véase R. Ticehurst, 'The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict', en *International review of the red Cross* 37 (1997), n. 317, p. 125 ss.

104. Zechmeister, *Die Erosion des humanitären Völkerrechts in den bewaffneten Konflikten der Gegenwart*, 2007, p. 116 ss.; K. Dörmann (*supra* nota a pie 69), p. 45, 66 ss. aunque los EE.UU. no son un Estado Parte del Protocolo adicional I ([http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P], última visita 14.10.2013), se debe tener en cuenta el art. 44 II PA I ("Aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, la violación de tales normas no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal o, si cae en poder de una Parte adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra, salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4."). Cfr. asimismo *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 65 ss.; La Corte del Distrito de Columbia ha determinado: „Thus at some level – whether as a prisoner-of-war entitled to the full panoply of Convention protections or only under the more limited protections afforded by Common Article 3 (...) the Third Geneva Convention applies to all persons detained in Afghanistan during the hostilities there." (District Court of Columbia, *Hamdan v Rumsfeld*, Civil Action n. 04-1519, 8.11.2004 (http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/8a0164a7babe0c94c12576f100321475/$FILE/45357856.pdf/US%20-%20Hamdan%20v%20Rumsfeld%20District%20Court%202004.pdf, p. 16, última visita 14.10.2013); asimismo Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 325 ss., especialmente p. 347 s. En cuanto al carácter consuetudinario de estas garantías véase *ibid.*, p. 351 p. 356; sobre la aplicación a los terroristas en relación con un conflicto armado *ibid.*, p. 357 s., 376.

Gobierno.[105] Es de anotar que el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH) acentúa que de conformidad con el art. 14 del PIDCP, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, incluso en un conflicto armado, son derechos que no pueden suspenderse.[106] En cuanto a las *comisiones militares*, la Corte Suprema de los EE.UU. ha exigido que tiene que aducirse necesidades prácticas para desviarse de la práctica de los Tribunales militares.[107] La Corte confirmó además que el derecho del acusado a estar presente en el juicio pertenece a las garantías jurídicas reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados".[108] Un "interés convincente" del Gobierno para restringir el descubrimiento probatorio (*disclosure*), no puede ser considerado sin fundamento legal expreso.[109]

III. Protección en el derecho internacional de los derechos humanos

El Derecho Internacional de los Derecho Humanos (DIDH) no sólo es aplicable en tiempos de paz, sino también durante los conflictos armados. Mientras el DIH podría ser visto como una *lex specialis* y, por lo mismo, como derecho aplicable de manera exclusiva,[110] esto no implica la suspensión total de los derechos humanos, sino que, más bien, ellos cumplen una función llenando los vacios de aquel ámbito en los respectivos casos; ellos son aplicables complementariamente.[111] Para la CIJ existe una complementariedad de los dos regímenes en forma de círculos que se

105. *Hamdi v Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), p. 26 f.

106. United Nations Human Rights Committee (HRC), General Comment n. 29 (31.08.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, nm. 6; véase también Kälin/Künzli (*supra* nota a pie 7) p. 461.

107. *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 70.

108. *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 70 ss.

109. *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 70 ss.: "That the Government has a compelling interest in denying Hamdan access to certain sensitive information is not doubted. (...) But, at least absent express statutory provision to the contrary, information used to convict a person of a crime must be disclosed to him." (Que el Gobierno tiene un interés apremiante en negar acceso a Hamdan a cierta información sensible no está en duda. (...) Sin embargo, en ausencia de disposición legal expresa en contrario, por lo menos, la información utilizada para condenar a una persona por un delito debe ser enseñada a él", traducción de John E. Zuluaga T.).

110. Cfr. J.B. Bellinger, "Opening Remarks, U.S. Meeting with U.N. Committee Against Torture", en *US Department of State*, May 5, 2006, ([http://www.state.gov/j/drl/rls/68557.htm], última visita 14.10.2013) relativa a la aplicabilidad de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

111. Cfr. Schäfer, *Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht*, 2006, p. 17; Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2011, p. 232 ss.; C. Johann, *Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt*, 2012, p. 174 s.; también Ambos, *Treatise of International Criminal Law. Volume 2: Crimes and Sentencing*, 2014, p. 139.

superponen.[112] Por lo tanto, los derechos humanos pueden ser consultados para interpretar ciertas garantías previstas en el DIH.[113] Incluso si uno llevara la *lex specialis* del DIH al punto de derogar o sustituir los derechos humanos, seguiría siendo aplicable el derecho a un debido proceso en el ámbito del DIH (art. 3 común a los CG I-IV, arts. 84 a 108 GC III y en los artículos 64 a 78 CG IV).[114]

1. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Mientras Guantánamo Bay pertenece oficialmente a Cuba, los EE.UU. tiene plena jurisdicción y el control de la misma sobre la base de un acuerdo del año 1903.[115] Si bien este acuerdo es válido desde el punto de vista del derecho internacional y

112. *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (*Wall Opinion*), [2004] ICJ Reports, p. 136, nm. 106: "More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rightp. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law." (En términos más generales, la Corte considera que la protección ofrecida por las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que se encuentran en el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y de derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, mientras que otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional", Traducción de John E. Zuluaga T); Cfr. también J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 271, 276; Dennis/Surena, *European Human Rights Law Review*, 2008, p. 714.

113. Kälin/Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. ed. 2008, p. 196.

114. Véase también Buergenthal/Thürer, *Menschenrechte*, 2010, p. 116 s.

115. Cfr. El convenio entre los EE.UU. y Cuba para "for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations v. 23.11.1903", el texto puede verse en http://avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp (última visita 14.10.2013). El Art. III relevante dice:
"Mientras que por un lado los Estados Unidos reconocen la continuación de la *soberanía definitiva de la República de Cuba* sobre las áreas antes descritas de tierra y agua, por otro lado, la República de Cuba consiente que durante el período de la ocupación por los Estados Unidos de dichas áreas, en los términos de este acuerdo *los Estados Unidos ejercerán completa jurisdicción y control* sobre y dentro de dichas áreas con derecho a adquirir (en las condiciones que se acuerden en adelante por los dos Gobiernos) a los fines públicos de los Estados Unidos cualquier tierra u otra propiedad allí por compra o por el ejercicio del dominio eminente con el pago a los propietarios de los mismos" (Traducción de John E. Zuluaga T., énfasis del autor).

todavía está en vigor,[116] no cambia la soberanía territorial formal de Cuba sobre Guantánamo, de tal manera que el PIDCP – que sólo fue firmado por Cuba pero no ratificado[117] – no es aplicable a este territorio. Esto nos lleva a la cuestión de una posible aplicación extraterritorial del Pacto. El art. 2 (1) del PIDCP considera:

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren *en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción* los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".[118]

Aunque el texto parece sugerir una comprensión acumulativa de las condiciones relevantes – "que se encuentran en su territorio" y "estén sujetos a su jurisdicción" – por lo tanto ambas condiciones tienen que darse,[119] el Comité de Derechos Humanos afirmó la aplicabilidad extraterritorial en varios casos.[120] Especialmente en el caso de Israel, el Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en "el ejercicio de la jurisdicción efectiva de las fuerzas de seguridad de Israel"[121] y por lo tanto se basó en el principio de un *control efectivo*.[122] Sobre esta base, el Comité de Derechos Humanos emitió la siguiente observación general en 2004:

---

116. Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 59 ss. Posteriormente ha habido otros acuerdos, especialmente el "*Relations with Cuba Treaty*", el cual prevé que el contrato de arrendamiento continuará hasta tanto ambas partes acuerden una abrogación o modificación (Art. III).

117. La firma se dio en el 2008, los EE.UU. han ratificado el paquete en 1992. Cfr. http://treatiep.un.org/Pages/ViewDetailp.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (última visita 14.10.2013).

118. Énfasis del autor.

119. Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 222; M.J. Dennis, "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Time of Armed Conflict and Military Occupation", en *American Journal of International Law* 99 (2005), n. 1, p. 119, 122 con ejemplos en nota a pie 24.

120. Por ejemplo en relación con una Captura por parte de Uruguay sobre territorio argentino (*Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*, Communication n. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1(1984), p. 88, nm. 12.1), en relación con las obligaciones de derechos humanos de Irak como una potencia ocupante en Kuwait (HRC, Reports by States Parties submitted under Art. 40 of the Covenant, Consideration of Reports, Iraq (1991), UN Doc. A/46/40, p. 158); sobre la responsabilidad de la República Federal de Yugoslavia por crímenes cometidos por los nacionalistas serbios en suelo Croata y Bosnio-herzegovino (HRC, Concluding observations: Yugoslavia (28.12.1992), UN Doc. CCPR/C/79/Add.16, p. 2 s.), y finalmente respecto de la responsabilidad de Israel por lesiones a los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados (HRC, Concluding Observations: Israel (18.8.1998), UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, p. 3).

121. HRC, Concluding Observations: Israel (18.8.1998), UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, p. 3.

122. Lorenz, *Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte*, 2005, p. 43; véase también Ambos/Alkatout (*supra* nota a pie 42) p. 341, 345.

"Los Estados Partes están comprometidos (...) a respetar y garantizar los derechos consagrados en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y para todas las personas sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte. (...) [E]l ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no se limita a los ciudadanos de los Estados Partes (...). Este principio también se aplica a los sometidos al poder o al control efectivo de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo (...)".[123]

Los criterios de jurisdicción y de control (efectivo) de los Estados responsables de violaciónes extraterritoriales de derechos humanos también se han confirmado en otros regímenes de derechos humanos, entre otros, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[124] (TEDH), la Comisión Interamericana de Derechos

123. HRC, General Comment n. 31 (80) (29.03.2004), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, nm. 10 (énfasis del autor; disponible en castellano en http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom31.html última visita 14.10.2013). Las observaciones generales (*General Comments*) representan los instrumentos de interpretación de la DIDCP (Lorenz [*supra* nota a pie 122], p. 35).

124. *Bankovic and Others v Belgium and Others*, App. n. 52207/99, 12.12.2001, nm. 71: "In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the *effective control* of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, *exercises* all or some of the *public powers* normally to be exercised by that Government." ("En suma, la jurisprudencia de la Corte demuestra que el reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado contratante es excepcional: se ha hecho cuando el Estado demandado, a través del *control efectivo* del territorio en cuestión y de sus habitantes en el extranjero como consecuencia de la ocupación militar o por el consentimiento, la invitación o la aquiescencia del Gobierno de ese territorio, *ejerce* la totalidad o parte de *los poderes públicos* que normalmente suelen ser ejercidos por el Gobierno". Traducción de John E. Zuluaga T., énfasis del autor). Véase también *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, App. n. 27765/09, 23.02.2012, nm. 70 ss. Y en relación a las cárceles británicas y las operaciones en Irak *Al-Saadoon and Mufdhi v United Kingdom*, App. n. 61498/08, 02.03.2010; *Al-Skeini and Others v United Kingdom*, App. no 55721/07, 07.07.2011, nm. 131 ss. Para otros casos véase Besson, "The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to", en *Leiden Journal of International law* [LJIL] 25 (2012), n. 4, p. 857, 858 (872 ss.), identificando los tres elementos constitutivos de jurisdicción (*effective power, overall control* y *normative guidance*). Cfr. también Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 384 s.

Humanos[125] (CIDH) y la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva en 2004.[126]

---

125. *Armando Alejandro Jr et al. v Cuba*, Caso 11.589, Informe No 86/99, 19.9.1999, nm. 23: "Dado que los derechos individuales son inherentes a la persona humana, todos los Estados americanos están obligados a respetar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un *locus* extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al *control* de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su *autoridad y control*" (énfasis del autor, disponible en http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Cuba11.589.htm última visita 14.10.2013); *Coard and Others v United States*, Caso 10.951, Informe n. 109/99, 29.9.1999, nm. 37 (casi literalmente).

126. *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (*Wall Opinion*), [2004] ICJ Reports, nm. 109 ss.: „The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisionp. The constant practice of the Human Rights Committee is consistent with thip. (...) The *travaux préparatoires* of the Covenant confirm the Committee's interpretation of Article 2 of that instrument. These show that, in adopting the wording chosen, the drafters of the Covenant did not intend to allow States to escape from their obligations when they exercise jurisdiction outside their national territory. They only intended to prevent persons residing abroad from asserting, vis-à-vis their State of origin, rights that do not fall within the competence of that State, but of that of the State of residence. (...) In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory." ["La Corte observa que, si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial , a veces puede ser ejercida fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , parecería natural que, aun cuando tal es el caso, los Estados Partes en el Pacto deben ser obligados a dar cumplimiento a su disposición. La práctica constante de la Comisión de Derechos Humanos es consistente con esto. ... Los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) del Pacto confirman la interpretación del Comité del art. 2 de dicho instrumento. Estos muestran que, al adoptar la formulación elegida, los redactores del Pacto no tenían la intención de permitir a los Estados escapar de sus obligaciones en el ejercicio de jurisdicción fuera de su territorio nacional. Sólo pretende evitar que las personas residentes en el extranjero, vis-à-vis en su Estado de origen, puedan hacer valer los derechos que no caen dentro de la competencia de ese Estado, sino de la del Estado de residencia. ... En conclusión, la Corte considera que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable respecto de los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio", traducción de John E. Zuluaga T.].

A la luz de estos antecedentes, la posible oposición de los Estados Partes es irrelevante[127] y la comprensión acumulativa de los dos elementos "en su territorio" y "sujetos a su jurisdicción" debe ser rechazada.[128] De hecho, no tendría mucho sentido para la protección efectiva de los derechos humanos si los Estados con control efectivo sobre violaciónes de derechos humanos extraterritoriales estuvieren exentos de responsabilidad por el mero hecho de que no se producen estas violaciónes en su propio territorio. El control efectivo sobre el territorio implica la responsabilidad del Estado, ya que sólo el Estado es el que tiene el control efectivo para poder prevenir violaciónes.[129] La única pregunta que queda es en qué medida la aplicación necesaria de Tratados de derechos humanos por medio de la soberanía efectiva depende del alcance de su control. Esto, por supuesto, depende de si el Estado tiene instituciones para dicha aplicación.[130] En cualquier caso, por lo que se refiere al control de EE.UU. en Guantánamo, no puede haber duda de que es eficaz y completo como asi lo muestra el funcionamiento del centro de detención y los juicios de las comisiones militares, con lo cual se fundamenta una responsabilidad extraterritorial de los EE.UU..

De acuerdo con la redacción del art. 4 del PIDCP el derecho a un debido proceso puede, sin embargo, ser derogado en un "estado de emergencia público". Esto requiere, en primer lugar, una extraordinaria amenaza que ponga en riesgo la integridad estatal, como una guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación.[131] Aunque se acepta que una amenaza terrorista también puede constituir una amenaza,[132] este requisito tiene que ser interpretado de manera restrictiva. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos destacó que, incluso durante un conflicto armado, una amenaza a la vida de la nación no se deriva automáticamente. En su lugar, la amenaza debe representar cierta gravedad.[133] Con respecto a la detención de sospechosos de terrorismo, por lo tanto, es necesario que la amenaza terrorista sea "real o inminente", lo que afecta al Estado en su conjunto y pone en peligro la "continuación de la vida organizada de la comunidad" para lo cual las contramedidas comunes (permitidas por los tratados

127. Respecto de los *travaux* en detalle: Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 224 ss.

128. Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 226.

129. Cfr. Besson (*supra* nota a pie 124) p. 857, 865; Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 53.

130. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 2. Ed., 2008, p. 131.

131. Macken, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists*, 2011, p. 80.

132. Macken (*supra* nota a pie 131), p. 81 con otras referencias.

133. Oraá, *Human rights in states of emergency in international law*, 1996, p. 20; HRC, General Comment n. 29 (31.08.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, Rn 3; Cfr. auch *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (*Wall Opinion*), [2004] ICJ Reports, p. 136, nm.106.

de derechos humanos) serían insuficientes.[134] Incluso si uno parte de que estos requisitos se han cumplido inmediatamente después del 9/11, es dudoso que esto todavía deba considerarse cierto once años después.[135] Además de estas dudas, los EE.UU. nunca han notificado al Secretario general de la ONU, como lo exige el art. 4 (3) PIDCP, de cualquier estado de emergencia.[136] Por lo tanto puede concluirse que no existe tal estado de emergencia, lo que permitiría una negación del derecho a un debido proceso.

Si se supone que existía una emergencia o todavía existe, no se pueden suspender por completo todas las garantías procesales, incluso si el art. 4 del PIDCP pareciere llegar a ese efecto. También en tiempos de paz debe existir un nivel mínimo de derechos, pues de otra manera serían derogados derechos inderogables (como la prohibición de la tortura,[137] la presunción de inocencia[138] o el derecho a impugnar la legalidad de la detención de uno a través del hábeas corpus[139]). Además, los procesos que pueden desencadenar en una pena de muerte deben cumplir con las normas de un debido proceso en todas las circunstancias.[140] Es más, la lista de derechos que no pueden derogarse mencionados en el art. 4 (2) del PIDCP no es congruente con las normas del *ius cogens* de derecho internacional, normas que dado su carácter imperativo nunca pueden ser suspendidas o derogadas.[141] Derechos procesales básicos tales como la presunción de inocencia o el derecho a la defensa también se pueden contar entre estas normas imperativas o de *ius cogens*.[142]

---

134. Macken ((*supra* nota a pie 131), p. 82.

135. Tomuschat ((*supra* nota a pie 130), p. 131.

136. K.E. Dahlstrom (*supra* nota a pie 58) p. 662, 670.

137. E. Schmid, "The Right to a Fair Trial in Times of Terrorism: A Method to Identify the Non-Derogable Aspects of Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights", en *Goettingen Journal of International Law* 1 (2009), n. 1, p. 29, 43 s.

138. HRC, General Comment n. 32 (23.08.2007), UN Doc. CCPR/C/GK/32, nm. 6.

139. de Londras (*supra* nota a pie 1), p. 65; Comisión de Derechos Humanos, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, Opinion n. 11/2000 (Peru), UN Doc. E/CN.4/2001/14/Add.1, p. 75 ss.

140. HRC, General Comment n. 32 (23.08.2007), UN Doc. CCPR/C/GK/32, nm. 6.

141. HRC, General Comment n. 29 (31.08.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, nm. 11: "The enumeration of non-derogable provisions in art. 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law." ("La enumeración de las disposiciones no derogables en el art. 4 se relaciona, pero no se idéntifican, con la cuestión de si ciertas obligaciones de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional", traducción de John E. Zuluaga T.)

142. HRC, General Comment n. 29 (31.08.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, nm. 11.

2. *Nivel regional: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

Aunque ni los EE.UU. ni Cuba son partes en la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH),[143] se prevé el derecho a un debido proceso en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la que Cuba y los EE.UU. son partes como miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).[144]

Aunque el carácter y el estatus de la Declaración son controvertidos – ya que sólo se adoptó como una "declaración" en la Novena Conferencia Internacional Americana, junto con la Carta de la OEA[145] y, por lo tanto, no tenía originalmente ningún efecto jurídicamente vinculante[146] –, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dado un carácter vinculante al reconocer la misma como "una fuente de obligaciones internacionales en relación con la Carta de la Organización".[147] A pesar de esto, los EE.UU. niegan su carácter vinculante e insiste en que no le implica ningún compromiso.[148] A pesar de la contradicción persistente

143. http://www.oap.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm (última visita 14.10.2013). Crítico Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2003, p. 340 s.

144. Vease http://www.oap.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States_sign.htm (última visita 14.10.2013); Cfr. Buergenthal/Thürer (*supra* nota a pie 114) p. 298 ss.

145. C.M. Grossman, "American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948)", en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012, nm. 2.

146. Buergenthal/Thürer (*supra* nota a pie 114) p. 299 s.; en detalle C. Medina Quiroga, "The inter-American system for the protection of human rights", en C. Krause (ed.), *International protection of human rights*, 2009, p. 475, 477 s.

147. IAGMR, *Advisory Opinion OC-10/89 July 14, 1989*, nm. 45. Esta interpretación evolutiva es bastante común en la jurisprudencia internacional, véase en detalle M. Dawidowicz, "The effect of the passage of time on the interpretation of treaties: some reflections on Costa Rica v Nicaragua", en *Leiden Journal of International law* 24 (2011), n. 1, p. 201 ss.

148. K.E. Dahlstrom (*supra* nota a pie 58) p. 662, 671; Respuesta del Gobierno de los EE.UU. ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Report 85/00 of October 23, 2000 respecto a Mariel Cubans (Caso 9903) (http://www.cidh.org/Respuestas/USA.9903.htm, última visita 14.10.2013): "With regard to each implication or direct assertion in the Commission's report that the American Declaration of the Rights and Duties of Man itself accords rights or imposes duties, some of which the United States has supposedly violated, the United States reminds the Commission that the Declaration is no more than a recommendation to the American Statep. Accordingly, the Declaration does *not* create legally binding obligations and therefore *cannot* be,'violated'" (Con respecto a cada implicación o afirmación directa en el informe de la Comisión de que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sí concede derechos o impone deberes, algunos de los cuales los Estados Unidos supuestamente ha violado, los Estados Unidos

de los EE.UU. (como "*persistent objector*"),[149] la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha encontrado varias violaciónes de la Declaración por parte de los EE.UU..[150] Si uno está de acuerdo con la posición de la CIDH y de la CorteIDH, la Declaración también vincularía a los EE.UU. y por lo tanto obliga a cumplir con las garantías mínimas del debido proceso, incluso en un estado de emergencia.[151]

IV. Constitución de los EE.UU.

Sobre la base, entre otras cosas, de la *cláusula del debido proceso* de la Enmienda Quinta y Decimocuarta de la Constitución de EE.UU.,[152] una persona puede impugnar su detención por medio de un recurso de *habeas corpus*,[153] una

---

recuerda a la Comisión que la Declaración no es más que una recomendación para los Estados americanos. En consecuencia, la Declaración *no* crea obligaciones jurídicamente vinculantes y por lo tanto *no puede* ser violada." (Traducción de John E. Zuluaga, énfasis original)).

149. Véase Dumberry, *International & Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 779, 787.

150. Véase por ejemplo *Roach and Pinkerton v United States*, Rep. n. 3/87, Case 9647; *Michael Domingues v United States*, Report n. 62/02, Merits, Case 12.285.

151. En particular, el umbral de gravedad con respecto a un estado de emergencia se puede comparar con lo requerido por el art. 4 PIDCP (véase *Oraá* [*supra* nota a pie 133], p. 22 ss. y texto central con nota a pie 117 ss.). Aparte de eso, el derecho al debido proceso puede ser visto como un derecho inderogable (Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, 1998, p. 462). Respectivamente, la CIDH declaró admisible una petición de un detenido en Guantánamo en relación con las presuntas violaciónes de, entre otros, el art XXVI DADDH ("derecho al debido proceso legal"); "fundamentalmente sobre la base de la falta de determinación adecuada de su estatus legal; su detención arbitraria durante una década sin acusación formal ni revisión judicial; los actos de tortura física y psicológica y trato cruel, inhumano y degradante, los cuales se alega ocurrieron mientras estuvo en Kandahar y Guantánamo; la privación de desarrollar su vida privada y familiar; y la falta de recursos judiciales efectivos para remediar las violaciones que alegan ha sufrido." (*Djamel Ameziane v United States*, Petición 900-08, Informe n. 17/12, 20.3.2012, [www.oas.org/es/cidh/decisiones/2012/USAD900-08ES.doc] (última visita 14.10.2013)], nm. 48).

152. Dimitrakopoulos, *Individual Rights and Liberties Under the U.P. Constitution*, p. 151 s. con más referencias. Mientras que el primero vincula al gobierno federal, este último es aplicable en términos de los Estados y los gobiernos locales.

153. El procedimiento de *habeas corpus* permite lograr, como un recurso extraordinario, la revisión de la legalidad de la detención a los efectos de la liberación mediante la emisión de un *writ of habeas corpus*. (F. Meyer (*supra* nota a pie 89) p. 1, 8 s.). Como *writ* se entiende acá las instrucciones u ordenes de un Tribunal superior a otro tribunal subordinado a éste (Dietl/Lorenz, *Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik*, Teil I, 6. ed. 2000, p. 912).

acción jurídica extraordinaria para ser conducido ante un juez o tribunal.[154] Una Condena puede ser desvirtuada por el hecho de que se base en una violación de la Constitución.[155] Una suspensión de la orden judicial sólo se permite cuando hay una "rebelión o invasión" que asciende a un peligro para la "seguridad pública" (la llamada *cláusula de suspensión*).[156]

La Administración Bush propuso, basándose en la decisión de la Corte Suprema *Johnson v Eisentrager*, que el recurso de *hábeas corpus* no es aplicable a los extranjeros detenidos fuera del territorio de EE.UU..[157] En el caso *Johnson*, los querellantes fueron 21 prisioneros de guerra alemanes, que fueron capturados por el Ejército de EE.UU. y juzgados y condenados por una comisión militar estadounidense en China por violaciónes de las leyes de la guerra cometidas allí. Posteriormente fueron encarcelados en la prisión militar estadounidense en Landsberg, situada en una zona de Alemania ocupada por los EE.UU. Si bien nunca estuvieron en la jurisdicción territorial de EE.UU., presentaron ante la Corte del Distrito de Columbia un recurso de *hábeas corpus* a causa de una violación, entre otras cosas, de la Quinta Enmienda y la CG de 1929, en particular, sus artículos 60 y 63.[158] La mayoría de la Corte en el caso Johnson negó la posibilidad de un recurso de *hábeas corpus* considerando que los prisioneros nunca estuvieron dentro de un territorio sobre el que los Estados Unidos fuera soberano y los momentos del delito, captura, juicio y castigo se dieron todos más allá de la jurisdicción territorial de un Tribunal de los EE.UU.[159] En ese sentido argumento también el Gobierno de Bush, aduciendo

154. A.U. Davenport, *Basic Criminal Law*, 2012, p. 20; Ingram, *Criminal Procedure*, 2008, p. 69; C.-F. Stuckenberg, 'Habeas corpus ad subjiciendum: Zugang zu ordentlichen Gerichten für die Gefangenen von Guantánamo Bay', en *Juristenzeitung* 64 (2009), p. 85, 87. Respecto al desarrollo del *writ of habeas corpus* y su recepción en los EE.UU. Cfr. F. Meyer (*supra* nota a pie 89) p. 1, 10 ss.; R.H. Fallon/D.J. Meltzer, "Habeas corpus jurisdiction, substantive rights, and the war on terror", en *Harvard Law Review* 120 (2007), n. 8, p. 2029, 2037.

155. Ingram (*supra* nota a pie 154), p. 467.

156. Art. I § 9 cl. 2 Constitución de los EE.UU.: "The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it." ("El privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando en casos de rebelión o invasión, la seguridad pública lo exija." Traducción de John E. Zuluaga T.)

157. Cfr. Philbin/Yoo, *Memorandum: Possible Habeas Jurisdiction over Aliens Held in Guantanamo Bay, Cuba* (http://texscience.org/reform/torture/philbin-yoo-habeas-28dec01.pdf, última visita 14.10.2013), p. 6 s.

158. Cfr. *Johnson v Eisentrager*, 399 US 763 (1950); C.-F. Stuckenberg (*supra* nota a pie 154) p. 85, 89. El texto de la CG de 1929 puede verse en http://www.icrc.org/ihl/INTRO/305 (última visita 14.10.2013).

159. *Johnson v Eisentrager*, 399 US 763, 777 s. (1950): "... at no relevant time were within any territory over which the United States is sovereign, and the scenes of their offense, their capture, their trial and their punishment were all beyond the territorial jurisdiction of

que los prisioneros de Guantánamo se encontraban en un territorio en el cual Cuba ejercia la soberanía formalmente.[160]

A pesar del efecto precedente de la decisión *Johnson*,[161] se debe tener en cuenta las siguientes diferencias:[162] en primer lugar, en *Johnson* no había duda de que los 21 detenidos alemanes eran combatientes enemigos y, por lo tanto, prisioneros de guerra. En el caso de Guantánamo *Boumediene*, sin embargo, los querellantes impugnaron su estatus de combatientes enemigos. A pesar de ello, está condición sólo se verificó mediante un procedimiento ante el CSRT. En el proceso ante el CSRT se provoco realmente una revisión por medio del *habeas corpus*.[163] En segundo lugar, la Corte Suprema no pudo ver ninguna razón por la cual la misión militar en Guantánamo se viera comprometida por la revisión de la detención por parte de un tribunal independiente. Los esfuerzos aliados de reconstrucción y ayuda en la ocupación en Alemania pudieron ser puestos en riesgo, al contrario, por un control judicial de los tribunales de EE.UU., no confiables por la realidad de la ocupación.[164] En tercer lugar, tal vez la diferencia más importante radica en los controles soberanos de las respectivas prisiones: Mientras que la prisión de Landsberg en Alemania estaba bajo el control conjunto de las cuatro fuerzas aliadas, Guantánamo se encuentra dentro de la "competencia continua" y no transitoria de los EE.UU.[165]

---

any court of the United States [...] the privilege of litigation has been extended to aliens, whether friendly or enemy, only because permitting their presence in the country implied protection.".
("...en ningún momento se encontraban dentro de un territorio sobre el que los Estados Unidos es soberano, y las escenas de su delito, su captura, su juicio y su castigo se dieron todas más allá de la jurisdicción territorial de una Corte de los Estados Unidos (...) el privilegio de litigios se ha ampliado a los extranjeros, ya sea amigo o enemigo, sólo porque su presencia en el país permite protección implícita." Traducción de John E. Zuluaga T.).

160. Cfr. Philbin/Yoo (*supra* nota a pie 157), p. 6 s.

161. *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 36 ss.

162. *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 36 ss.

163. *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 37.

164. *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 39 ss.

165. *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 38 s.; Cfr. *Rasul v Bush*, 542 US 466 (2004), p. 12; Crítico Stuckenberg (*supra* nota a pie 154), p. 85, 93; Desai, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, p. 1579, 1598 ss. Aunque esto remembra el criterio de control efectivo (Cfr. *supra* nota a pie 111 s. con texto principal), el Concepto de la Corte Suprema de la soberanía *de facto* y el principio del derecho internacional de un control efectivo no deben confundirse, véase en detalle F. de Londras, "What Human Rights Law Could Do: Lamenting the Absence of an International Human Rights Approach in Boumediene & Al Odah", en *Israel Law Review* 41 (2008), n. 3, p. 562 ss.; Besson (*supra* nota a pie 124) p. 857, nota a pie 35 y texto principal.

Asimismo, el argumento de la administración Bush de otorgar el derecho de *hábeas corpus* sólo a los ciudadanos estadounidenses[166] es igualmente erróneo, pues ya desde su punto de partida el Art. 28 USC § 2241 también se aplica a los ciudadanos extranjeros.[167] Desde la concepción histórica como *recurso prerrogativo*,[168] que se refiere a aquellos quienes serán detenidos y no a los que están detenidos,[169] se deduce que el recurso de *habeas corpus* se aplica también en los casos de los extranjeros detenidos si están bajo la soberanía real de los Estados Unidos. Por lo tanto, como consecuencia, el derecho a un recurso de *hábeas corpus* tiene "pleno efecto en la Bahía de Guantánamo".[170] Este derecho no se ha suspendido. Mientras que el 28 USC § 2241 (5) (e) y la Ley sobre el Trato a los Detenidos de 2005 (DTA) excluye a "combatientes enemigos" del recurso, el Gobierno no pretendía ni una suspensión formal del recurso prerrogativo, ni argumento que ello se suspendiera de manera automática.[171] Por supuesto, el ejercicio de un recurso de hábeas corpus es sólo un medio de procedimiento para el ejercicio de los derechos

166. Cfr. La posición del gobierno en *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 35; Cfr. B.J. Priester, "Return of the Great Writ: Judicial Review, Due Process, and the Detention of Alleged Terrorists as Enemy Combatants", en *Rutgers law Journal* 37 (2005-2006), n. 1, p. 39, 90; Fallon/Meltzer (*supra* nota a pie 154), p. 2029, 2053. Ahora no hay ciudadanos de los EE.UU. detenidos en Guantánamo, ya que todos fueron llevados a cárceles en el territorio de los Estados Unidos (Lutz [*supra* nota a pie 20], p. 35; Cfr. También la lista de detenidos [*supra* nota a pie 73]).

167. Stuckenberg (*supra* nota a pie 154), p. 85, 88; *Rasul v Bush*, 542 US 466 (2004), p. 12 f.

168. de Londras (*supra* nota a pie 1), p. 39 s.

169. P.D. Halliday/G.E. White, "The Suspension Clause: English Text, Imperial Contexts, and American Implications", en *Virginia Law Review* 94 (2008), 94, p. 575, 714; *Braden v 30th Judicial Circuit Court of Ky.*, 410 US 484, 494 s. (1973); *Rumsfeld v Padilla*, 542 US 426 (2004), p. 5 s.

170. *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 41. Crítico respecto de la duración de los procedimientos de *hábeas corpus* D. Gartenstein-Ross (*supra* nota a pie 1) p. 257, 262 s.

171. *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 41 s. – La Corte Suprema examinó si la acción legal ante el CSRT y el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia es un sustituto suficiente. Criticó el hecho de que el Tribunal de Apelaciones no tenía jurisdicción para examinar la legalidad de la detención, pero sólo si los procedimientos ante el CSRT coinciden con el procedimiento establecido por el Secretario de Defensa y si este procedimiento es legal. Por otra parte, sostuvo que la Corte de Apelaciones sólo tiene un papel limitado en comparación con otros procedimientos de *habeas corpus*. Teniendo en cuenta la falta de asistencia por un abogado y la admisión de testimonios de oídas, como ejemplos de medios limitados de protección de los detenidos, asi como el "considerable riesgo de error en las conclusiones del Tribunal sobre los hechos" (p. 56), la Corte Suprema rechazó la existencia de un procedimiento sustituto suficiente (ibid., p. 48-64). En 2011, el presidente Obama emitió una orden que establecía un proceso de revisión periódica que "*the executive branch's continued, discretionary exercise of existing detention authority in individual cases*" cada tres años debe ser revisado. (Executive Order n. 13567, § 1(b); La regulación esta disponible en [http://www.fap.org/irp/offdocs/eo/eo-13567.htm], última visita 14.10.2013); en detalle L.A. Malone (*supra* nota a pie 21), p. 347, 356 ss.

constitucionales fundamentales que deben existir en primer lugar.[172] La Corte Suprema dejó la pregunta sin respuesta de si los derechos constitucionales en última instancia, podrían ser invocados por los detenidos.[173] A fin de preservar la eficacia del recurso, sin embargo, el solicitante debe tener la posibilidad de invocar al menos los derechos fundamentales constitucionales,[174] por ejemplo, la cláusula del debido proceso de la Quinta y Decimocuarta Enmienda.[175]

D. CONCLUSIÓN

El derecho a un debido proceso es plenamente aplicable en relación con presuntos terroristas en el marco de la "guerra contra el terror". Constituye un derecho humano fundamental consagrado en varios regímenes que crean un ámbito de protección a las garantías judiciales básicas.

En el plano *internacional*, se garantiza por la CG durante un conflicto armado, independentemente de su carácter internacional o no internacional, tanto para las fuerzas armadas y la población civil. Para la situación de los detenidos en Guantánamo, se consideran aplicables como garantías mínimas las fundamentales "leyes de la humanidad" en el sentido de la cláusula de Martens y el art. 3 común a las CG. Esto incluye "garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados" (art. 3 (1) (d) CG). Incluso si se acepta el concepto de combatientes ilegales, la protección de las garantías judiciales de las CG no puede ser suspendida. En *tiempos de paz*, el derecho a un debido proceso está garantizado por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si bien pueden ser suspendidos en tiempos de emergencia, ciertos derechos procesales mínimos y necesarios para proteger los derechos humanos inderogables siguen existiendo en todas las circunstancias. Los derechos humanos básicos también se aplican a los conflictos armados de manera complementaria al DIH como *lex specialis*.

A nivel nacional, la Constitución de los EE.UU. y su Quinta Enmienda se aplican incluso a ciudadanos extranjeros detenidos en Guantánamo.

En suma, como uno de los principios fundamentales de la ley, el derecho a un debido proceso nunca puede ser derogado y debe ser respetado tanto en tiempos de paz como en tiempos de conflicto armado.

---

172. F. Meyer (*supra* nota a pie 89) p. 1, 36.

173. Crítico F. Meyer (*supra* nota a pie 89) p. 36, 38; cf. also R.H. Fallon/D.J. Meltzer (*supra* nota a pie 154) p. 2048; L.A. Malone, (*supra* nota a pie 21) p. 347, 350 s.

174. Cfr. también R.H. Fallon/D.J. Meltzer (*supra* nota a pie 154) p. 2029, 2064.

175. A. Walen/I. Venzke (*supra* nota a pie 42) p. 843, 876 ss.; Cfr. también *Hamdi v Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), p. 26.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A apertada corda entre o terrorismo e os Direitos Humanos, de Dimitris Christopoulos - *RBCCrim* 42/19, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 7/525 (DTR\2003\7);
- A farmácia dos Direitos Humanos: algumas observações sobre a prisão de Guantánamo, de Moysés da Fontoura Pinto Neto - *Ciências Penais* 8/278, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/421 (DTR\2008\17); e
- O Direito Internacional e o Direito brasileiro em face do terrorismo, de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros - *RCP* 15/335 (DTR\2011\5233).

66193

Crimes da ditadura militar: cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomez Lund*

Crimes of the Military Dictatorship: complying with the conviction of the Gomez Lund case by the Inter-American Court of Human Rights

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, ocupando vaga destinada ao quinto constitucional do Ministério Público. Ex-Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais.

Área do Direito: Penal; Militar; Constitucional; Processual

Resumo: O presente estudo pretende enfrentar o problema do cumprimento da condenação proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em desfavor do Brasil, no caso Gomez Lund. A referida condenação impôs ao Brasil o dever de investigar, de processar e de punir os crimes praticados por seus agentes no período da ditadura militar. Essa decisão, aparentemente, conflita com a decisão anteriormente proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, que reconheceu validade para a Lei de Anistia - Lei 6.683/1979. O objetivo do trabalho é comprovar a hipótese de que o conflito é apenas aparente e que o instituto da prescrição também não constitui obstáculo à responsabilização dos criminosos do regime.

Palavras-chave: Ditadura - Responsabilização - Crime - Conflito de decisões - Prescrição.

Abstract: This paper intends to address the problem of complying with the conviction given to Brazil by the Inter-American Court of Human Rights in relation to the Gomez Lund case. Brazil was convicted and sentenced to investigating, prosecuting and punishing the crimes committed by Brazilian agents during the military dictatorship period. The sentence apparently conflicts with a previous sentence passed by *Supremo Tribunal Federal* (the Brazilian Supreme Court) in the ADPF 153 trial, which considered the amnesty law valid (Law number 6.683/1979). The aim of this paper is to prove the hypothesis that the conflict with the previous sentence is only apparent. It also wants to prove that the Statute of Limitations is not an obstacle for the criminal liability of criminals involved in the regime.

Keywords: Dictatorship - Criminal liability - Crime, conflict between sentences - Statute of Limitations.

Sumário: 1. Introdução - 2. O direito Internacional - 3. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal - 4. A condenação do Brasil pela CIDH no caso da Guerrilha do Araguaia - 5. Justiça de transição: 5.1 Polarização com os militares - 6. Ditadura militar e estado de exceção: 6.1 Doutrina de segurança nacional; 6.2 Ditadura militar brasileira; 6.3 Tomada do poder político; 6.4 Manutenção do poder; 6.5 Estado de exceção; 6.6 Crimes praticados por agentes do Estado brasileiro; 6.7 Resistência ao regime e anistia; 6.8 Transferência do governo aos civis; 6.9 Constituição democrática de 1988; 6.10 Invalidade das leis do estado de exceção - 7. Prescrição dos crimes cometidos por agentes do Estado brasileiro: 7.1 Imprescritibilidade dos crimes contra

a humanidade; 7.2 Prescrição no estado de exceção; 7.3 Marco inicial do prazo prescricional - 8. Conclusões - 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Mesmo após o término do regime militar, iniciado em 1964, a transição política do Estado brasileiro para a democracia ainda não se completou. Muito embora tenha sido recentemente instituída a Comissão Nacional da Verdade, por meio da Lei 12.528/2012, pode-se dizer que os avanços efetivos se verificaram apenas no que diz respeito ao dever de indenizar os perseguidos pelo regime, ou seus familiares, quanto aos danos materiais e morais sofridos.

Hoje existe a certeza de que muitos agentes do Estado praticaram condutas incriminadas pelo Direito Penal Brasileiro durante os anos do regime militar, contudo nenhum agente foi criminalmente processado.[1] Pode-se dizer que a irresponsabilidade dos que torturaram e mataram opositores do regime, a pretexto de salvar o país da ameaça do comunismo, ainda constitui uma ferida aberta no Brasil. Em grande parte, a irresponsabilidade deve-se à edição da Lei 6.683, de 28.08.1979, que concedeu anistia aos crimes praticados durante o regime militar brasileiro (1964-1985).

A sociedade brasileira prossegue lutando para saber o que de fato ocorreu nos anos da ditadura militar. Apesar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, ainda se discute a possibilidade de rever a interpretação que até então é dada à Lei de Anistia. O debate sobre a responsabilização dos criminosos e sobre o alcance da anistia brasileira que hoje ocupa lugar de destaque no cenário nacional decorre do processo de consolidação da democracia em nosso país e reflete o que também ocorreu em outros países da América Latina. A discussão apresenta transcendência nacional e diz respeito ao dever de garantir a vigência plena e efetiva do Estado Democrático de Direito que se pretende construir para a presente e para as futuras gerações.

Com base na decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomez Lund, recentemente, o Ministério Público Federal propôs ações penais em face de Sebastião Curió Rodrigues de Moura, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina, imputando-lhes responsabilidades por crimes cometidos durante o período da ditadura militar. A tese sustentada nos referidos casos é a de que o crime de *sequestro* é permanente e encontra-se em curso até os dias atuais, já

1. SABADELL, Ana Lúcia; MAVILA, Olga Espinoza. *Elaboração jurídico-penal do passado após mudança do sistema político em diversos países:* relatório Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p.76-77; SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal* – problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79). Curitiba: Juruá, 2007. p. 57.

que não há notícias do paradeiro das vítimas. A proposição pretende superar possíveis obstáculos opostos à responsabilização dos acusados pelos crimes praticados no período em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153, na qual foi reconhecida a validade jurídica da Lei de Anistia. As iniciativas fundamentam-se no entendimento do próprio Supremo, expresso nos julgamentos das Extradições de ns. 974 e 1.150, no sentido de que o *sequestro* de desaparecidos políticos é crime permanente. Nos dois casos, o Supremo Tribunal Federal autorizou a extradição de militares argentinos para que, em seu país, respondessem pelos crimes de *sequestro*, cujo início se deu na década de 1970.

O esforço desenvolvido para responsabilizar criminosos do regime militar, com o argumento da natureza permanente do crime de *sequestro*, acaba por limitar as possibilidades de responsabilização criminal para os graves crimes cometidos no período de exceção. A possibilidade jurídica de responsabilização criminal não se restringe aos crimes permanentes e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153, não constitui obstáculo jurídico à investigação, ao processo e à condenação dos criminosos do regime militar.

2. O DIREITO INTERNACIONAL

As noções de direito internacional ainda não estão consolidadas na operação do direito criminal em nosso país. Lamentavelmente, poucas são as decisões criminais que se fundamentam em dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica*.

O reconhecimento da possibilidade de conflito entre a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal evidencia as dificuldades no trato com o direito internacional. Para resolver o possível conflito entre a decisão da Corte Internacional e a da Suprema Corte brasileira, a primeira questão que se apresenta diz respeito à relação existente entre o direito internacional e o direito interno. Isso porque a decisão proferida pela Corte tem como fundamento disposições de um tratado internacional (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), e a decisão proferida pelo Supremo fundamenta-se nas disposições da Constituição da República.

Tradicionalmente, duas correntes se confrontaram para explicar a referida relação: a teoria dualista,[2] que concebe a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna como distintas e autônomas, e a teoria monista,[3] que preconiza a

2. TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Trad. Amílcar de Castro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, vol. 17, 1964, p. 7-64.

3. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 515 e ss.

unidade das disposições internacionais e internas em um mesmo sistema jurídico. A melhor doutrina entende que a polêmica teórica se encontra superada em favor de um sistema único de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que o § 2.º do art. 5.º da Constituição da República expressamente dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Com toda razão, Flavia Piovesan esclarece que a Constituição incorporou os direitos e as garantias estabelecidas nos tratados internacionais de modo que estes adquiriram, para o direito interno, natureza de normas constitucionais.[4] A incorporação dos direitos e garantias fundamentais reconhecidos nos tratados decorre da necessária conciliação entre as normas de direito interno e as disposições internacionais.[5]

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, ao julgar o Recurso Extraordinário 466.343, acolheu o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos possui hierarquia *supralegal*. Isso significa que a Convenção ocupa posição superior à legislação ordinária, mas inferior à Constituição. Em seu voto, o ministro Gilmar considerou que a Emenda Constitucional 45 acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da CR de modo a estabelecer que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais para concluir que, "em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais". A decisão muda o posicionamento da Suprema Corte que, desde o julgamento do RE 80.004/SE ocorrido em 01.06.1977, sustentava que os tratados internacionais ingressam na ordem jurídica interna no patamar hierárquico da lei ordinária.

Data vênia, o entendimento da Suprema Corte não é correto. A referida emenda constitucional não é constitutiva de uma nova natureza para os tratados internacionais, mas unicamente da forma de incorporação destes ao ordenamento jurídico interno. A Emenda não trouxe alteração de ordem material para os tratados, apenas formal. A nova disposição constitucional reconheceu a natureza especial dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, distinguindo-os dos demais

4. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

5. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1, p. 445; e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116 e ss.

tratados internacionais. As exigências procedimentais que a Emenda acrescenta para o ingresso formal dos tratados internacionais no contexto das disposições constitucionais não possui o efeito de desconstituir a natureza dos tratados, já que foram anteriormente incorporados à ordem jurídica interna por força do disposto no § 2.º do mesmo dispositivo constitucional. A exigência agora estabelecida pelo § 3.º somente se aplica aos tratados a serem incorporados após a sua vigência. Antes da referida Emenda, os tratados de direitos humanos, materialmente constitucionais, para ingressar na ordem jurídica interna, não precisavam atender às exigências relacionadas ao procedimento especial para a aprovação.

De qualquer forma, independentemente do entendimento adotado para conceber o ingresso dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, é necessário perceber que não há qualquer conflito entre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153, e a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomez Lund.

3. O JULGAMENTO DA ADPF 153 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 21.10.2008, ingressou no Supremo Tribunal Federal com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 153, visando obter a declaração de que a anistia concedida pela Lei 6.683/1979 aos crimes políticos e aos que lhe são conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar iniciado em 1964.

Por meio da ADPF 153, foi questionado o art. 1.º da Lei de Anistia, concentrando o foco das atenções no § 1.º do referido dispositivo, segundo o qual a anistia alcança os crimes conexos, considerados como tais os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com a arguição manejada, pediu ao Supremo Tribunal Federal que desse ao dispositivo legal uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar que perdurou entre os anos de 1964 e 1985.

Nesse aspecto, vale observar que, sob o manto protetor do regime militar, foram cometidos muitos crimes contra pessoas que sequer estavam inseridas no contexto de resistência ao regime. Conforme relata Claudio Guerra,[6] amparado no sistema de exceção, formaram-se grupos de extermínio a soldo que praticaram crimes para

6. Claudio Guerra em depoimento a NETTO, Marcelo; MEDEIROS, Rogério. *Memórias de uma guerra suja*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012. p. 128-129 e 194.

atender aos interesses particulares de seus integrantes. O interesse desses grupos não era servir ao país; não se orientavam por qualquer viés ideológico, visavam apenas ganhar dinheiro. Após o fim do regime, os integrantes desses grupos foram recrutados pelo crime organizado. Posteriormente, o envolvimento de agentes do Estado com o crime acabou por dar origem ao fenômeno associativo criminoso que nos dias atuais é conhecido por *milícia*. A ação proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contudo, não mencionou a necessidade de responsabilizar os agentes do Estado pelos crimes praticados fora do contexto do embate político.

O pedido formulado na inicial determina a natureza do provimento judicial a ser proferido e, no caso da ADPF 153, não resta dúvida: a ação manejada demandou provimento judicial de natureza jurídica declaratória.

Julgando o pleito formulado pelo Conselho Federal da OAB, a Suprema Corte, "por maioria, julgou improcedente a arguição, nos termos do voto do Relator, vencidos os senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos do seu voto, e Ayres Britto, que julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no art. 5.º, XLIII, da Constituição".

Quanto aos efeitos jurídicos da decisão proferida pelo Supremo, vale observar que julgar improcedente uma ação declaratória significa não fazer qualquer declaração. A improcedência da declaração requerida não importa na declaração em sentido inverso ao pleiteado na inicial. A decisão que julga improcedente uma ação declaratória nega-se a declarar o que foi pedido. Em outras palavras: não declara qualquer coisa. A decisão proferida pela Suprema Corte não possui qualquer caráter vinculante e não constitui obstáculo a decisões proferidas por outros órgãos judiciais, já que o que transita em julgado é apenas a parte dispositiva da decisão. Não se pode esquecer que, nos termos do art. 469 do Código de Processo Civil, "não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo".

Portanto, por mais corretos e adequados que sejam os motivos expostos na fundamentação da respeitável decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, tais motivos não transitaram em julgado e não constituem obstáculo a decisões judiciais que venham a reconhecer a invalidade jurídica da Lei de Anistia e a responsabilidade criminal de agentes do Estado por crimes cometidos durante o regime militar.

4. A CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA CIDH NO CASO DA GUERRILHA DO ARAGUAIA

Familiares de 22 mortos na Guerrilha do Araguaia, em 19.02.1982, ingressaram perante a 1.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (Proc.

82.00.24682-5) com ação que pedia que a União indicasse o local de sepultamento dos militantes mortos, para que fosse possível a identificação destes e para viabilizar o atestado de óbito, bem como que fossem exibidos todos os documentos relativos às ações do Poder Público na área do conflito. Em contestação, a União negou a existência do conflito, dos desaparecimentos e dos documentos solicitados. Ponderou, entretanto, que, se tais documentos existissem, eles não poderiam ser apresentados devido a seu caráter secreto. Após um longo processo judicial, o pedido formulado pelos autores foi julgado procedente em 23.06.2003 e transitou em julgado em 08.02.2008. Atualmente, encontra-se em conturbada fase de execução.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana uma demanda contra o Brasil, em 26.03.2009, que se originou da petição apresentada, em 07.08.1995, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e de seus familiares.

A demanda sustentou a responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, pela tortura e pelo desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre os anos de 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a denominada *Guerrilha do Araguaia*. A Comissão também sustentou que, com amparo na Lei 6.683/1979, o Estado brasileiro não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelos crimes cometidos.

No momento da propositura da demanda, o Estado brasileiro nada tinha feito para esclarecer os fatos ocorridos na Guerrilha do Araguaia. Após a provocação feita pelas entidades de direitos humanos à Comissão Interamericana, com base em um dossiê elaborado pelas famílias dos desaparecidos, foi editada a Lei 9.140, de 04.12.1995, que reconheceu a morte de 136 pessoas (relacionadas em seu anexo I) desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 02.09.1961 a 15.08.1979, e assegurou aos familiares o direito à indenização. Estima-se que as 136 pessoas oficialmente reconhecidas como desaparecidas representem apenas a metade dos desaparecidos políticos durante o regime militar.[7] A referida lei ainda instituiu uma Comissão Especial para proceder ao reconhecimento de outras pessoas desaparecidas ou mortas em condições não naturais em dependências policiais ou assemelhadas.

Inicialmente, a Lei 9.140/1995 instituiu em seu art. 4.º que a Comissão deveria proceder ao reconhecimento de pessoas desaparecidas não mencionadas em seu anexo I, bem como, por terem participado ou por terem sido acusadas de participa-

7. BRASIL. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 195.

ção, em atividades políticas, no período de 02.09.1961 a 15.08.1979, que tenham falecido por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas. Posteriormente, a Lei 10.536/2002 alterou esse período para 02.09.1961 a 05.10.1988. A Lei 10.875/2004, por sua vez, modificou o art. 4.º da Lei 9.140/1995 para incluir entre as atribuições da Comissão a tarefa de proceder ao reconhecimento de pessoas que tenham falecido devido à repressão policial sofrida em manifestações públicas ou em conflitos armados com agentes do Poder Público e que tenham falecido em decorrência de suicídio praticado na iminência de serem presas, ou em decorrência de sequelas psicológicas resultantes de atos de tortura praticados por agentes do poder público.

O trabalho da Comissão para a localização das ossadas e os exames periciais procedidos já permitiram identificar os restos mortais de Maria Lúcia Petit da Silva e de Bergson Gurjão Farias. Maria Lúcia Petit da Silva era professora primária e, no início de 1970, iniciou sua militância política no interior do Brasil integrando o PCdoB. Foi para Goiás e, em seguida, para o Sul do Pará, fixando-se na área de Caianos. Trabalhou na região ensinando crianças e também em atividades de plantio. Foi morta aos 22 anos de idade e estava desaparecida desde 16.06.1972.[8] Bergson Gurjão Farias (Jorge) foi preso no Congresso da União Nacional dos Estudantes – UNE – realizado em Ibiúna-SP, em outubro de 1968, e expulso da Universidade Federal do Ceará com base no Decreto-Lei 477, de 27.02.1969. O referido Decreto previa o desligamento de estudantes, professores e funcionários envolvidos em atividades consideradas subversivas. Bergson foi vice-presidente do Diretório Central dos Estudantes (DCE) em 1967 e o primeiro desaparecido político no Araguaia. Segundo testemunhas, Bergson foi morto e teve o corpo pendurado de cabeça para baixo, para ser agredido por militares do Exército.[9]

Em julgamento de mérito, por unanimidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu diversas condenações específicas para cumprimento pelo Brasil, dentre as quais vale destacar que: "O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença" (item 9).

A decisão proferida pelo Tribunal Internacional que o Brasil ajudou a instituir para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em sua parte dispositiva, condenou o Brasil a investigar, processar e julgar os crimes cometidos durante o regime militar de 1964. Nos termos de nossa ordem jurídica (art. 469 do CPC), a referida condenação transitou material e formalmente em julgado.

8. Idem, p. 205.

9. Idem, p. 204.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 153 não impede o cumprimento da decisão proferida pela Corte Interamericana, pois se restringiu apenas a negar a declaração pleiteada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados.

Não é a primeira vez que o Brasil é condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte já proferiu sentença desfavorável ao Brasil em outros casos, merecendo destaque o caso Damião Ximenes Lopes, que examinou notícia de morte por espancamento em clínica psiquiátrica no Ceará, e o caso Maria da Penha Maia Fernandes, relativo à ocorrência de violência doméstica. Em cumprimento à decisão proferida no caso "Ximenes Lopes", foi editada a Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o nosso modelo assistencial em saúde mental. O caso "Maria da Penha", por sua vez, teve como desdobramento a edição da Lei 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O Estado brasileiro tomou diversas providências relacionadas ao cumprimento da decisão condenatória proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O relatório de cumprimento de sentença, elaborado em dezembro de 2011 para envio à Corte, não registra qualquer providência relacionada à persecução penal dos criminosos.[10] Caso o Estado brasileiro venha a descumprir a decisão proferida pela Corte, no que diz respeito à obrigação de responsabilizar criminalmente os que cometeram crimes amparados pelo estado de exceção, será a primeira vez que o Brasil descumpre uma decisão da Corte. Muito embora não exista previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos de sanção para o caso de descumprimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana, certamente tal descumprimento trará repercussões negativas importantes para o Brasil em suas relações com a comunidade internacional.

5. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A possibilidade jurídica de punição para os responsáveis pelos crimes cometidos durante a ditadura militar deve ser compreendida no contexto de realização da chamada *justiça de transição*. A noção de *justiça de transição* diz respeito à maneira como sociedades que sofreram sérias violações a direitos humanos ou outras formas de trauma social severo promovem a transição política de regimes autoritários para um governo democrático. O termo apresenta certa imprecisão, pois não se restringe a medidas judiciais e não se fundamenta em matéria jurídica especializada que possa justificar a instituição de órgãos permanentes na organização judiciária.

10. BRASIL. Relatório de cumprimento de sentença, 2011, p. 14. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/casos-judiciais/relatorio-brasileiro-de-cumprimento-de-sentenca-14-12-2011]. Acesso em: 30.10.2012.

No entanto, o termo se inspira na vontade política de *fazer justiça*, restaurando (ou instaurando) a democracia e o Estado de Direito que são garantidores dos direitos humanos fundamentais.

Na história moderna, a justiça de transição tem origem no final da Primeira Grande Guerra Mundial. Contudo, foi somente após a derrota da Alemanha nazista, com os julgamentos do Tribunal de Nuremberg e com as leis que posteriormente reconheceram o direito das vitimas da política de purificação da raça ariana, que a *justiça de transição* adquiriu *status* de elemento do direito internacional dos direitos humanos.

A comunidade internacional e, em especial, a Organização das Nações Unidas consolidaram o entendimento de que – para que se realize a justa transição dos regimes autoritários, violadores dos direitos humanos, para a democracia – é necessário satisfazer, no mínimo, quatro obrigações fundamentais:[11] 1.ª) Investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos, em atenção ao direito à justiça; 2.ª) Revelar a verdade para as vítimas, seus familiares e toda a sociedade, em reconhecimento ao direito à verdade; 3.ª) Oferecer reparação adequada para os danos produzidos, como corolário do direito à indenização; e 4.ª) Afastar os criminosos de órgãos relacionados ao exercício dos poderes de autoridade pública, em razão do direito à reorganização das instituições militares, de segurança pública e judiciais para vocacioná-las para a atuação democrática.

No caso brasileiro, a transição é necessária para superar os traumas decorrentes das graves violações aos direitos humanos que foram perpetradas por agentes do regime militar que perdurou entre os anos de 1964 e 1985.

O processo de transição deve ser compreendido como um processo histórico que permite conquistas graduais no caminho de retorno à situação de normalidade democrática. Na América Latina dos dias atuais, poucos foram os países que conseguiram, efetivamente, subordinar os militares ao poder civil e democrático.[12] De qualquer forma, enquanto não estiverem satisfeitas as quatro obrigações fundamentais reconhecidas pela comunidade internacional, não se pode falar em transição completa para situação de normalidade democrática. A decisão condenatória proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos evidencia que o Brasil se encontra atrasado em seu processo de transição democrática em relação aos demais países da América do Sul.

---

11. MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord.). *Memória e verdade:* a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 42-44.

12. D'ARAÚJO, Maria Celina. Densidade democrática e instabilidade na redemocratização latino-americana. In: FICO, Carlos e outros (orgs.). *Ditadura e democracia na América Latina:* balanço histórico e perspectivas. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2008. p. 336.

5.1 *Polarização com os militares*

A decisão da Corte Interamericana reacendeu os debates sobre a responsabilização dos crimes cometidos durante o período da ditadura militar e alguns militares passaram a se manifestar contra o governo da presidente Dilma Rousseff, alegando revanchismo. O recente manifesto denominado *alerta à nação* bem demonstrou a insatisfação de alguns militares com a Comissão Nacional da Verdade, instituída por meio da Lei 12.528/2012, e a possibilidade de, após conhecida a verdade, haver punição para militares.

Muito embora a historiografia brasileira tenha consolidado como denominação para o episódio que dá início ao regime ditatorial a expressão *golpe militar*, em oposição à ideia da *Revolução de 64*, hoje já se tem por claro que foi uma conciliação de interesses estabelecida entre civis e militares que deu início ao regime de exceção.[13] Os fatos ocorridos durante o regime não podem ser analisados com base em uma perspectiva simplista ou maniqueísta da sociedade que atribui responsabilidades exclusivas aos militares. A tomada do poder foi feita por militares, mas muitos setores da sociedade civil ofereceram amplo e incondicional apoio.[14] Por isso é mais adequado dizer que o período compreendido entre 1964 e 1985 foi iniciado por um golpe civil-militar.[15]

Do mesmo modo, não se pode olvidar que entre os militares não havia uma posição uniforme, sendo que alguns defendiam o endurecimento da intervenção repressiva e outros não. Entre os opositores do regime também havia posições diversas. Uns trilhavam os caminhos da política, faziam passeatas, protestos e greves, visando enfraquecer o governo por meio da exposição de suas práticas cruéis. Outros fizeram a opção pela luta armada, que incluiu roubos a bancos, sequestros e mortes.

A polarização que recentemente acabou se instaurando com os militares esconde verdades importantes que não podem ser esquecidas: (a) não havia unidade de entendimento entre os militares quanto às ameaças do governo João Goulart e a necessidade de tomada do poder por meio da força. Nesse aspecto, importa lembrar que centenas de oficiais das Forças Armadas foram considerados subversivos e

13. Dreifuss, René Armand. *1964*: a conquista do Estado – ação política, poder e golpe de classe. Trad. Ayeska Branca de Oliveira Farias e outros. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 114-117 e 226.

14. Castro, Celso. Comemorando a "revolução" de 1964: a memória histórica dos militares brasileiros. In: FICO, Carlos e outros (orgs.). *Ditadura e democracia na América Latina:* balanço histórico e perspectivas. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2008. p. 138.

15. Wasserman, Claudia. O império da segurança nacional: o golpe militar de 1964 no Brasil. In: Wasserman, Claudia; Guazzelli, Cesar Augusto Barcellos (org.). *Ditaduras militares na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 40.

transferidos para a reserva. Ao final do prazo estabelecido pelo Ato Institucional 1, já haviam sido reformados compulsoriamente 77 oficiais do Exército, 14 da Marinha e 31 da Aeronáutica.[16] Ao longo do período de exceção, 6.592 militares foram punidos;[17] (b) não foram todos os militares favoráveis ao regime que se envolveram na prática de atos violentos contra seus opositores; (c) os setores da sociedade civil que apoiaram o golpe hoje conseguiram se desvincular da memória histórica do evento; e (d) muitos civis se envolveram diretamente no combate aos opositores do regime, praticando homicídios, torturas e violências de diversas ordens. Sobre o envolvimento de civis nos atos criminosos do regime, merece destaque o importante relato de Claudio Antonio Guerra, no livro *Memórias de uma guerra suja*, editado pela Topbooks em 2012.

Importa afirmar, portanto, que o cumprimento da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não produzirá qualquer efeito em relação à classe dos militares ou a qualquer das Forças Armadas, como instituição nacional. A condenação diz respeito ao dever de responsabilizar as pessoas, sejam elas civis ou militares, que cometeram graves crimes contra os direitos humanos, contrariando o próprio direito em vigor no Brasil ao tempo do regime de exceção.

Cabe considerar, por fim, que a responsabilização dos criminosos do regime poderá conferir a anistia moral de que as instituições militares precisam. Muito embora os que pregam ter combatido o comunismo possam se vangloriar por terem vencido a guerra contra as organizações de esquerda, foram derrotados na luta que estabeleceu a memória histórica do conturbado período. "Se normalmente a história esquecida é a dos vencidos, na questão do combate à guerrilha teria ocorrido o inverso: a história ignorada seria a dos vencedores. Dessa forma, teria predominado uma situação peculiar em que o vencido tornou-se o 'dono' da história".[18] A justiça de transição alerta para o fato de que a sociedade tem direito a conhecer a verdade verdadeira, e não a versão parcial imposta por quaisquer dos participantes do conflito.

6. DITADURA MILITAR E ESTADO DE EXCEÇÃO

A ditadura militar é uma concepção de Estado, no qual o ditador é o Exército e não um indivíduo. O presidente é um general comandante do Exército que pode ser substituído por outro general, mas quem governa a máquina administrativa do Estado é sempre o Exército. No caso da mais recente ditadura militar brasileira, oito oficiais-generais se sucederam no poder: Humberto de Alencar Castelo Branco

16. BRASIL. *Nunca mais. Arquidiocese de São Paulo*. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 61.

17. BRASIL. *Direito à verdade e à memória*... cit., p. 30.

18. CASTRO, Celso. Comemorando a "revolução" de 1964... cit., p. 135.

(1964-1967), Arthur da Costa e Silva (1967-1969), Augusto Hamann Rademaker Grünewald (Almirante chefe da Junta Militar de 1969), Aurélio de Lyra Tavares (membro da Junta Militar de 1969), Márcio de Souza e Mello (Brigadeiro membro da Junta Militar de 1969), Emílio Garrastazu Médice (1969-1974), Ernesto Geisel (1974-1979) e João Baptista de Oliveira Figueiredo (1979-1985).

Inicialmente, é importante contextualizar a ditadura brasileira de modo a perceber que esse regime não constituiu um fato isolado no cenário geopolítico mundial da chamada *Guerra Fria*. Nas décadas de 1960 e 1970, com base na *doutrina de segurança nacional*, ditaduras militares no Paraguai, Brasil, Argentina, Uruguai e Chile se lançaram em luta contra o comunismo, por considerarem os movimentos de esquerda como um inimigo comum.[19] Em todas essas experiências autoritárias, ocorreram graves violações aos direitos humanos.

Segundo dados compilados pelo jornalista Nilson Mariano,[20] as ditaduras militares do cone sul deixaram o seguinte saldo: (a) na Argentina (1976-1983), segundo dados oficiais da Comissão Sábato, foram 8.961 mortos e desaparecidos. As organizações de direitos humanos, entretanto, denunciam 30 mil mortos; (b) no Brasil (1968-1976), foram 152 desaparecidos e cerca de 200 mortos; (c) no Chile (1973-1989), foram 2.095 mortos e 1.102 desaparecidos; (d) no Paraguai (1954-1989), segundo os dados oficiais, foram 70 mortos e desaparecidos. Organizações de direitos humanos indicam que cerca de 2.000 pessoas foram vítimas do regime; e (e) no Uruguai (1973-1984), foram 157 desaparecidos e 131 mortos.

6.1 Doutrina de segurança nacional

A ideia da segurança nacional, muito embora a sua acentuada imprecisão conceitual, surgiu nos Estados Unidos e adquiriu uma força simbólica impressionante cujo encantamento foi transmitido aos demais países da América do Sul. No contexto da linguagem discursiva, "a expressão 'segurança nacional' é o encantamento que interrompe qualquer discussão, que dá a palavra final, que serve para calar qualquer objeção e questionamento. Uma vez invocada a segurança nacional, todos se calam".[21]

A doutrina de segurança nacional surgiu após o fim da Segunda Guerra Mundial em decorrência da interpretação que se consolidou para a nova conjuntura interna-

19. Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Sentença de 22.09.2006. Serie C No. 153, §. 61.5. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf]. Acesso em: 29 out. 2012.

20. MARIANO, Nilson C. *Operación Cóndor:* terrorismo de Estado en el cono sur. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1998. p. 18.

21. COMBLIN, Pe. Joseph. *A ideologia da segurança nacional:* o poder militar na América Latina. Trad. A. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 106.

cional. O fim dos combates revelou a dimensão do poder nuclear das duas nações que alcançaram o patamar de superpotências. Nesse contexto, o ocidente cristão e capitalista passou a rivalizar com o oriente comunista, sendo que os exércitos regionais dos países periféricos se viram incapazes de assegurar a defesa de seus territórios contra a ameaça emanada de poderes tão avassaladores.

A premissa fundamental da Doutrina de Segurança Nacional é a de que o país se encontra em uma situação de guerra permanente[22] e a necessidade de seu enfrentamento pode exigir sacrifícios (violações aos direitos humanos). Para garantir a segurança externa de um país não hegemônico, passou-se a entender que seria necessário promover o seu alinhamento com uma das duas grandes potências mundiais. No caso dos países da América Latina, a tendência foi o alinhamento com a superpotência ocidental: os Estados Unidos.[23] Nesse contexto, muitos oficiais militares da América Latina passaram por períodos de formação conjunta na *Escola das Américas* do Panamá e no *Fort Levenworth* dos Estados Unidos.[24]

No Brasil, a doutrina da segurança nacional foi disseminada pela Escola Superior de Guerra (ESG), que foi instituída com o auxílio da *National War College* norte-americana.[25] Conforme a referida doutrina, o inimigo comunista não era mais externo, como nas guerras tradicionais de um Estado contra outro. O inimigo da pátria poderia estar em qualquer parte, inclusive dentro do próprio país e ser até mesmo um nacional. Por isso, era necessário preparar o Brasil para enfrentar esse novo desafio e estruturar um novo aparato repressivo. Seguindo essa linha de raciocínio, os julgamentos dos presos políticos realizados pela Justiça Militar utilizaram novos conceitos de guerra, como guerra psicológica adversa, guerra interna e guerra subversiva.[26]

Os pensadores militares brasileiros que deram o suporte teórico ao golpe de estado brasileiro de 1964 entendiam que o antagonismo entre o ocidente cristão e o oriente comunista dominava a conjuntura mundial e tal antagonismo produziria repercussões relevantes para as decisões políticas internas do governo brasileiro.[27]

No livro *Geopolítica do Brasil*, o general Colbery do Couto e Silva vislumbra um cenário de guerra total e permanente entre as nações para a defesa de seus interesses particulares. Sustentou o general que a guerra estritamente militar, recém-superada, deu lugar à guerra total, que se desenvolve nos campos econômico, financeiro, político, psicológico e científico. Da guerra total, passou-se à guerra global e, desta, para a

22. Idem, p. 32-38.

23. MIX, Miguel Rojas. La dictadura militar en Chile e América Latina. In: WASSERMAN, Claudia e outros (org.). *Ditaduras militares da América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 14.

24. Ibidem.

25. COMBLIN, Pe. Joseph. *A ideologia da segurança nacional*... cit., 1978, p. 155.

26. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 22.

27. SILVA, Golbery do Couto e. *Geopolítica do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967. p. 4.

guerra indivisível e permanente entre as nações.[28] Suas previsões para a humanidade eram muito sombrias. Diante desse cenário de horror e insegurança, seria necessário fortalecer o poder nacional, sacrificando o bem-estar individual em prol da segurança coletiva que se encontrava ameaçada.[29] Considerando ainda que a conjuntura internacional favorece o acúmulo de poder nas mãos das nações poderosas e a crescente fragilização das nações periféricas, Golbery sustentou que o isolacionismo da nação a levaria inevitavelmente ao insucesso.[30] O caminho da segurança apontado pelos militares brasileiros seria, então, o alinhamento com as diretrizes dos Estados Unidos.

6.2 Ditadura militar brasileira

Durante os 21 anos do regime militar brasileiro (1964-1985) verificaram-se períodos de maior ou de menor repressão e violência por parte dos agentes do Estado. Segundo informa a Comissão Especial para Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, o regime militar apresentou três fases nitidamente distintas. A primeira fase foi iniciada com o Golpe de Estado, em abril de 1964, e perdurou nos primeiros momentos da consolidação do novo regime. A segunda começou em dezembro de 1968, com a imposição do Ato Institucional 5 (AI-5), que deu início aos chamados *anos de chumbo*, nos quais a repressão atingiu seu mais alto grau. A última fase foi iniciada com a posse do general Ernesto Geisel, em 1974, quando se iniciou uma lenta abertura política que conduziria ao fim do período de exceção. Entretanto, nesse período o desaparecimento de opositores tornou-se rotina.[31]

O historiador Elio Gaspari, por sua vez, concebe o regime militar em quatro fases. Na primeira, entre os anos de 1964 e 1967, o Presidente Castelo Branco procurou exercer uma ditadura temporária. Nos anos de 1967 e 1968, o Marechal Costa e Silva tentou governar o país conforme um sistema constitucional. Entre os anos de 1968 e 1974, o país viveu subjugado a um regime escancaradamente ditatorial. Por fim, entre 1974 e 1979, ainda sob uma ditadura, começou a transição democrática.[32]

6.3 Tomada do poder político

O regime militar brasileiro teve início em 01.04.1964, por meio de um golpe de Estado que depôs o Presidente civil João Goulart.[33] O Presidente Goulart havia sido

28. Idem, p. 22-25.
29. Idem, p. 14.
30. Idem, p. 23.
31. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 21.
32. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 129.
33. BRASIL. Nunca mais... cit., p. 59.

eleito democraticamente para exercer o cargo de Vice-Presidente de Jânio Quadros. Ambos tomaram posse em 31.01.1961, em sessão conjunta do Congresso Nacional. Em 25.08.1961, o Presidente Jânio Quadros manifesta sua renúncia ao Congresso Nacional, o que foi prontamente aceita. Por interferência dos Ministros Militares, o Vice-Presidente não assume o cargo deixado por Jânio e o Presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli, assume a Presidência da República no dia 26.08.1961, governando o País por alguns dias. Imediatamente após a renúncia, os três ministros militares impugnaram a sucessão do Presidente, por entender que João Goulart era um nacionalista radical. Uma mobilização popular fez com que os militares aceitassem a posse de Goulart, mas, por meio do Ato Adicional, de 02.09.1961, instalou-se um regime parlamentarista que subtraiu muitas das prerrogativas do Presidente. Em meio a uma profunda crise institucional, Goulart assume o cargo.

No período entre 1962 e 1964 muitas foram as manifestações populares a favor do Presidente João Goulart e de suas reformas estruturais. Com a derrota dos militares no plebiscito que extinguiu o parlamentarismo e devolveu os poderes retirados do chefe de Estado, as tensões se agravaram.[34] João Goulart, pretendendo superar a crise que se instalou em seu governo, em 12.03.1964, no grande comício da Central do Brasil, anuncia que realizaria reformas de base na sociedade brasileira. Os conservadores de São Paulo reagem com a *Marcha da Família com Deus pela Liberdade*. A multiplicação das manifestações populares criou o ambiente propício para a tomada do poder pelo militares. O general Mourão Filho, de Juiz de Fora, precipita a tomada do poder pelos militares marchando com sua tropa para o Rio de Janeiro para depor João Goulart.[35] Dessa forma, o regime inicia-se com a prática de um crime militar pelo general Mourão Filho contra o supremo comandante das forças armadas, o Presidente da República (art. 87, XI, da Constituição da República de 1946 e art. 136 do Código Penal Militar – Decreto-lei 6.227, de 24.01.1944).

6.4 Manutenção do poder

O regime autoritário brasileiro buscou legitimar-se por meio da legalidade, fazendo editar 17 atos institucionais, regulamentados por 104 atos complementares. Os atos institucionais eram normas de exceção decretadas pelo Poder Executivo (o próprio governo militar), que podiam até alterar ou suspender direitos expressos na Constituição de 1946. O governo militar ainda editou, por Decretos-leis, sucessivas *Leis de Segurança Nacional*. Nesse contexto, foram editados os Decretos-leis 314/1967, 510/1969 e 898/1969, todos de natureza draconiana, que serviram como marco legal para dar suporte jurídico à escalada repressiva.[36]

---

34. BRASIL. Nunca mais... cit., p. 57.

35. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*... cit., p. 45-81.

36. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 19.

O primeiro Ato Institucional, de 09.04.1964, deu início à atuação repressiva do Estado, com a cassação de mandatos eletivos, a suspensão de direitos políticos, a demissão de funcionários do serviço público, o expurgo de militares dissidentes, aposentadorias compulsórias, intervenções em sindicatos e prisão de milhares de brasileiros.[37] Segundo historiadores, o primeiro ato institucional deveria ter sido o único.[38] Todavia, a onda autoritária naquele momento não pôde ser contida.

O Ato Institucional 2 (AI-2) foi decretado pelo Presidente Castello Branco em 27.10.1965 e, em decorrência dele, foram extintos os partidos políticos. O ato institucional ainda permitiu que o Poder Executivo determinasse o fechamento do Congresso Nacional, instituísse eleições indiretas para Presidente da República e ampliasse a competência da Justiça Militar para processar civis por crimes políticos. O AI-2 foi destinado "exclusivamente a mutilar o alcance do voto popular e a saciar o radicalismo insubordinado de oficiais que prendiam sem provas e não queriam libertar cidadãos amparados pela Justiça".[39] Por outro lado, "a militarização do processo judicial conduziria à inevitável militarização da repressão política ou, mais precisamente, à policialização da instituição militar".[40]

Em 5 de fevereiro, o Presidente Castello Branco decretou o Ato Institucional 3 e as eleições para governador dos Estados também passaram a ser indiretas.[41] No dia 07.12.1966, o Presidente decreta o Ato Institucional 4 por meio do qual convoca o Congresso Nacional para votar e promulgar a Constituição brasileira de 1967, que entrou em vigor no dia 15.03.1967. Nessa mesma data toma posse o Presidente Costa e Silva.[42]

As profundas alterações do ordenamento jurídico, gradualmente, foram provocando reações da sociedade civil. O movimento estudantil, em especial, passou a se manifestar contrário ao regime e promoveu as grandes marchas de 1968. Os protestos alcançaram o seu momento mais crítico quando, em 28.03.1968, policiais militares dispararam contra estudantes que pediam melhores condições para o restaurante calabouço, no Rio de Janeiro, e mataram o estudante de segundo grau Edison Luís Lima Souto, que contava com apenas 18 anos de idade. Estima-se que compareceram ao funeral do estudante cerca de 50 mil pessoas, ocorrendo muitas prisões. Dias depois, durante a missa de sétimo dia em que estavam presentes milhares de estudantes, a cavalaria da Polícia Militar invadiu a igreja da Candelária. Posteriormente, em 12.10.1968, a polícia prendeu entre 700 e 1.000 participantes

37. Idem, p. 22.

38. BRASIL. Nunca mais... cit., p. 61; e GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*... cit., p. 136.

39. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*... cit., p. 259.

40. Idem, p. 260.

41. BRASIL. Nunca mais... cit., p. 61.

42. Idem, p. 62.

do 30.º Congresso da UNE, que se realizava clandestinamente em um sítio localizado em Ibiúna, interior do Estado de São Paulo. Nessa ocasião foram presas quase todas as lideranças nacionais estudantis. Depois disso, os protestos contra o regime se multiplicaram por todo o país.[43]

O aumento dos protestos populares contra o regime e, em especial, o discurso do deputado federal Márcio Moreira Alves, considerado ofensivo aos militares, fizeram com que o Presidente Costa e Silva editasse o Ato Institucional 5, em 13.12.1968.[44] Esse ato institucional, ao contrário dos antecedentes, não possuía prazo de vigência. "Era a ditadura sem disfarces".[45] Com base no AI-5, o Congresso Nacional foi posto em recesso por tempo indeterminado, bem como seis Assembleias estaduais e dezenas de vereadores em todo o país. Outros 69 parlamentares foram cassados. Toda e qualquer forma de oposição ao regime militar foi posta na clandestinidade. Foram suspensos os direitos constitucionais relativos à liberdade de expressão, os direitos políticos e a garantia do *habeas corpus* em casos de crimes políticos contra a segurança nacional. O regime ainda recebeu poderes para proibir o exercício profissional e decretar o confisco de bens.[46]

Conforme apurou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, "consolidou-se, com o AI-5, uma dinâmica de radicalização"[47] que estabeleceu o cenário propício para os crimes perpetrados pelos agentes da ditadura.[48] Estima-se que, durante a vigência do Ato Institucional 5, de 13.12.1968, o confronto entre os agentes da repressão e os militantes de esquerda deixou cerca de 100 mortos entre os primeiros e mais 400 mortos e desaparecidos entre os últimos. Milhares de cidadãos brasileiros foram agredidos e torturados nos porões da ditadura. Somente entre os que foram processados perante a Justiça Militar da União, 1.843 pessoas declararam em juízo terem sido torturadas na prisão.[49]

O regime militar, paralelamente à edição dos cinco primeiros Atos Institucionais e de três Leis de Segurança Nacional (Decretos-leis 314, 510 e 898), instituiu um aparato de organismos de inteligência e repressão. A Lei 4.341, de 13.06.1964,

---

43. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*... cit., p. 277-283; BRASIL. Nunca mais... cit., p. 62; e BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 24-25.

44. A íntegra do Ato Institucional 5 encontra-se em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm]. Acesso em: 29 out. 2012.

45. BRASIL. Nunca mais... cit., p. 62.

46. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*... cit., p. 340-341; BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 26.

47. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 24.

48. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*... cit., p. 341; BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 22.

49. FIGUEIREDO, Lucas. *Olho por olho:* os livros secretos da ditadura. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 43 e 71.

criou o Serviço Nacional de Informações – SNI – para colher e sistematizar todas as informações de interesse da segurança nacional. O órgão acabou por transformar-se em um dos pilares da ditadura. Seu comandante possuía o *status* de ministro e exercia grande influência sobre as decisões políticas do governo. Saíram desse órgão dois presidentes do regime militar, o general Emílio Garrastazu Médici e o general João Baptista Figueiredo. O serviço foi concebido pelo general Golbery do Couto e Silva, que foi o seu primeiro dirigente. No discurso de posse, Golbery se referiu a ele como sendo o "Ministério do Silêncio".[50]

O serviço de inteligência recebeu vultosa dotação orçamentária, mas efetivamente começou suas atividades com poucos recursos materiais.[51] Nos primeiros momentos, o serviço de inteligência não conseguiu corresponder às expectativas do governo militar. Por isso, o Presidente Costa e Silva, com o Decreto 60.664, de 02.05.1967, cria o Centro de Informações do Exército – CIE – para orientar, coordenar e supervisionar todas as atividades de Segurança Interna e Contrainformações.[52]

Visando conferir ao regime maior eficácia repressiva, surge a ideia de estabelecer uma completa integração entre os organismos da repressão dos ministérios do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, da Polícia Federal e das polícias estaduais. Foi articulada em 1969, em São Paulo, a denominada Operação Bandeirante (OBAN) como operação piloto para a coordenação de todos esses serviços de inteligência. A operação não era vinculada formalmente ao II Exército, mas, de fato, era chefiada por seu comandante, o general Canavarro Pereira. Efetivos do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, da Polícia Política Estadual, do Departamento de Polícia Federal, da Polícia Civil, da Força Pública, da Guarda Civil e até de civis paramilitares compunham a OBAN.[53] Em julho de 1969, as polícias militares estaduais foram reorganizadas para submetê-las ao controle do Estado Maior do Exército e aos seus comandos regionais.[54]

Em agosto de 1969, uma enfermidade retirou Costa e Silva da Presidência. Os militares promoveram o que se denominou de "golpe branco" para impedir a posse do Vice-Presidente civil Pedro Aleixo.[55] O Ato Institucional 12, editado em 31 de agosto, impediu a posse do Vice-Presidente e dava posse a uma junta militar composta pelos ministros Augusto Hamann Rademaker Grünewald, da Marinha,

50. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*... cit., p. 154; BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 22-23; e BRASIL. Nunca mais... cit., p. 72-73.

51. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*... cit., p. 154-155.

52. Idem, p. 262.

53. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 23.

54. BRASIL. Nunca mais... cit., p. 74.

55. Idem, p. 62.

Aurélio de Lira Tavares, do Exército, e Márcio de Sousa e Melo, da Aeronáutica. De imediato, a junta editou, em setembro de 1969, uma nova Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei 898), com elevação drástica do conteúdo repressivo ao introduzir a pena de morte.[56]

O regime militar aprovou a atuação da OBAN na centralização das ações repressivas em São Paulo e resolveu estender seu formato a todo o País. Em março de 1970, durante o governo do Presidente Médice, o Ministro do Exército Orlando Geisel editou a Diretriz de Segurança Interna, sistematizando a atuação policial do Exército. Em julho de 1970, Geisel comunicou a seus comandados que o Exército assumiria o comando das atividades de segurança, estabelecendo um predomínio dessa força sobre a Marinha e sobre a Aeronáutica, bem como sobre qualquer órgão civil de inteligência. Dois meses depois, Geisel criou os Destacamentos de Operações de Informação – DOIs.[57]

Muitos outros órgãos de repressão também foram criados. A Marinha criou o Centro de Informações da Marinha – CENIMAR e a Aeronáutica, o Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica – CISA. Na esfera civil, foram criadas as delegacias regionais da Polícia Federal e, no âmbito dos Estados, os Departamentos de Ordem Política e Social – DOPS. Tais órgãos, atuando em conjunto ou separadamente, prenderam, torturam e eliminaram os opositores do regime.[58] Os diversos agentes da repressão se embriagaram com o poder e, em muitos casos, houve verdadeira disputa pelos melhores resultados repressivos. Em São Paulo, a OBAN, dirigida pelo Major Waldyr Coelho, frequentemente se desentendia com o DOPS, do delegado Sérgio Paranhos Fleury.[59]

O aumento do aparato repressivo e das restrições às liberdades individuais acabou por promover a paralisação quase total do movimento popular de oposição ao regime.[60] A ofensiva do regime fez com que algumas organizações de esquerda optassem pela luta armada, sendo que, após o AI-5, foram intensificadas as ações de guerrilha urbana.

Nasceram diferentes grupos guerrilheiros, compostos por estudantes em sua maioria, mas inclusos também antigos militantes comunistas, militares nacionalistas, sindicalistas, intelectuais e religiosos. Essas organizações político-militares adotaram táticas de assalto a bancos, sequestro de diplomatas estrangeiros para resgatar presos políticos, atentados a quartéis e outras modalidades de enfrenta-

56. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 24.

57. GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 175-178; BRASIL. Nunca mais... cit., p. 73-74.

58. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 23.

59. GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*... cit., p. 178-179.

60. BRASIL. Nunca mais... cit., p. 62.

mento, o que produziu inúmeras vítimas entre agentes dos órgãos de segurança e do Estado.[61]

A fase que se inicia a partir de 1968, após a edição do AI-5, e em especial durante o mandato do Presidente Médici (1969-1974), foi descrita como "a fase de repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar"[62] e o período de maior repressão, violência e supressão das liberdades civis de toda a história republicana. Seu aparato de repressão levou aos cárceres políticos milhares de cidadãos e transformou a tortura e o assassinato em práticas rotineiras.[63]

Após a edição do AI-5, o Exército aprendeu a torturar,[64] sendo que a tortura tornou-se um tema de ensino e prática rotineira pela máquina militar de repressão política. A lógica do regime sustentou a prática da tortura, promovendo a associação de dois conceitos antigos. O primeiro, originário da Roma antiga, desenvolve uma concepção absolutista da segurança da sociedade segundo a qual "contra a pátria não há direitos". A proteção do país deveria estar acima de tudo, de modo que, para a defesa da pátria, poderia ser utilizada qualquer medida. O segundo ressalta a funcionalidade do suplício em acabar com o terrorismo. Havendo terrorista, os militares entram em cena e o terrorismo acaba. Como bem percebeu o historiador Elio Gaspari, "esse raciocínio ampara-se na exacerbação da ameaça. Tratando-a como algo excepcional, justifica a excepcionalidade da reação".[65]

O período compreendido entre a edição do AI-5 (1968) e a Guerrilha do Araguaia (1975) foi o mais duro da ditadura militar.[66] Durante os *anos de chumbo* houve uma reorientação das práticas repressivas: da tortura para o extermínio dos opositores políticos. A partir de 1971, a solução do extermínio se tornou predominante em relação à tortura.[67]

Por meio de eleições indiretas, o general Ernesto Geisel assumiu a presidência do Brasil em março de 1974, anunciando o projeto de realizar uma distensão lenta, gradual e segura. O país vivia o *milagre econômico*, mas o momento era de grande desgaste da imagem do regime, em especial no estrangeiro, diante das graves denúncias de violações aos direitos humanos. A história registra que os primeiros meses do governo Geisel marcam um período em que os órgãos de repressão optam pelo método de ocultar as prisões seguidas de mortes, para evitar o desgaste que as versões repetitivas de *atropelamento*, *suicídio* e *tentativa de fuga* certamente en-

61. Brasil. Direito à verdade e à memória... cit., p. 24.

62. Idem, p. 26.

63. Brasil. Nunca mais... cit., p. 63; Gaspari, Elio. *A ditadura escancarada*... cit., p. 179-190.

64. Gaspari, Elio. *A ditadura envergonhada*... cit., p. 357-362.

65. Gaspari, Elio. *A ditadura escancarada*... cit., p. 17-18.

66. Idem, p. 13.

67. Idem, p. 380.

frentariam, num clima de maior liberdade de imprensa. Em consequência, torna-se rotina o fenômeno do *desaparecimento*, que já ocorria no período anterior, mas em escala relativamente menor.[68]

No governo Geisel, o extermínio de opositores continuou, com o regime impedindo a divulgação dos fatos. "Quando o PCB se tornou o alvo principal do aparelho repressivo, em 1974 e 1975, os órgãos de segurança eliminaram fisicamente a quase totalidade de seu Comitê Central, sem fazer qualquer anúncio público".[69] O regime militar manteve a política de extermínio e desaparecimentos forçados de seus opositores. Oficialmente, em 1974, não houve mortes nas prisões. O regime passou a não assumir a morte de opositores e os presos políticos passaram a *desaparecer*.[70]

Em poucos casos, não foi possível aplicar a técnica do desaparecimento. Hoje se sabe, por exemplo, que, no governo Geisel, os agentes da repressão mataram sob tortura o jornalista Vladimir Herzog e o operário metalúrgico Manuel Fiel Filho, ambos no DOI-CODI de São Paulo.[71]

O *pacote de abril* editado em 1977 fecha novamente o Congresso Nacional para instituir os senadores biônicos. Essa seria a terceira vez que o regime militar impõe o recesso do Congresso Nacional. O Congresso foi posto em recesso pela primeira vez em 1965, com a edição do Ato Institucional 2, pela segunda vez em 1968, por meio do AI-5, e pela terceira vez por meio do *pacote de abril*.

Novamente por meio de eleição indireta, em março de 1979, chega ao poder um general de Exército. O governo militar renovou-se com o general João Batista de Figueiredo. Ao assumir o governo, o novo presidente deixou claro o seu compromisso de conduzir a abertura política em um ritmo que se conciliasse com a segurança do regime estabelecido. O cenário, entretanto, não era o mesmo de seu antecessor. O mundo enfrentava uma grave crise econômica e energética, as taxas de juros subiam cada vez mais e a atividade economia brasileira decrescia. Era o fim do *milagre econômico*.

6.5 *Estado de exceção*

O regime militar que se verificou no Brasil entre 1964 e 1985 instituiu um *estado de exceção* que, a pretexto de defender a democracia, acabou por aniquilá-la completamente.

A estratégia de legitimação do golpe militar pode ser comparada à da ascensão de Hitler ao poder na Alemanha. Em ambos os casos, o exercício do poder absoluto

68. BRASIL. Nunca mais... cit., p. 64; e BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 27.

69. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 27.

70. Idem, p. 49.

71. Idem, p. 27-28.

foi justificado pela defesa da legalidade e pela suposta necessidade de enfrentar um perigo que ameaçava o povo. Hitler foi nomeado Chanceler em 30.01.1933, assumindo o governo do Estado Federal alemão. Poucas semanas após, em 28.02.1933, o Palácio de Reichstag, sede do Parlamento Alemão, é alvo de incêndio criminoso. O incêndio foi atribuído a um complô comunista e o presidente do Reich Marechal Von Hindenburg assina um Decreto que confere amplos poderes ao Chanceler e suspende provisoriamente os efeitos de seis artigos da Constituição de Weimar que asseguravam liberdades públicas. Em 24.03.1933 o parlamento alemão, sob a pressão da aparente situação de emergência, aprova a Lei de Habilitação, que transfere ao governo (Chanceler) o poder de fazer leis. No exercício de tal poder, Adolf Hitler subverte a índole da Constituição, sem respeitar suas disposições relativas à sua revisão. Muitas foram as violações à Constituição de Weimar cometidas nas primeiras semanas da ditadura de Hitler.[72]

Também, para a compreensão da ditadura militar brasileira, deve-se tomar como ponto de partida a noção de *estado de exceção* (*Ausnahmezustand*) de Carl Schmitt. O jurista alemão, que conferiu sustentação teórica ao nacional socialismo de Hitler, identificou a essência da ditadura na possibilidade de separação entre as normas de direito e as normas de sua realização, justificando a suspensão do direito quando tal se mostrar necessário ao objetivo de realizá-lo.[73]

Schmitt pretendeu construir uma explicação científico-jurídica para a ditadura, estabelecendo distinção entre a *ditadura comissária*, que pretende defender ou restaurar a constituição vigente, e a *ditadura soberana*, que, no espaço anômico do estado de exceção, concentra o poder soberano que pode decidir sobre as medidas necessárias à ação de reforma da constituição vigente.[74]

Para Schmitt, o ditador comissário é comissário de um poder constituído enquanto que o ditador soberano é comissário de um poder constituinte.[75] A *ditadura soberana* fundamenta-se no poder soberano que é poder constituinte (*pouvoir constituant*) e, estando acima de todos os poderes constituídos,[76] pode decidir sobre a ocorrência do *estado de exceção*[77] e impor a ação concreta do ditador.

O pensamento de Schmitt forneceu sustentação para a suspensão contínua da ordem constitucional alemã promovida por Adolf Hitler durante o Terceiro Reich.

---

72. RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 108-109.

73. SCHMITT, Carl. *La dictadura* – desde lós comienzos del pensamiento de la soberania hasta la lucha de clases proletária. Trad. José Díaz Garcia. Madri: Alianza, 2007. p. 26-28.

74. Idem, p. 173-198.

75. Idem, p. 193.

76. Idem, p. 185.

77. Idem, p. 49.

Nesse sentido, vale observar que a Constituição da República de Weimar nunca foi abrogada, mas sim "suspensa" por quatro anos, sendo a primeira vez em 28 de fevereiro de 1933, pelo Decreto de Incêndio do Reichstag, e tal suspensão foi renovada a cada quatro anos, estabelecendo continuidade para o *estado de exceção*.

A crítica de Giorgio Agamben ressalta que a articulação que Schmitt faz entre o *estado de exceção* e o *Direito* encerra um paradoxo, pois o que pretende inscrever no âmbito do Direito é algo essencialmente exterior a ele: a suspensão da própria ordem jurídica.[78] Agamben percebe que a teoria do *estado de exceção* de Schmitt, ao suspender a aplicação da norma, ampara o poder da decisão na distinção entre normas de Direito e normas de sua realização. O *estado de exceção* torna-se um *estado de Lei*, no qual a norma de Direito está em vigor, mas não se aplica (não tem força), e, de outro lado, os atos que não têm valor de lei adquirem sua força. Desse modo, Agamben reconhece no *estado de exceção* "um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei",[79] em "um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem referência real".[80]

6.6 *Crimes praticados por agentes do Estado brasileiro*

Para a manutenção do poder, os militares não apenas construíram um sistema normativo que conferia à situação de fato uma aparência de legalidade, mas também utilizaram a força bruta contra os opositores do regime. Nesse aspecto, agentes do Estado, encarregados pela ditadura militar de realizar a repressão política, praticaram muitos crimes. Entre os crimes praticados por agentes estatais contra os opositores do regime militar, merecem destaque os de homicídio, de lesões corporais, de omissão de socorro, de privação da liberdade mediante sequestro e cárcere privado, de constrangimento ilegal, de ameaça, de violação de domicílio, de furto, de dano, de apropriação indébita, de destruição ou ocultação de cadáver, de estupro, de atentado violento ao pudor, de falsificação de documentos, de falsidade de atestado médico, de concussão, de violência arbitrária, de abuso de autoridade, de condescendência criminosa etc.[81]

Cabe observar que as condutas criminosas praticadas no contexto de uma intervenção realizada diretamente por militares ou determinada por militares caracterizam crimes militares e não crimes comuns, de modo que a legislação aplicável

78. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 54.

79. Idem, p. 61.

80. Idem, p. 63.

81. SABADELL, Ana Lúcia; MAVILA, Olga Espinoza. *Elaboração jurídico-penal do passado*... cit., p. 121-133; SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal*... cit., p. 62-63.

é o Código Penal Militar, e não o Código Penal comum. Essa observação é muito importante para compreender a criminalização das condutas que se pode denominar de *tortura*.

Dentre os vários crimes cometidos por defensores do regime militar, o crime de *tortura* desafia a compreensão dos operadores do direito por não haver à época um tipo incriminador que assim o denominasse. A tipificação do crime denominado de *tortura* somente ocorreu com a edição da Lei 9.455, de 07.04.1997.

No entanto, os Códigos Penais Militares que tiveram vigência durante o período da ditadura militar definiram como crime de *constrangimento ilegal* conduta que, substancialmente, descreve a prática da *tortura*. Em 1964 vigorava o Decreto-lei 6.227, de 24.01.1944, que instituiu o Código Penal Militar. Esse estatuto repressivo definiu o crime de *constrangimento ilegal* no art. 183 como a conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Essa previsão, embora não contenha elementos específicos da conduta que hoje entendemos por *tortura*, por sua abrangência, presta-se a incriminar os atos de *tortura*.

Posteriormente, o Código Penal Militar foi totalmente substituído pelo que foi imposto pelo Decreto-lei 1.001, de 21.10.1969, outorgado pela Junta Militar que governou temporariamente o país durante a ditadura. O novo estatuto repressivo militar, no § 1.º de seu art. 222, deixou ainda mais clara a previsão substancial da *tortura* como crime militar de *constrangimento ilegal*. O referido dispositivo legal determina que a pena aplica-se em dobro, quando o constrangimento é exercido com abuso de autoridade, para obter de alguém confissão de autoria de crime ou declaração como testemunha.

Embora o Código Penal Militar anterior não tenha se referido expressamente ao constrangimento exercido para fins de investigação criminal, havia previsão incriminadora genérica para o constrangimento ilegal mediante violência ou grave ameaça praticado por militares.

Cabe observar que tal incriminação se aplicava aos crimes militares, sendo que estes poderiam ser praticados por militares e por civis, tendo em vista a comunicabilidade das circunstâncias elementares do crime militar (art. 53 do CPM).

Dessa forma, ao tempo do regime militar havia incriminação para a *tortura* que se materializa em constrangimento exercido com violência ou grave ameaça para fins de investigação criminal. O rótulo que se dê ao comportamento criminoso não é o importante.

Na legislação brasileira, a denominação *tortura* aparece pela primeira vez por meio do art. 2.º do Decreto 98.386/1989, que promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura da Organização dos Estados Americanos – OEA. Posteriormente, o Decreto 40/1991, que promulgou a Con-

venção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas – ONU reafirmou a noção de tortura. Contudo, em ambas as oportunidades, a definição para a tortura não se fez acompanhar de cominação de penas e serviu apenas para confirmar que a previsão incriminadora do Código Penal Militar deve ser considerada como prática de tortura.

Foi somente com a edição da Lei 9.455/1997 que a legislação nacional definiu com o nome de *tortura* a prática do constrangimento violento para fins de investigação criminal, cominando penas para tal conduta. A incriminação da tortura feita pela Lei 9.455/1997, que impõe pena mais grave do que a prevista pelo art. 222 do CPM, não pode ser aplicada aos crimes cometidos durante a ditadura militar. A irretroatividade da lei penal incriminadora é garantia constitucional expressa no inc. XL do art. 5.°, que também se aplica aos casos em que lei posterior institui pena maior que a anteriormente prevista. Considerar que a tortura é um crime comum ou político não altera a garantia constitucional.

6.7 Resistência ao regime e anistia

O regime militar produziu a saída do país de cerca de 10.000 exilados políticos, o que constituiu o maior contingente de exilados que a história do Brasil conheceu.[82] No início da década de 1970, a população brasileira iniciou a luta por uma anistia ampla, geral e irrestrita, que pudesse trazer de volta todos os brasileiros exilados. Não se tratou de uma manifestação pelo esquecimento dos crimes cometidos por ambos os lados da disputa política, como pregam alguns, mas pelo fim da repressão política que vitimou milhares de brasileiros. O clamor público intensificou-se em diversas manifestações populares no governo do General Ernesto Geisel. Apesar da censura à imprensa e da truculência do regime, o governo perdera importante espaço político nas eleições de 1974. "O MDB elegera dezesseis senadores e fizera a maioria nas assembleias legislativas de São Paulo, do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul".[83] A derrota eleitoral dividiu o regime de maneira irremediável, dando início ao fim da aventura autoritária.

O governo Figueiredo teve de conceder anistia aos opositores do regime, mas a Lei 6.683, de 28.08.1979, não foi ampla como se pretendia, pois não alcançou os que pegaram em armas para combater o regime e foram condenados pela justiça (art. 1.°, § 2.°). Na prática, a anistia evitou que os agentes do Estado fossem responsabilizados pelos crimes cometidos em nome do regime. Para os seus opositores políticos, como reconheceu o Ministro Eros Grau no voto proferido no julgamento

82. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 30.

83. GASPARI, Elio. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 470.

da ADPF 153, "era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver)".

Mesmo após a Lei da Anistia, os crimes praticados por agentes do Estado repressor continuavam a ocorrer. "Praticamente coincidindo com o primeiro aniversário da Lei de Anistia, em 27 de agosto de 1980 uma bomba explodiu na sede da OAB do Rio de Janeiro, causando a morte da secretária Lyda Monteiro da Silva".[84] Em 30 de abril de 1981, dois militares do Exército, servindo no DOI-CODI do Rio de Janeiro, detonaram uma bomba no interior de um veículo estacionado no Riocentro, durante um show comemorativo do dia do trabalhador. Como confessou recentemente o delegado Claudio Guerra, o objetivo era atingir civis para que o regime pudesse continuar sustentando a necessidade de sua intervenção contra o inimigo.[85]

A cúpula do governo militar não controlava as ações dos conservadores "linha dura" em suas tentativas de salvar o regime. Contudo, o início do processo de redemocratização tornou-se irreversível.

Apesar da grande movimentação popular para instituir as eleições diretas para a Presidência da República, a Emenda Dante de Oliveira é derrotada em abril de 1984. Assim, ainda por meio de eleição indireta, em 15.01.1985, Tancredo de Almeida Neves é eleito Presidente da República. Devido à morte prematura de Tancredo, o vice José Sarney toma posse na Presidência em 15.03.1985, pondo fim aos governos militares.

6.8 Transferência do governo aos civis

O enfraquecimento do governo militar criou as condições necessárias para a retomada do poder pelos civis. No entanto, tal transição não significou o fim da influência dos militares sobre o processo de democratização. Os setores da sociedade civil que pretendem conservar o funcionamento da economia de mercado, premissa estrutural da democracia liberal, sempre precisam manter um relacionamento privilegiado com o poder das armas. A mesma conciliação de interesses que criou as condições que viabilizaram o golpe de 1964 orientaram a passagem, sem traumas, do governo militar ao civil. A manutenção do relacionamento estreito entre a direita conservadora e os militares permaneceu, já que pode vir a se transformar em apoio concreto, caso volte a ser necessário para controlar a insubmissão das massas populares. Assim, mesmo com o fim do regime de exceção, os atores políticos conservadores concordaram que os militares preservassem controle sobre significativos espaços políticos.

---

84. BRASIL. Direito à verdade e à memória... cit., p. 28.

85. Claudio Guerra em depoimento a: NETTO, Marcelo e MEDEIROS, Rogério. *Memórias de uma guerra suja*... cit., p. 165-166.

Para constituir as bases do processo de redemocratização, o Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985, convocou a Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a carta de 1988. A referida emenda também concedeu anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, bem como aos autores de crimes políticos ou conexos, aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, e aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

A entrega do governo aos civis proporcionou significativo avanço no processo de democratização. Entretanto, não estabeleceu as condições necessárias à responsabilização dos crimes cometidos no *ancien regimen*.

6.9 Constituição democrática de 1988

A entrada em vigor da Carta Constitucional de 1988, sem dúvida, constituiu outro importante passo no processo de transição democrática. Porém, estávamos somente no início de uma longa caminhada. O constitucionalismo democrático brasileiro ainda não tinha condições para superar a influência "dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado".[86] O novo texto constitucional trouxe muitas promessas que se mostraram manifestamente distantes da realidade. A partir de então, o desafio passou a ser o de tornar o Estado brasileiro realmente um Estado Democrático de Direito, no qual a sociedade possa alcançar efetividade para os direitos declarados na carta constitucional.

Cabe notar que a Constituição da República de 1988, nos arts. 8.º e 9.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ampliou ainda mais os efeitos da anistia para beneficiar os que foram punidos entre 1946 e 1988 por motivos exclusivamente políticos, reconhecendo a estes o direito à reparação econômica dos prejuízos sofridos. Com essas medidas, o acordo que se estabeleceu para a irresponsabilidade dos crimes cometidos pelo Estado ditatorial ganhava a aparência da legitimidade popular.

Sob essa aparente legitimação constitucional, a Lei de Anistia recebeu o reconhecimento de validade jurídica da mais alta corte de justiça do país. O julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 153, concluído em 29.04.2010, demonstra que ainda estavam ausentes as condições materiais neces-

86. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

sárias para a responsabilização criminal pelos crimes praticados sob a proteção do Estado brasileiro.

6.10 Invalidade das leis do estado de exceção

A decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou, também na parte dispositiva da sentença, que

"as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil" (item 3).

Embora o texto da decisão proferida pela Corte Internacional não tenha deixado claro, no processo de redemocratização, é necessário reconhecer a invalidade jurídica de todas as leis que conferiram suporte ao regime de exceção. Nesse sentido, tanto as leis que garantiram a impunidade dos crimes cometidos pelos agentes do Estado como também os atos normativos que criminalizaram as formas de contestação ao regime devem ser reconhecidos como juridicamente inválidos. O fundamento da invalidade jurídica da Lei de Anistia é o mesmo da invalidade das Leis de Segurança Nacional (Decretos, na verdade) editadas durante o estado de exceção. No contexto do Estado Democrático de Direito, não se pode reconhecer juridicidade para os atos normativos que foram outorgados mediante o uso ilegítimo da força e que visavam dar aparência de legalidade aos abusos cometidos. A invalidade do *golpe*, necessariamente, contamina as suas leis.

Essa constatação será muito importante para a modulação dos efeitos da invalidação da Lei de Anistia. Se a anistia é juridicamente inválida, os opositores do regime somente poderão ser responsabilizados criminalmente por condutas que já eram consideradas criminosas no contexto democrático anterior ao golpe de 1964. Não se pode conceber que o reconhecimento da invalidade jurídica da anistia permita cair na armadilha da aparente legalidade das Leis de Segurança Nacional.

7. PRESCRIÇÃO DOS CRIMES COMETIDOS POR AGENTES DO ESTADO BRASILEIRO

A primeira e, talvez, mais importante dificuldade que se tem oposto ao cumprimento da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos diz respeito à prescrição da pretensão punitiva dos crimes praticados durante o período da ditadura militar. A referida decisão considerou que são inadmissíveis as disposições de direito interno relativas à prescrição que pretendam impedir a investigação e a punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a

tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, tendo em vista que essas práticas violam direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (§ 171).

Não há dúvida de que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é pacífica no sentido de que os crimes contra os direitos humanos são imprescritíveis. Como referências marcantes dessa posição, é possível citar os casos *Barrios Altos* versus *Peru*, *La Cantuta* e *Massacre dos Dois Erres*.

7.1 Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade

Mesmo considerando inválida a anistia brasileira promovida pela Lei 6.683/1979, a prescrição da pretensão punitiva tem sido levantada como um dos principais obstáculos à repressão dos crimes praticados por agentes da repressão militar.

A prescrição é causa extintiva de responsabilidade penal, conforme os termos do art. 107, IV, do CP. Pode-se entender por prescrição a perda do poder-dever de punir do Estado, pela não satisfação da pretensão punitiva ou da pretensão executória, durante certo tempo. O instituto impede a realização do direito de punir do Estado, tendo em vista o decurso de determinado tempo. Os efeitos da prescrição operam-se em relação à pretensão punitiva e em relação à pretensão executória. No primeiro caso, a incidência da prescrição verifica-se quando a pretensão punitiva deixa de ser deduzida em juízo ou, quando é deduzida, não é definitivamente acolhida antes do decurso de certo prazo. No segundo caso, a prescrição ocorre quando a pretensão executória não é satisfeita, durante o prazo estabelecido no Código Penal, após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

A prescrição é, antes de tudo, fruto de opção político-criminal em favor não só do infrator, mas, principalmente, da sociedade que precisa estabilizar as relações jurídicas. A eterna possibilidade de punição impede a solução da situação de conflito em desfavor da tranquilidade social. No entanto, é possível que a carta política fundamental da República identifique crimes considerados de especial impacto na sociedade brasileira e impeça que sobre eles incidam os efeitos da prescrição.

A Constituição da República não estabeleceu a imprescritibilidade para os crimes contra a humanidade. Conforme o inc. XLII, de seu art. 5.º, a pretensão (punitiva ou executória) relativa aos crimes de racismo, definidos na Lei 7.716, de 05.01.1989, não é atingida pelos efeitos da prescrição. Da mesma forma, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, que hoje caracterizam crimes definidos na Lei 7.170, de 14.12.1983 – Lei de Segurança Nacional –, não são atingidos pela prescrição. Essa opção política está consagrada no inc. XLIV do art. 5.º da Carta Magna.

A imprescritibilidade constitui exceção à regra de que se deve evitar o prolongamento demasiado da situação jurídica que possibilita a punição do responsável pela prática criminosa. Tal exceção fundamenta-se em opção política que reconhe-

ce especial gravidade aos fatos criminosos, sendo que, no âmbito do direito interno, as hipóteses excepcionais somente podem ser identificadas por opção política consagrada na Carta Constitucional. Os tratados internacionais podem estabelecer hipóteses de imprescritibilidade a serem incorporadas material e formalmente ao texto constitucional, nos termos dos §§ 2.º e 3.º do art. 5.º da Carta Constitucional.

Contudo, o Brasil não é parte na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, adotada pela Organização das Nações Unidas em 26.11.1968. E, a princípio, como esclarece a doutrina, "os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram em sua adoção".[87] O Brasil é signatário do Estatuto de Roma (1998), que estabelece, em seu art. 29, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. No entanto, o referido estatuto foi inserido na ordem jurídica interna por meio do Decreto 4.388, de 25.09.2002, não podendo ser invocado para a punição de crimes praticados anteriormente à sua vigência.

Cabe observar que a ideia da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi incorporada ao direito internacional consuetudinário. A doutrina reconhece que o costume é fonte do direito penal internacional, em especial por dar consistência aos princípios gerais do direito internacional.[88] Nesse sentido, diversas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e também a decisão da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina proferida no caso Julio Héctor Simón.[89] Nesse último caso, o argumento contou com a significativa adesão de Eugênio Raul Zaffaroni. Para a comunidade internacional, os crimes praticados contra os direitos humanos são imprescritíveis e esse entendimento ficou expressamente registrado na decisão condenatória proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em desfavor do Brasil (item 256, *b*).

Cabe ainda notar que, no direito internacional consuetudinário, também se consolidou o princípio de jurisdição universal, segundo o qual qualquer país pode julgar crimes contra a humanidade, ainda que cometidos fora de seu território. Essa possibilidade de julgamento foi ressaltada por Eugênio Raul Zaffaroni na referida decisão da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (itens 32 a 35 de seu voto). Assim, caso o Brasil não julgue os crimes contra a humanidade praticados por seus agentes durante o regime militar, é possível que tais agentes sejam submetidos a julgamento em outro país.

87. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*... cit., p. 45.

88. AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional:* bases para uma elaboração dogmática. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 44-47.

89. Disponível em: [http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=586338]. Acesso em: 18 out. 2012.

7.2 Prescrição no estado de exceção

Mesmo sem recorrer ao princípio da imprescritibilidade dos crimes contra os direitos humanos, consagrado no direito internacional consuetudinário, é possível reconhecer que o instituto da prescrição ainda não impede a responsabilização criminal dos agentes do Estado brasileiro que cometeram crimes durante o período da ditadura militar. Os referidos crimes devem ser compreendidos como criminalidade de Estado cuja irresponsabilidade se sustentou nos mecanismos criados pelo *estado de exceção* que foi instalado pelo regime militar.

Caracterizado o período do regime militar como um *estado de exceção*, é necessário reconhecer que, durante a sua influência, houve impossibilidade material de promover a responsabilização dos agentes públicos da repressão política pelos crimes perpetrados contra os opositores do regime e outras pessoas que sequer faziam oposição a este. Durante o regime de exceção, não havia condições materiais que permitissem a satisfação da pretensão punitiva estatal em face dos criminosos que se encontravam amparados pelo próprio regime. Em outras palavras: o regime que instituiu a criminalidade estatal também criou as condições concretas que asseguraram a irresponsabilidade para os crimes perpetrados por seus agentes.

Por isso, não se pode iniciar a contagem do prazo prescricional em desfavor da pretensão punitiva. Tal contagem pressupõe que existam condições materiais para a satisfação da pretensão e que, mesmo assim, o Poder Público não a satisfez no prazo estabelecido. Não foi isso o que aconteceu! O regime militar instituiu o estado de exceção e, amparado nele, impediu que os crimes praticados fossem apurados.[90]

O entendimento de que o prazo prescricional iniciou-se em momento em que o Poder Público não tinha condições materiais de satisfazer a pretensão punitiva não pode ser aceito, porque viola o princípio da racionalidade do direito. E não se pode esquecer que a racionalidade da argumentação jurídica confere não apenas cientificidade ao Direito, como também legitimação para a interpretação de suas disposições e para as decisões judiciais que, com base nele, são proferidas.[91]

A ideia de correção que qualifica a operação do sistema normativo somente pode ser obtida por meio de construção discursiva racional. O discurso jurídico é essencialmente prático, porque está orientado por enunciados normativos e, para satisfazer a pretensão de correção, deve ser fundamentado racionalmente. Toda interpretação para a regulamentação jurídica só pode ser considerada legítima se encontrar amparo na racionalidade de sua argumentação discursiva.

---

90. GASPARI, Elio. *A ditadura derrotada*... cit., p. 388.

91. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 212-214.

Nas ciências naturais, a racionalidade se expressa pela verdade de suas proposições, entendida esta como correspondência entre um determinado objeto de observação e sua descrição. Mas, nas ciências valorativas, como é o caso do Direito, a racionalidade apenas pode conduzir à ideia de correção de suas assertivas. E a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica, do prestigiado jurista Robert Alexy, já nos alertou para o fato de que a aplicação correta do Direito está intimamente ligada à sua racionalidade.[92]

Da racionalidade do discurso prático geral pode-se extrair a regra fundamental de que nenhuma assertiva pode ser contraditória.[93] Para o caso especial do discurso jurídico, a referida regra nos indica que no direito não pode haver obrigação impossível. Por isso, não é racional entender que o prazo para a satisfação da pretensão punitiva pode ter início no momento em que era materialmente impossível satisfazê-la. Nesse caso, sustentar a possibilidade do início do prazo prescricional encerra uma contradição lógica: não se pode estabelecer prazo para fazer o que materialmente é impossível!

Cabe ainda notar que o fim do governo militar, com a transferência do poder aos civis, não criou as condições necessárias à responsabilização dos que cometeram crimes amparados pelo regime de exceção. Entre outros obstáculos institucionais que foram instituídos durante a vigência do estado de exceção, a transição democrática inicia-se com uma consolidada interpretação de validade jurídica para a Lei de Anistia. E esse fato efetivamente contribuiu de maneira importante para impedir qualquer apuração em relação aos crimes cometidos no período da ditadura militar.

A contagem do prazo prescricional somente poderá ter início quando o processo de transição democrática permitir a apuração e a responsabilização dos crimes praticados pelos agentes do Estado brasileiro no período de vigência do estado exceção. A identificação do momento em que, para a sociedade brasileira, se apresenta possível a apuração e responsabilização por tais crimes constitui o problema fundamental da questão que envolve a incidência da prescrição.

7.3 Marco inicial do prazo prescricional

A decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em desfavor do Brasil, no caso Gomez Lund, evidenciou que o *rei estava nu*. Até o momento em que a decisão foi proferida, o Brasil não havia avançado o suficiente com o seu processo de transição democrática e, por isso, foi formalmente reconhecido pela comunidade internacional como inadimplente em sua obrigação de proteger os direitos humanos fundamentais de seus cidadãos.

92. Idem, p. 275.
93. Idem, p. 191.

A decisão, embora tenha sido proferida por um Tribunal Internacional que, do exterior, determina o avanço do nosso processo interno de transição democrática, constitui um marco singular no referido processo. Ao mesmo tempo em que a decisão da Corte determina que o Brasil supere os obstáculos opostos à sua redemocratização, também contribui de maneira efetiva para que tal superação ocorra. Em outras palavras: a condenação do Brasil determina um novo contexto fático no qual estão presentes as condições materiais necessárias para que o avanço pretendido se realize.

Diante disso, vale observar que uma das obrigações impostas ao Brasil foi a publicação da decisão no âmbito interno (item 273 da decisão proferida pela CIDH) e isso ocorreu no *Diário Oficial da União* do dia 15.06.2011. Após publicação da referida decisão no Brasil, não pode mais haver dúvida quanto ao dever do Brasil de responsabilizar aqueles (civis ou militares) que cometeram crimes durante a ditadura militar e quanto à invalidade dos obstáculos jurídicos que lhe foram instituídos durante o estado de exceção.

A mudança no contexto fático, que agora encontra as condições necessárias à responsabilização pelos *crimes de Estado*, produz repercussões jurídicas importantes. A decisão condenatória proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em desfavor do Brasil, no caso Gomez Lund, permite o início da contagem do prazo de prescrição da pretensão punitiva. Se o Brasil agora pode superar os obstáculos invalidamente opostos ao avanço de seu processo de redemocratização, também deve ter início o prazo prescricional que estabelece limites à satisfação de suas pretensões.

8. CONCLUSÕES

Em razão das reflexões desenvolvidas, é possível chegar às seguintes conclusões:

a) a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153, não produziu qualquer efeito que impeça o cumprimento da condenação imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em desfavor do Brasil, no caso Gomez Lund, em especial no que diz respeito à responsabilização pelos crimes cometidos durante a ditadura militar;

b) o estado de exceção instituído pelo golpe cívico-militar de 1964 criou mecanismos que, de fato, impediram a apuração e a responsabilização pelos crimes de estado cometidos durante o período da ditadura;

c) tendo o próprio Estado brasileiro, durante o regime de exceção, criado a impossibilidade material para a apuração e responsabilização pelos referidos crimes, não pode ter início a contagem do prazo prescricional;

d) a decisão condenatória do Brasil proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece as condições materiais necessárias para a responsabili-

zação pelos crimes cometidos pelos agentes do Estado brasileiro e permite o início do prazo de prescrição da pretensão punitiva; e

e) mesmo com o reconhecimento de que a Lei de Anistia é juridicamente inválida, os opositores do regime de exceção somente poderão ser responsabilizados em razão da prática de condutas que já eram consideradas criminosas no contexto democrático que foi maculado pelo golpe de 1964.

9. Referências bibliográficas

Agamben, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

Ambos, Kai. *A parte geral do direito penal internacional:* bases para uma elaboração dogmática. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raisman. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Brasil. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

_____. *Nunca mais. Arquidiocese de São Paulo*. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. Relatório de cumprimento de sentença, 2011. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/casos-judiciais/relatorio-brasileiro-de-cumprimento-de-sentenca-14-12-2011]. Acesso em: 30 out. 2012.

Castro, Celso. Comemorando a "revolução" de 1964: a memória histórica dos militares brasileiros. In: FICO, Carlos e outros (orgs.). *Ditadura e democracia na América Latina:* balanço histórico e perspectivas. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2008.

Comblin, Pe. Joseph. *A ideologia da segurança nacional:* o poder militar na América Latina. Trad. A. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

D'Araújo, Maria Celina. Densidade democrática e instabilidade na redemocratização latino-americana. In: FICO, Carlos e outros (orgs.). *Ditadura e democracia na América Latina:* balanço histórico e perspectivas. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2008.

Dreifuss, René Armand. *1964: a conquista do Estado – ação política, poder e golpe de classe*. Trad. Ayeska Branca de Oliveira Farias e outros. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

Figueiredo, Lucas. *Olho por olho:* os livros secretos da ditadura. Rio de Janeiro: Record, 2009.

Gaspari, Elio. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

GUERRA, Claudio em depoimento a NETTO, Marcelo e MEDEIROS, Rogério. *Memórias de uma guerra suja*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARIANO, Nilson C. *Operación Cóndor:* terrorismo de Estado en el cono sur. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord.). *Memória e verdade:* a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MIX, Miguel Rojas. La dictadura militar en Chile e América Latina. In: WASSERMAN, Claudia e outros (org.). *Ditaduras militares da América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SABADELL, Ana Lúcia; MAVILA, Olga Espinoza. *Elaboração jurídico-penal do passado após mudança do sistema político em diversos países:* relatório Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

SCHMITT, Carl. *La dictadura* – desde lós comienzos del pensamiento de la soberania hasta la lucha de clases proletária. Trad. José Díaz Garcia. Madri: Alianza, 2007.

SILVA, Golbery do Couto e. *Geopolítica do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal* – problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79). Curitiba: Juruá, 2007.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Trad. Amílcar de Castro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, vol. 17, 1964.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1.

WASSERMAN, Claudia. O império da segurança nacional: o golpe militar de 1964 no Brasil. In: WASSERMAN, Claudia; GUAZZELLI, Cesar Augusto Barcellos (org.). *Ditaduras militares na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A anistia e os crimes contra a humanidade, de Edson Luis de Almeida - *RBCCrim* 55/315, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/157 (DTR\2005\949);
- A atuação do Brasil no banco dos réus no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, de Raimundo Jorge Santos Seixas e Bartira Meira Ramos Nagado - *RBCCrim* 76/292 (DTR\2009\8); e
- Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal, de Marlon Alberto Weichert - *RBCCrim* 74/170, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/371 (DTR\2008\547).

66114

As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso *Gomes Lund vs. Brasil*

International obligations for human rights protection through criminal system and their impact on Brazilian criminal law: the Gomes Lund v. Brazil case

Sergio Gardenghi Suiama

Mestre em direito (LL.M) e *human rights fellow* da Universidade de Columbia.
Membro e coordenador substituto do GT Justiça de Transição, do Ministério Público Federal.
Procurador da República no Rio de Janeiro.

Área do Direito: Penal; Internacional; Constitucional; Processual

Resumo: O artigo discute alguns dos problemas de direito penal suscitados pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010), à luz do direito internacional dos direitos humanos e do direito penal internacional. Para este fim, sistematiza as fontes e espécies de obrigações estatais de proteção desses direitos por meio do sistema penal, constantes dos tratados e da jurisprudência das cortes de direitos humanos e tribunais penais internacionais.

Palavras-chave: Direito penal – Direito internacional dos direitos humanos – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Deveres de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal – Crimes cometidos durante a ditadura militar brasileira.

Abstract: This paper addresses some criminal law problems caused by the Inter-American Court of Human Rights decision in the *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil* (2010), from the perspective of human rights law and international criminal law. To this end, we put together the sources and the types of obligations that the state has to comply in order to protect those rights through the criminal system. The obligations are stated in treaties and in case law of human rights courts and international criminal courts.

Keywords: Criminal law, human rights law, the Inter-American Court of Human Rights, obligation to protect human rights through the criminal system, crimes committed during the Brazilian military dictatorship.

Sumário: 1. Introdução – 2. Fontes de obrigações positivas dos Estados no âmbito dos respectivos sistemas de justiça criminal: 2.1 Obrigações derivadas de cláusulas convencionais expressas; 2.2 Obrigações derivadas do direito consuetudinário cogente – 3. Tipologia das obrigações positivas de proteção a direitos humanos por intermédio do sistema de justiça penal: 3.1 Dever de tipificar os crimes no ordenamento interno; 3.2 Dever de investigar; 3.3 Dever de garantir a participação da vítima no processo penal; 3.4 Dever de promover a persecução penal – 4. As obrigações de persecução penal na sentença de *Gomes Lund*: 4.1 Qualificação das condutas cometidas por agentes da repressão como crimes contra a humanidade; 4.2 O cumprimento da sentença implica

retroatividade penal vedada?; 4.3 O cumprimento da sentença implica violação da garantia do *nullum crimen sine lege scripta*? – 5. Conclusão: um "direito penal diferenciado" para graves violações a direitos humanos?

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é parte de um projeto de pesquisa voltado à integração crítica entre direito penal (DP) e direitos humanos (DH) – e, mais especificamente, entre os fins de proteção contra abusos privados *por meio* do sistema penal, e de proteção privada *contra* os abusos provenientes do próprio sistema.[1]

Um razoável número de questões atuais, situadas na intersecção entre o direito constitucional e o DP, dizem respeito a esse ponto e não raramente a solução proposta é tida ora como *insuficiente* para atingir os efeitos preventivos e retributivos desejados, ora como *excessiva* e ilegítima em razão da existência de alternativas extrapenais mais justas ou eficazes. De forma mais ou menos explícita, as discussões, por um lado, em torno da descriminalização do aborto e do não impedimento de manifestações públicas em defesa da legalização das drogas e, por outro, da criminalização de manifestações revisionistas ou de cunho homofóbico e da vedação de medidas despenalizadoras a autores de violência contra a mulher, gravitam em torno desses dois polos e almejam a estabilização provisória do conflito prático entre mandados que *limitam* a intervenção do poder punitivo estatal e os que, contrariamente, a *ordenam*.

No atual estágio de desenvolvimento do direito internacional, obrigações dessa natureza decorrem tanto de cláusulas expressas constantes de tratados de DH, como de decisões vinculantes proferidas por tribunais internacionais, e incluem uma gama de deveres estatais positivos voltados à efetiva e, por vezes, irrenunciável persecução penal de graves violações a DH, tais como a tortura, o tráfico de mulheres e o abuso sexual de crianças por meio da *Internet*.

1. O propósito mais amplo da pesquisa é discutir o impacto, na estrutura da teoria do delito, das obrigações internacionais de DH assumidas pelo Estado brasileiro relacionadas à proteção dessa categoria de direitos por intermédio do sistema de justiça criminal. Na expressão de Michael Baurmann, citado por Silva Sánchez, o Estado de Direito encontra-se na encruzilhada entre duas pretensões que, em aparência, estão igualmente legitimadas: "Por um lado, a pretensão daqueles que tem seus direitos pessoais ameaçados por outros particulares. O Estado de Direito deve protegê-los de *abusos privados* tanto quanto seja possível através da pena e da cominação penal. Por outro lado, a pretensão daqueles que vêem ameaçados seus direitos pessoais pelo Estado. O Estado de Direito deve protegê-los de intervenções estatais, renunciado à pena e à cominação penal tanto quanto possível" (apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 295).

Para os destinatários finais dessas obrigações – fundamentalmente legisladores, formuladores de políticas criminais e membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e das polícias –, é de grande importância prática identificar o *conteúdo* desses deveres positivos, bem como os potenciais *pontos de conflito* com as normas do direito interno que limitam a esfera de intervenção do sistema de justiça criminal em benefício da liberdade individual. Indiscutivelmente, é no DP que o conflito de interesses entre os potenciais e reais autores e vítimas se coloca de forma mais aguda. Na dogmática constitucional, o conflito relaciona-se ao dever estatal de *proteção* dos direitos fundamentais contra danos e riscos provocados por terceiros, em oposição aos deveres de *não interferência* indevida do sistema de justiça criminal na esfera de liberdade dos indivíduos. Em uma frase: na oposição entre comandos jurídicos positivos e negativos, ambos direcionados aos órgãos e instituições estatais envolvidos na persecução penal.

No pós-Segunda Guerra e, mais acentuadamente, a partir da década de 1990, o desenvolvimento de mecanismos internacionais de proteção a DH, acompanhado da constituição de tribunais penais internacionais competentes para o julgamento dos crimes de genocídio e lesa-humanidade, trouxe um complicador ao problema, na medida em que questões importantes relacionadas à persecução penal de graves violações a DH passaram a ser, subsidiariamente, submetidas à regulação e à jurisdição internacionais, desafiando teorias monistas tradicionais que sustentam a supremacia do direito interno sobre o direito internacional. Nos sistemas global e americano, ao menos dez tratados de DH contêm obrigações positivas expressas dirigidas aos sistemas de justiça criminal dos Estados-partes. Além disso, as Cortes Interamericana e Europeia de DH, apreciando petições formuladas em nome de vítimas reais de crimes, invocam com frequência previsões gerais de tratados para justificar a imposição de obrigações de fazer específicas, voltadas à efetiva persecução penal de certas condutas tidas como gravemente atentatórias a DH. Por fim, há um notável esforço da dogmática penal internacional em integrar as normas gerais do Estatuto de Roma e a jurisprudência do TPI e dos tribunais *ad hoc* às estruturas lógico-objetivas da teoria do delito, em temas como autoria e participação, excludentes de antijuridicidade e erro de tipo.[2]

Neste artigo a intenção é: a) indicar as fontes, no direito internacional, das obrigações estatais positivas voltadas à proteção de DH por meio dos sistemas nacionais de justiça criminal; b) arrolar os deveres específicos de proteção atualmente reconhecidos pelo direito internacional dos DH; c) discutir, a partir da análise dos problemas colocados pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos

2. Cf., dentre outros, AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional*: bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: Ed. RT, 2008; CASSESSE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

(Corte IDH) no caso *Gomes Lund vs. Brasil* (2010), algumas das questões práticas relacionadas ao impacto das obrigações internacionais de DH sobre as tradicionais garantias de taxatividade e irretroatividade da lei penal *in pejus*, à luz do direito internacional e do direito comparado. Pretende-se, com isso, contribuir para a necessária discussão a respeito da integração entre os sistemas nacional e internacional, a partir da apresentação resumida do atual estágio da jurisprudência em matéria de proteção a DH.[3]

2. FONTES DE OBRIGAÇÕES POSITIVAS DOS ESTADOS NO ÂMBITO DOS RESPECTIVOS SISTEMAS DE JUSTIÇA CRIMINAL

No direito internacional público, as fontes primárias tradicionais de obrigações dos Estados são aquelas indicadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1920), ou seja, os tratados, o costume internacional e os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Na atualidade, debate-se a inclusão, na lista das fontes tradicionais, dos atos estatais unilaterais e das decisões proferidas por organizações internacionais, e materializados em atos como resoluções, recomendações, declarações e sentenças.[4] Uma vez que, em casos de inaplicabilidade dos tratados, o costume tem sido usualmente invocado nessas decisões de organismos internacionais, trataremos das duas últimas fontes de obrigação no tópico 2.2, *infra*.

2.1 Obrigações derivadas de cláusulas convencionais expressas

A relevância dos tratados internacionais de DH como fonte de obrigações dirigidas aos sistemas nacionais de justiça criminal é dupla: seus termos, por um lado, impõem aos Estados signatários o cumprimento de obrigações específicas fundadas no princípio amplamente aceito do *pacta sunt servanda*; e, por outro, contribuem para o processo de estabilização do costume internacional na matéria, ajudando a precisar a norma cogente aplicável a toda comunidade internacional, e não apenas às partes signatárias. O rol de obrigações dirigidas aos Estados em matéria de proteção dos DH por intermédio do sistema de justiça criminal será sistematizado no tó-

3. A premissa adotada pelo autor do artigo é a de que não é possível ignorar o forte influxo no direito internacional e interno contemporâneo de demandas voltadas à repressão penal de certas condutas atentatórias a DH. E a de que compete à dogmática e à prática jurídica compatibilizar tais demandas com as garantias constitucionais do DP e do processo penal, sem deixar de reconhecer a evidente tensão entre demandas expansionistas e limitadoras do sistema de justiça criminal.

4. Cf., dentre outros, REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 135-140, e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 125-142.

pico seguinte. Neste item pretendemos listar os tratados internacionais que contêm mandados expressos de criminalização e citar os argumentos frequentemente invocados nos documentos para justificar a opção exclusiva ou complementar pelo DP.

O primeiro tratado de DH a prever obrigações estatais positivas em matéria penal foi a Convenção relativa à Escravatura (1926).[5] Seu art. 6.º obriga os Estados signatários "cuja legislação não seja (...) suficiente para reprimir as infrações às leis e regulamentos promulgados para aplicar a presente Convenção" a "tomar as medidas necessárias para que essas infrações sejam severamente punidas". Nos considerandos do texto, verifica-se a ênfase nos aspectos preventivos da intervenção penal, voltada a garantir "a completa supressão da escravidão em todas as suas formas, e o tráfico de escravos por terra ou mar".

Depois da Segunda Guerra, e como resposta *a posteriori* ao extermínio em massa de judeus, ciganos e outras minorias étnicas promovido pelos regimes nazifascistas, foi editada a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948).[6] A Convenção classifica o genocídio como "crime contra os povos" e obriga os Estados-Partes a: a) estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio (art. 5.º); b) julgar os acusados de genocídio em tribunais nacionais segundo o critério da territorialidade do crime (art. 6.º); e c) conceder a extradição de pessoas acusadas de crime de genocídio (art. 7.º). Muito embora o tratado defina os atos constitutivos do genocídio e afirme a responsabilidade penal internacional dos autores do crime, a competência primária para processar tais atos pertence às jurisdições domésticas do local onde o crime foi cometido e, *subsdiariamente*, quando a punição estatal tenha falhado, a tribunais penais internacionais, da espécie dos instalados para Rwanda e a Ex-Iugoslávia.[7]

5. Liga das Nações. Convenção relativa à Escravidão. Aprovada em Genebra, em 25.09.1926. Ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto 58.563, de 05.06.1966. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58563-1-junho-1966-399220-norma-pe.html]. Acesso em: 05.05.2013.

6. Organização das Nações Unidas (ONU). Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 11.12.1948. Ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto Legislativo 2, de 11.04.1951. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-2-11-abril-1951-351286-norma-pl.html]. Acesso em: 05.05. 2013.

7. Seibert-Fohr, Anja. *Prosecuting serious human rights violations*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 154 ("Different from the concept of *aut dedere aut judicare*, the Genocide Convention establishes primary jurisdiction for domestic courts and requires prosecution by the State party in whose territory the acts of genocide have been committed. For those cases in which domestic punishment might fail, it provides for an alternative: an *international penal tribunal* competent to try acts of genocide. This was put into practice with the establishment of the *ad hoc* Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia and the International Criminal Court").

Outros tratados internacionais de DH do sistema global que contêm obrigações positivas dirigidas ao sistema de justiça criminal são: a) Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem (1949);[8] b) Convenção Suplementar para a Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos, e de Instituições e Práticas Similares à Escravidão (1956);[9] c) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966);[10] d) Convenção Internacional sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (1968);[11] e) Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid (1973);[12] f) Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984);[13] g) Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998);[14] h) Protocolo Opcional à Convenção sobre

8. ONU. Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio. Aprovada pela Assembleia-Geral da ONU através da Resolução 317, de 02.12.1949. Ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto 46.981, de 08.10.1959. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-46981-8-outubro-1959-386048-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 05.05.2013.
9. ONU. Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Similares à Escravidão. Adotada pela Conferência de Plenipotenciários da ONU em 30.04.1957. Ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto 58.563, de 05.06.1966. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58563-1-junho-1966-399220-norma-pe.html]. Acesso em: 05.05. 2013.
10. ONU. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Adotada pela Assembleia-Geral em 07.03.1966. Ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto 65.810, de 08.12.1969. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminacao_disc_racial.htm]. Acesso em: 15.05. 2013.
11. ONU. Convenção Internacional sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade. Aprovada pela Assembleia-Geral da ONU através da Resolução 2.391, de 26.11.1968. O Brasil não aderiu à Convenção até a presente data. Disponível em: [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&lang=en#1]. Acesso em: 05.05.2013.
12. ONU. Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid. Adotada pela Assembleia-Geral da ONU em 30.11.1973. Não consta que o Brasil tenha aderido à Convenção até a presente data. Disponível em: [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-7&chapter=4&lang=en]. Acesso em: 05.05.2013.
13. ONU. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 10.12.1984. Ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto 40, de 15.02.1991. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1991/decreto-40-15-fevereiro-1991-342631-norma-pe.html[. Acesso em: 05.05.2013.
14. ONU. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Adotado em 17.07.1998. O tratado foi ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto 4.388, de 25.09.2002. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4388-25-setembro-2002-465778-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 05.05.2013.

os Direitos da Criança sobre o envolvimento das crianças em conflitos armados (2000);[15] i) Protocolo Opcional à Convenção dos Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil (2000);[16] j) Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças (2000);[17] k) Protocolo sobre o Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (2000);[18] l) Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006).[19]

No sistema interamericano, há a previsão de obrigações positivas em matéria criminal na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994)[20] e na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994).[21]

---

15. ONU. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados. Aprovado em Nova York em 25.05.2000. Ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto 5006, de 08.03.2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5006.htm]. Acesso em: 14.05.2013.
16. ONU. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. Aprovado em Nova York em 25.05.2000. Ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto 5.007, de 08.03.2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm]. Acesso em: 14.05.2013.
17. ONU. Protocolo Adicional à Convenção contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Aprovado em Nova York em 15.11.2000. Ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto 5.017, de 12.03.2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm]. Acesso em: 14.05.2013.
18. ONU. Protocolo Adicional à Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Aprovado em Nova York em 15.11.2000. Ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto 5.016, de 12.03.2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm]. Acesso em: 14.05.2013.
19. ONU. Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Aprovada em Nova York em 20.12.2006. Ratificado pelo Brasil em 29.11.2010. Disponível em: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en]. Acesso em: 14.05.2013.
20. Organização dos Estados Americanos (OEA). Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher [doravante referida como "Convenção de Belém do Pará"]. Aprovada em Belém do Pará em 09.06.1994. Ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto 1.973, de 01.08.1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm]. Acesso em: 14.05.2013.
21. OEA. Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Aprovada em Belém do Pará em 09.06.1994. Ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto

O mero registro do ano de deliberação das convenções citadas é suficiente para indicar a forte tendência internacional, verificada sobretudo a partir de meados da década de 1990, à adoção de formas punitivas de controle contra graves violações a DH. Convém notar que as convenções aprovadas não se dirigem somente à repressão de *crimes internacionais* (genocídio, desaparecimento forçado, *apartheid* e outros crimes contra a humanidade), mas também de atos que tecnicamente não constituem ilícito punível pelo direito penal internacional (DPI), como o racismo, o abuso sexual infantojuvenil, a violência doméstica e o tráfico de pessoas. Ou seja: no direito internacional dos DH, as obrigações estatais em matéria penal referem-se tanto a crimes internacionais como a violações domésticas (ou, no máximo, transnacionais) de DH.

É importante frisar, todavia, que o tratamento jurídico dispensado a essas obrigações *não é uniforme* em todos os documentos internacionais. A jurisdição de tribunais penais internacionais, por exemplo, está expressamente prevista na Convenção sobre o Genocídio, na Convenção sobre o *Apartheid*, na Convenção Internacional sobre Desaparecimento Forçado e no Estatuto de Roma (para todos os crimes internacionais referidos no Estatuto). Por outro lado, na Convenção contra a Tortura, na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado e no Protocolo Opcional sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil, a obrigação de estabelecer jurisdição criminal sobre as violações objeto dos tratados é *compartilhada* entre os Estados pela combinação dos critérios de territorialidade (local do crime), personalidade ativa (nacionalidade do autor do fato), personalidade passiva (nacionalidade da vítima) e jurisdição universal condicionada à presença do agente no território do Estado. Nas demais convenções não há previsão de jurisdição extraterritorial ou internacional, de modo que as medidas relacionadas à persecução penal de crimes como tráfico de pessoas, racismo e violência doméstica são da exclusiva responsabilidade dos Estados, segundo as regras de territorialidade adotadas por eles.

Dentre os motivos citados nos considerandos dos tratados como justificativas para a adoção de medidas de natureza criminal, há a necessidade de se "prevenir e reprimir eficazmente" a conduta lesiva;[22] "tornar mais eficaz a luta";[23] "eliminar as situações de violência"[24] e proteger grupos sociais reconhecidamente vulneráveis contra formas especialmente graves de dominação como a violência contra

---

Legislativo 127, de 08.04.2011. Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=243367&norma=263546]. Acesso em: 14.05.2013.

22. ONU. Protocolo Adicional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes, cit.
23. ONU. Convenção contra a Tortura, cit.
24. OEA. Convenção de Belém do Pará, cit.

a mulher, a disseminação de imagens de abuso sexual infantojuvenil por meio da Internet[25] ou o tráfico de seres humanos em nível global.

2.2 *Obrigações derivadas do direito consuetudinário cogente*

No Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o costume é definido como uma "prática geral aceita como sendo o direito".[26] Mazzuoli registra a formulação dada pelo *American Law Institute*, segundo a qual o direito consuetudinário internacional resulta de uma "prática geral e consistente por parte dos Estados seguida por eles como consequência de entendê-la como uma obrigação legal".[27] Segundo o mesmo autor, dois são os elementos necessários à formação dos costume internacional, um de natureza material ou objetiva, consistente na repetição generalizada e uniforme de certos atos praticados pelos sujeitos de Direito Internacional,[28] e outro de natureza subjetiva, pertinente à "crença prematura dos atores da sociedade internacional de que aquilo que se pratica reiterada-

25. ONU. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, cit.

26. ONU. Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38(1)(1b).

27. The American Law Institute. "Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States" (1987), par. 102(2). Apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público...* cit., p. 104.

28. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público...* cit.,, p. 104-105 ("esta prática é sempre adotada em virtude da multiplicação dos 'precedentes' costumeiros, seguidos pelos autores da sociedade internacional. Por 'precedentes' se entendem os casos aplicados pelos Estados ou organizações internacionais, de forma reiterada e uniforme, quando da repetição de fatos semelhantes. (...) Essa repetição de atos estatais ou organizacionais dá origem a um hábito por parte de seus atores, que não necessita ser obrigatoriamente imemorial e tampouco comissivo, podendo perfeitamente constituir-se em uma abstenção ou num não fazer perante determinado quadro de fato. Não se exige, ademais, uma repetição de atos obrigatoriamente idênticos, devendo apenas estarem relacionados a uma mesma matéria ou a uma mesma questão de fato"). De acordo com o American Law Institute, o conceito de prática estatal inclui "diplomatic acts and instructions as well as public measures and other governmental acts and official statements of policy, whether they are unilateral or undertaken in cooperation with other states (...). Inaction may constitute state practice, as when a state acquiesces in acts of another state that affect its legal rights. The practice necessary to create customary law may be of comparatively short duration, but under Subsection (2) it must be 'general and consistent.' A practice can be general even if it is not universally followed; there is no precise formula to indicate how widespread a practice must be, but it should reflect wide acceptance among the states particularly involved in the relevant activity. Failure of a significant number of important states to adopt a practice can prevent a principle from becoming general customary law though it might become 'particular customary law' for the participating states" (op. cit., par. 102(2)).

mente se estima obrigatório pelo fato de ser justo e pertencente ao universo do Direito".[29]

Clapham enumera as seguintes razões pelas quais a análise da dinâmica do direito consuetudinário internacional é importante para a dogmática dos DH: (a) nem todos os Estados são partes dos tratados internacionais mais relevantes; (b) as reservas feitas aos tratados podem impedir o exercício da jurisdição internacional (cível e criminal); (c) o direito consuetudinário é relevante para impor limites às derrogações dos tratados em situações de conflito armado, estado de emergência e outros distúrbios internacionais; (d) alguns tratados de DH podem conter cláusulas específicas autorizando o órgão de monitoramento a levar em consideração o direito consuetudinário internacional; (e) o direito consuetudinário internacional pode produzir efeitos também em nível doméstico, pois, em contraste com o que ocorre com os tratados, não se exige nenhum processo formal de incorporação das normas consuetudinárias internacionais ao direito interno; (f) os costumes internacionais podem ser mais relevantes do que os tratados para assegurar a responsabilização de agentes privados em âmbito local.[30]

De um modo geral, pode-se dizer que a referência ao direito consuetudinário é feita, tanto no âmbito do direito internacional dos DH quanto no do DPI, para justificar a imposição de normas internacionais de caráter peremptório, sobretudo em casos de ausência de norma convencional aplicável. O costume de que se trata, portanto, é o de *jus cogens*, e não de *jus dispositium*.[31]

---

29. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*... cit., p. 106.

30. CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 85-86. Na dogmática do DPI, Antonio Cassesse ressalta a importância das regras consuetudinárias para esclarecer o conteúdo de previsões de tratados e também para preencher as lacunas dessas previsões. "Resort to customary Law may also prove necessary for the purpose of pinpointing general principles of criminal law, whenever the application of such principles becomes necessary" (CASSESSE, Antonio. *International criminal law*... cit., p. 17).

31. Cf. The American Law Institute. Restatement of the Law, Third, op. cit. Segundo o documento, "some rules of international law are recognized by the international community of states as peremptory, permitting no derogation. These rules prevail over and invalidate international agreements and other rules of international law in conflict with them. Such a peremptory norm is subject to modification only by a subsequent norm of international law having the same character. It is generally accepted that the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force have the character of *jus cogens*". Segundo o mesmo documento, "the concept of *jus cogens* is of relatively recent origin. It is now widely accepted, however, as a principle of customary law (albeit of higher status). (...) The Vienna Convention requires that the norm (and its peremptory character) must be 'accepted and recognized by the international community of States as a whole' (art. 53). Apparently that means by 'a very large majority' of states, even if over dissent by 'a very small number' of states".

Como é sabido, a fundamentação de normas penais no direito consuetudinário é altamente problemática, especialmente para as dogmáticas de matriz europeia continental, como a nossa.[32] "Desde a ótica do DP [resume Ambos] o princípio do *nullum crimen* parece excluir a existência de tipos penais não escritos, fundados no costume internacional". E desde a ótica do DPI, "apresenta-se o problema de que a *praxis* dos Estados (*repetitio facti*), que deve estar acompanhada de um convecimento jurídico geral (*opinio iuris*) dificilmente possa se fundamentar para dar origem ao direito consuetudinário internacional, frente à ampla extensão da impunidade das severas violações aos DH".[33]

Não obstante os problemas apontados, o direito consuetudinário ainda segue como uma das mais relevantes fontes de direito internacional, inclusive de DPI, e os tribunais constituídos desde Nuremberg[34] vêm sustentando o abrandamento da garantia do *nullum criminen sine lege scripta* como uma necessidade inafastável para a punição dos crimes contra a humanidade. O Tribunal Especial Internacional para a Serra Leoa, no caso *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (2004), por exemplo, referiu-se ao costume internacional para rejeitar a tese da defesa do réu, segundo a qual o alistamento de crianças em conflitos armados não era, à época dos fatos (1996), definido como crime internacional.[35] Citando as Convenções de Genebra e

---

Também segundo a interpretação de *jus cogens* dada pelo American Law Institute, "it has been suggested that norms that create 'international crimes' and obligate all states to proceed against violations are also peremptory. (...) Such norms might include rules prohibiting genocide, slave trade and slavery, apartheid and other gross violations of human rights, and perhaps attacks on diplomats".

32. Para uma crítica da aplicação do direito consuetudinário no DPI, cf., dentre outros, Schaack, Beth Van. Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals. *The Georgetown Law Journal*, Washington, vol. 97, 2008, p. 119-192; Ambos, Kai e Malarino, Ezequiel (eds.). *Jurisprudência latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008; e Boot, Machteld. Nullum Crimem Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes. *School of Human Rights Research Series*, Antwerpen: Intersentia, vol. 12, 2002.

33. Ambos, Kai. *A parte geral do direito penal internacional...* cit., p. 44-45.

34. Para uma perspectiva histórica do uso do direito consuetudinário como direito cogente internacional, cf. Schwelb, Egon. Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission. *The American Journal of International Law*, n. 4, vol. 61, oct. 1967, p. 946-975.

35. The Special Court for Sierra Leone (SCSL). Appeals Chamber. *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), datada de 31.05.2004, pars. 38 e 50. Disponível em: [http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=XSdlFGVsuTI%3d&tabid=193]. Acesso em: 24 jul. 2013. O voto dissidente do Juiz Robertson observa que "it is precisely when the acts are abhorrent and deeply shocking that the principle of legality must be

dos Direitos da Criança, o Tribunal indeferiu a preliminar arguida, argumentando que, "antes de novembro de 1996, a proibição do recrutamento de crianças havia se cristalizado como direito consuetudinário internacional", e que "uma norma não precisa estar expressamente prevista em uma convenção para cristalizar-se como crime no direito consuetudinário internacional".[36] A mesma posição foi adotada pela Câmara de Julgamento do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, no caso *Furundzija*, em relação à proibição do estupro e outros atos de violência sexual, em conflitos armados, segundo o direito consuetudinário.[37]

---

most stringetly applied, to ensure that a defendant is not convicted out of disgust rather than evidence, or of a non-existent crime".

36. Segundo a mesma decisão, "[t]he protection of children is one of the fundamental guarantees articulated in Additional Protocol II and reflected in the Special Court Statute. As can be verified in numerous reports of various human rights organizations, the practice of child recruitment bears the most atrocious consequences for the children. Serious violations of fundamental guarantees lead to individual criminal liability. Therefore the recruitment of children was already a crime by the time of the adoption of the 1998 Rome Statute for the International Criminal Court, which codified and ensured the effective implementation of an existing customary norm relating to child recruitment rather than forming a new one. A norm need not be expressly stated in an international convention for it to crystallize as a crime under customary international law. Furthermore, it is not necessary for the individual criminal responsibility of the accused to be explicitly stated in a convention for the provisions of the convention to entail individual criminal responsibility under customary international law. Further support for these findings is found in the national legislation of states which includes criminal sanctions as a measure of enforcement. Therefore, child recruitment was criminalized before it was explicitly set out in treaty law and certainly by the time frame relevant to the indictments. The principle of legality and the principle of specificity are both upheld".

37. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia (ICTY). Trial Chamber, The Prosecutor v. Anto Furundzija, case IT-95-17/1-T, julgamento de 10.12.1998, pars. 168-169 ("The prohibition of rape and serious sexual assault in armed conflict has also evolved in customary international law. It has gradually crystallised out of the express prohibition of rape in (...) the Lieber Code and the general provisions contained in (...) the Regulations (...) to Hague Convention (...). While rape and sexual assaults were not specifically prosecuted by the Nuremberg Tribunal, rape was expressly classified as a crime against humanity under Article II(1)(c) of Control Council Law no. 10. The Tokyo International Military Tribunal convicted Generals (...) for violations of the laws or customs of war committed by their soldiers in Nanking, which included widespread rapes and sexual assaults. (...) This decision (...) along with the ripening of the fundamental prohibition of 'outrages upon personal dignity' laid down in common Article 3 (...) has contributed to the *evolution of universally accepted norms of international law prohibiting rape as well as serious sexual assault*. These norms are applicable in any armed conflict"). Disponível em: [http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf]. Acesso em: 22.05.2013.

A Câmara de Julgamento do caso Čelebici Camp[38] argumentou, também, que "não está definido em que extensão o princípio da legalidade e seus componentes tem sido admitidos como parte da prática jurídica internacional, separada e destacada da existência dos sistemas jurídicos nacionais".[39] Segundo nota Schaack, o recurso ao direito consuetudinário pode ser feito mesmo quando existe um tratado ratificado pelo Estado envolvido e não há lacuna ou ambiguidade a ser superada.[40] Além disso, a preocupação em alguns casos de preencher as lacunas do direito positivo faz com que os tribunais domésticos e internacionais sejam menos rigorosos na aplicação da fórmula tradicional do direito consuetudinário, que exige, como mencionado, a demonstração de uma prática estatal recorrente acompanhada da crença de que tal prática é mandatória em determinadas circunstâncias.[41] Em suma,

38. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). Trial Chamber. *Prosecutor v. Mucić et al* (Čelebici Camp), Case No. IT-96-21, julgamento de 16.11.1998. Disponível em: [http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf]. Acesso em: 22.05.2013.

39. Idem, par. 403. Cf., no mesmo sentido, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Trial Chamber. *Prosecutor v. Karemera et al*, Case No. ICTR-98-44-T, Decision on the Preliminary Motions by the Defence of Joseph Nzirorera, Édouard Karemera, André Rwamakuba and Mathieu Ngirumpatse Challenging Jurisdiction in Relation to Joint Criminal Enterprise, julgamento de 11.05.2004, par. 43 ("The Chamber holds that, given the specificity of international criminal law, the principle of legality does not apply to international criminal law to the same extent as it applies in certain national legal systems"). Disponível em: [http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Karemera/trail/040511.pdf]. Acesso em: 22.05.2013.

40. Como nota SCHAACK, "beyond treaty law, courts adjudicating international criminal law more frequently resort to customary international law when an otherwise applicable treaty is silent, ambiguous, or constrained in its articulation of a legal principle. Indeed, courts will even resort to customary international law when there is an extant treaty on a subject, although it is difficult to identify relevant state practice outside of the treaty where the treaty is well subscribed to by states" (Crimen Sine Lege... cit., p. 161-162).

41. SCHAACK, Beth Van. Crimen Sine Lege... cit., p. 42 ("Under this contemporary approach, contrary state practice may be considered a breach of a rule rather than evidence of the absence or desuetude of a rule. Jurists may also 'double count' discursive practices as both *usus* and *opinio juris*. It is of course uncontroversial that the substance of Customary International Law is inherently evolutionary, being premised on the actions of states and their conceptions and articulations of legal obligation. The current practice of international decision-making bodies suggests that the very concept of Customary International Law is undergoing a transformation in light of the proliferation of multilateral international institutions providing dispersed fora for parliamentary diplomacy and discursive practices. Although this untethering of *opinio juris* from state practice is part of much public international law reasoning, it is particularly common in International Criminal Law, where the disjunction between the two elements can be so wide. In International Criminal Law, states are known to espouse lofty rhetoric in self-serving dialog just as violations continue in clandestine cells back home").

de acordo com Schaack, a jurisprudência do DPI acaba por "reformular o princípio da legalidade como *nullum crimen sine jure*, no qual o termo *jure* inclui mais do que as leis positivadas".

O problema apontado torna-se certamente mais agudo quando envolve – como é o caso da sentença de *Gomes Lund vs. Brasil* adiante analisada – a articulação entre as esferas doméstica e internacional. Com efeito, o direito internacional raramente define com precisão condutas criminosas e, além disso, os ambientes multilaterais das organizações internacionais praticamente obrigam o uso de locuções que contêm alto grau de apreciação subjetiva da conduta do agente pelo intérprete (v.g., "medidas necessárias e razoáveis a seu alcance"[42] e "atos desumanos (...) que causem intencionalmente grande sofrimento").[43] A combinação desses fatores encorajaria, de acordo com Schaack, um certo ativismo judicial tanto de cortes internacionais quanto de magistrados locais interessados em aplicar o princípio da jurisdição universal a notórios criminosos internacionais. Na esfera doméstica, por outro lado, o esforço garantista/liberal (ao menos quanto à criminalidade comum) volta-se justamente *contra* o emprego de tipos penais abertos e a favor de uma interpretação do princípio da legalidade que não restrinja o âmbito de proteção da garantia à tipificação da conduta e ao estabelecimento das penas.

No que se refere ao direito internacional dos DH, convém registrar que a garantia *nullum crimen sine lege scripta* é expressamente relativizada no Pacto de Direitos Civis e Políticos, cujo art. 15 estabelece que: "ninguém poderá ser condenado por atos omissões *que não constituam* delito de acordo com o direito nacional *ou internacional*, no momento em que foram cometidos", e que "nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos *de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações*".[44]

No continente americano, como será adiante detalhado, tanto a Corte IDH[45] quanto a jurisprudência do direito comparado enfatizam a origem costumeira e cogente da punição dos crimes contra a humanidade.

---

42. ONU. Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, cit., art. 6(1)(b)(iii).

43. ONU. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, cit., art. 7(1)(k).

44. Tampouco na CADH há a garantia de que somente lei escrita pode definir o crime. Nos termos do art. 9.º da Convenção, "ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, *de acordo com o direito aplicável*".

45. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. Sentença de 26.09.2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Segundo a sentença, "[l]a prohibición de crímenes contra la humanidad, incluido el asesinato, fue además corroborada por las

Em resumo, não obstante a tendência à codificação das normas internacionais em tratados, o direito consuetudinário internacional ainda permanece como uma fonte inequívoca de obrigações estatais positivas em matéria de justiça criminal. Normas cogentes de direito consuetudinário são invocadas tanto por tribunais penais internacionais, no julgamento das respectivas ações penais, quanto por tribunais e organizações internacionais de DH, no julgamento dos casos levados aos respectivos sistemas. O conteúdo dessas normas vincula juridicamente tanto os Estados como, em última análise, os próprios indivíduos, cujas ações passam a estar reguladas, também, pelo direito consuetudinário internacional. Dentre os múltiplos aspectos dessa vinculação, podemos citar a influência das normas cogentes consuetudinárias do direito internacional na definição: a) das condutas típicas e circunstâncias do fato delituoso;[46] b) do dolo do agente;[47] c) da antijuridicidade da ação e das causas de sua exclusão; d) dos fatos analisados como *crimes internacionais*, para fixação da jurisdição penal internacional (ou concorrente com outros Estados); e) dos fatos como *crimes internacionais*, para fins de incidência das regras que excepcionam causas comuns de extinção da punibilidade, como a anistia e

---

Naciones Unidas. El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General confirmó 'los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal'. Asimismo, en 1947 la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional que 'formul[ara] los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg'. Estos principios fueron adoptados en 1950. (...) De igual forma, la Corte resalta que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, de los cuales Chile es parte desde 1950, también prohíbe el 'homicidio en todas sus formas' de personas que no participan directamente en las hostilidades. (...). Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general" (pars. 98-99). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf]. Acesso em: 15.05.2013.

46. Cf. nota 35, *supra*.

47. Por exemplo, a Câmara de Apelações do Tribunal para a ex-Iugoslávia, no caso Tadic, já citado, considerou que "the consistency and cogency of the case law and the treaties referred to above, as well as their consonance with the general principles on criminal responsibility laid down both in the Statute and general international criminal law and in national legislation, warrant the conclusion that the case law reflects customary rules of international criminal law" (par. 226). No mesmo caso, o Tribunal especial argumentou que "customary internationl law, as it results from the gradual development of international instruments and national case law into general rules, does not presuppose a discriminatory or persecutory intent for all crimes against humanity" (pars. 288-292).

a prescrição. No tópico 4, examinaremos especificamente a influência do direito consuetudinário na definição das "graves violações a DH" cometidas durante o regime militar – objeto da sentença do caso *Gomes Lund* – e na qualificação dessas violações como crimes internacionais, para fins de exclusão das normas de anistia e prescrição penal.

3. TIPOLOGIA DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS DE PROTEÇÃO A DH POR INTERMÉDIO DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL

Analisando as fontes internacionais acima discutidas, é possível discernir seis obrigações de fazer dirigidas aos sistemas domésticos de justiça criminal, a saber: a) tipificar os crimes no ordenamento interno; b) investigar; c) garantir a participação da vítima nos procedimentos; d) promover a persecução penal em juízo; e) cooperar com outros Estados na persecução penal; f) estabelecer a jurisdição criminal sobre o fato. Neste artigo discutiremos apenas as quatro primeiras obrigações.

3.1 Dever de tipificar os crimes no ordenamento interno

Nos tratados internacionais de DH, os mandados de criminalização propriamente ditos apresentam-se com dois níveis de generalidade. Em algumas convenções, como na de Belém do Pará, há apenas uma cláusula genérica obrigando os Estados a "incorporar na sua legislação interna normas penais (...) que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher". Já em outras, como é o caso do Protocolo Adicional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, há um grande detalhamento das condutas, inclusive acessórias, que deverão ser objeto de incriminação.[48]

48. ONU. Protocolo Adicional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes, cit. O art. 6.º do protocolo estabelece que: "Cada Estado-Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente e de forma a obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material: a) O tráfico de migrantes; b) Os seguintes atos quando praticados com o objetivo de possibilitar o tráfico ilícito de migrantes: (i) Elaboração de documento de viagem ou de identidade fraudulento; (ii) Obtenção, fornecimento ou posse de tal documento; c) Viabilizar a permanência, no Estado em causa, de uma pessoa que não seja nacional ou residente permanente, sem preencher as condições necessárias para permanecer legalmente no Estado, recorrendo aos meios referidos na alínea b) do presente parágrafo ou de qualquer outro meio ilegal. 2. Cada Estado-Parte adotará também medidas legislativas e outras que considere necessárias para caracterizar como infração penal: a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de praticar infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com as alíneas a), b) (i) ou c) do parágrafo 1 do presente Artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais

Outros tratados que incluem mandados de criminalização específicos são a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão;[49] a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio;[50] a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;[51] a Convenção Internacional sobre a Repressão e a Punição do Crime de Apartheid;[52] a Convenção

do seu sistema jurídico, a participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com a alínea b) (ii) do parágrafo 1 do presente Artigo; c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem. 3. Cada Estado-Parte adotará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias, para considerar como agravantes das infrações estabelecidas em conformidade com as alíneas a), b) (i) e c) do parágrafo 1 do presente Artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, das infrações estabelecidas em conformidade com as alíneas b) e c) do parágrafo 2 do presente Artigo, as circunstâncias: a) Que ponham em perigo ou ameaçar pôr em perigo a vida e a segurança dos migrantes em causa; ou b) Que acarretem o tratamento desumano ou degradante desses migrantes, incluindo sua exploração".

49. ONU. Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, cit. Os arts. 5.º e 6.º da Convenção contêm descrições bastante precisas das condutas que deverão ser objeto de tipificação pelas Partes: a) "mutilating, branding or otherwise marking a slave or a person of servile status in order to indicate his status, or as a punishment, or for any other reason, or of being accessory thereto"; b) "enslaving another person or of inducing another person to give himself or a person dependent upon him into slavery, or of attempting these acts, or being accessory thereto, or being a party to a conspiracy to accomplish any such acts"; c) "inducing another person to place himself or a person dependent upon him into the servile status resulting from any of the institutions or practices mentioned in article 1, to any attempt to perform such acts, to being accessory thereto, and to being a party to a conspiracy to accomplish any such acts".

50. ONU. Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, cit. Os mandados de criminalização encontram-se nos arts. 4.º a 6.º.

51. ONU. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, cit. O art. 4.º da Convenção prevê como obrigações: a) "declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento"; e b) declarar delito punível por lei a participação em organizações ou atividades "que incitem a discriminação [racial] ou a encorajem".

52. ONU. Convenção sobre o Apartheid, cit. O art. 2.º da Convenção define seis condutas distintas que devem ser tipificadas como "crime de apartheid" quando cometidas "com o fim de instituir e manter a dominação de um grupo racial de pessoas sobre qualquer outro grupo racial de pessoas e de oprimi-lo sistematicamente". O artigo seguinte estabelece diversas formas de autoria e participação nessas condutas e o art. 4.º obriga os Estados a "adotar medidas legislativas ou de outra ordem que sejam necessárias para reprimir e impedir o incentivo ao crime de apartheid e às políticas segregacionistas similares e suas manifestações e para castigar as pessoas culpadas de tal crime".

contra a Tortura;[53] a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas;[54] o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados;[55] o Protocolo Facultativo à mesma Convenção referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil;[56] o Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas[57] e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.[58] Como se depreende da leitura da lista de convenções citadas, a atual tendência a um maior detalhamento das condutas puníveis pode ser explicada tanto pelo interesse em patrocinar um tratamento penal uniforme a ilícitos transnacionais (tais como o tráfico de seres humanos e a produção e distribuição de pornografia infantil), como pela tentativa de comprometer os membros da comunidade internacional com a repressão a crimes internacionais propriamente ditos (como o genocídio, o *apartheid*, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura). Em ambos os casos, o resultado é positivo, na medida em que a especificação do conteúdo dos mandados de criminalização e das condutas que deverão ser consideradas antijurídicas fornece *standards* mais seguros aos sistemas domésticos de justiça, tanto para a formulação adequada dos tipos penais (em termos de proibição da insuficiência e do excesso) quanto para sua aplicação a casos concretos.

Obviamente, a competência interna para cumprir a obrigação de tipificar as condutas antijurídicas objeto dos tratados pertence ao Poder Legislativo federal. No entanto, os mandados de criminalização emanados do direito internacional também têm algum grau de influência na *aplicação* das normas penais. A título exemplificativo, podemos citar o julgamento, pelo STF, do HC 70.389-5. Nesse

53. ONU. Convenção contra a Tortura, cit., arts. 1.º e 4.º.

54. OEA. Convenção sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, cit. O art. 2.º da Convenção define as condutas antijurídicas que caracterizam o desaparecimento forçado de pessoas e o art. 3.º determina que o crime deverá ser considerado "continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima", e que "os Estados-Membros poderão estabelecer circunstâncias atenuantes para aqueles que tiverem participado de atos que constituam desaparecimento forçado, quando contribuam para o aparecimento com vida da vítima ou forneçam informações que permitam esclarecer o desaparecimento forçado de uma pessoa".

55. ONU. Protocolo relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados, cit., art. 4.º.

56. ONU. Protocolo referente à venda de crianças, à prostitução infantil e à pornografia infantil, cit., art. 3.º.

57. ONU. Protocolo relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, cit., art. 5.º.

58. ONU. Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, cit., art. 4.º ("cada Estado-Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu direito penal").

acórdão, o ministro Celso de Mello registrou que, em tipos penais abertos, os tratados internacionais fornecem "subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime".[59] No caso específico, a discussão do HC dizia respeito ao art. 233 do ECA ("submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura"), julgado inconstitucional pelo ministro Sydney Sanches, por não conter a definição do termo "tortura". A maioria do plenário, no entanto, acompanhou o ministro Celso de Mello, para quem o preceito primário incriminador do tipo é passível de integração válida pelo aplicador do direito "mediante utilização dos meios postos à sua disposição", inclusive os tratados internacionais.

3.2 Dever de investigar

A obrigação estatal positiva de investigar violações de DH está estabelecida nos seguintes tratados: Convenção contra a Tortura,[60] Convenção sobre os Direitos da Criança,[61] Convenção de Belém do Pará[62] e Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Esta última, adotada pela Assembleia-Geral da ONU em 2006, sintetiza a maioria das exigências construídas pela jurisprudência das Cortes Interamericana e Europeia de DH a respeito do tema.[63]

59. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC 70.389-5/SP, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, j. 23.06.1994, m.v., *DJU* 10.08.2001.

60. ONU. Convenção contra a Tortura, cit., art. 12.

61. ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança. Aprovada em Nova York, em 20.11.1989. Ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto 97.710, de 21.11.1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm]. Acesso em: 15.05.2013. A obrigação consta do art. 19 da Convenção.

62. OEA. Convenção de Belém do Pará, cit., art. 7.°.

63. ONU. Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, cit. Segundo o art. 12 da Convenção, cada Estado-Parte deverá assegurar a qualquer indivíduo que alegue que alguém foi vítima de desaparecimento forçado o direito de relatar os fatos às autoridades competentes, que examinarão as alegações pronta e imparcialmente e, caso necessário, instaurarão sem demora uma investigação completa e imparcial. Caso haja motivos razoáveis para crer que uma pessoa tenha sido vítima de desaparecimento forçado, as autoridades deverão instaurar uma investigação, mesmo que não tenha havido denúncia formal. O artigo ainda estabelece que os investigadores devem ser dotados dos poderes e recursos necessários para conduzir eficazmente as apurações, inclusive mediante acesso à documentação e a outras informações que lhe sejam relevantes; e ter acesso a qualquer local de detenção ou qualquer outro local onde existam motivos razoáveis que levem a crer que a pessoa desaparecida se encontre. As pessoas suspeitas de haverem cometido o crime de desaparecimento forçado não podem, também segundo o artigo, estar em posição que possam influenciar o andamento da investigação por meio de pressão ou atos de intimidação contra o denunciante, as testemunhas, os familiares da pessoa desaparecida

Na jurisprudência do sistema europeu, em que o assunto foi bastante debatido, adotaram-se os seguintes parâmetros interpretativos:[64] (a) a investigação deve ser completa, imparcial e cuidadosa; (b) os Estados devem tomar todas as medidas disponíveis para preservar as provas, inclusive testemunhas e objetos a serem periciados; (c) os responsáveis por conduzir as investigações devem ter independência funcional e prática em relação àqueles implicados nos fatos; (d) a investigação deve ser capaz de levar à identificação e punição dos responsáveis. Na jurisprudência da Corte Europeia de DH, contudo, essa obrigação é considerada como de meio e não de resultado; (e) deve haver algum tipo de controle público das investigações e de seus resultados. O grau de controle exigido pode variar de acordo com a investigação; porém, em todos os casos, a vítima ou seus parentes mais próximos têm o direito de acompanhar o procedimento a fim de proteger seus interesses; e f) em casos de desaparecimento forçado, os Estados têm a obrigação de investigar de forma diligente as causas e as circunstâncias do fato, sempre que suas autoridades receberem a comunicação de que alguém foi morto por um agente público ou particular, ou de que uma pessoa detida desapareceu quando sua vida estava em risco.

O sistema interamericano não possui uma jurisprudência tão detalhada a respeito do dever de investigar graves violações a DH. Não obstante, os requisitos principais a respeito dessa obrigação estão fixados nas sentenças dos casos *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*[65] e *Bulacio vs. Argentina*.[66] Tais requisitos incluem o dever de que a investigação: (a) seja feita de forma séria e não como uma mera formalidade predestinada à inefetividade; (b) tenha por objetivo desvendar a verdade sobre os fatos; e (c) seja assumida pelo Estado como um dever legal seu, e não como o mero processamento de interesses privados das vítimas. Além do mais, mesmo nas hipóteses em que os autores dos crimes não possam ser legalmente punidos em razão de certas circunstâncias, o Estado continua obrigado a usar dos meios de que

---

ou seus defensores, ou contra quaisquer pessoas que participem da investigação. O art. 24, por sua vez, prevê que a vítima tem o direito de saber a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado, o andamento e os resultados da investigação e o destino da pessoa desaparecida, e também que cada Estado-Parte tomará todas as medidas cabíveis para procurar, localizar e libertar pessoas desaparecidas e, no caso de morte, localizar, respeitar e devolver seus restos mortais.

64. Cf., dentre outros, os seguintes casos: European Court of Human Rights (ECHR). *McCann and others v. the United Kingdom*, j. 27.09.1995, Cakici v. Turkey*par*, j. 08.07.1999; *Anguelova v. Bulgaria*, j. 13.06.2002; *Salman v. Turkey*, j. 27.06.2000; *Tanrikulu v. Turkey*, j. 08.07.1999; *Gül v. Turkey*, j. 14.12.2000.

65. Corte IDH. Caso *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, Fondo. Serie C, No. 4. Sentencia de 29 de julio de 1988.

66. Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondos, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 100. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf]. Acesso em: 24 jul. 2013.

dispõe para informar os interessados a respeito do paradeiro das vítimas ou de seus restos mortais.[67]

3.3 Dever de garantir a participação da vítima no processo penal

Como resultado da mudança no modo como as vítimas são percebidas pelo DP, verificada a partir da década de 1970,[68] tratados e decisões internacionais mais recentes vêm lhes assegurando um *status* especial nos sistemas de proteção de DH, conferindo-lhes, inclusive, direitos de participação no processo. A questão, como se sabe, é altamente controversa em razão da natureza pública dos interesses em jogo e da necessidade de se preservar os direitos de réus e investigados. Isso explica o grau de generalidade e as precauções adotadas pelo direito internacional dos DH em relação ao tema. Como observa Doak, o entendimento atual tende a enfatizar a ideia de que algum mecanismo deve existir para que as preocupações e os pontos de vista das vítimas sejam considerados, embora não se chegue a sustentar que as vítimas são propriamente "parte" na relação jurídico-processual penal.[69] Feita essa ressalva, é possível afirmar que, no atual estágio de desenvolvimento do direito internacional, os Estados têm as seguintes obrigações para com as vítimas das violações: (a) dever de protegê-las, assim como as testemunhas do fato, contra intimidações e outras formas de vitimização secundária – previsto nas Convenções contra a Tortura[70] e na de Belém do Pará[71] e nos Protocolos sobre a Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil[72] e para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas;[73] (b) dever de assegurar que seus pontos de vista e preocupações sejam apresentados e considerados nos procedimentos criminais – previsto nos

67. Corte IDH. Caso *Velásquez-Rodríguez*, cit., par. 181.

68. No âmbito do direito internacional dos DH, Sorochinsky sugere que, a partir da década de 1970, os seguintes eventos facilitaram essa mudança de percepção do papel das vítimas no direito internacional: a) a adoção da Declaração dos Princípios de Justiça para Vítimas, pela ONU (1985); b) os desafios da justiça de transição nas democracias latino-americanas; e c) o desenvolvimento geral do conceito de obrigações estatais positivas no direito internacional dos DH (SOROCHINSKY, Mykola. Prosecuting Tortures, Protecting "Child Molesters": Towards a Power Balance Model of Criminal Process for International Human Rights Law. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, n. 31, 2009, p. 181-182).

69. DOAK, Jonathan. *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice*: Reconceiving de Role of Third Parties. Portland: Hart Publishing, 2008. p. 136.

70. ONU. Convenção contra a Tortura, cit., art. 13.

71. OEA. Convenção de Belém do Pará, cit., art. 7.º.

72. ONU. Protocolo referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, cit., art. 8.º.

73. ONU. Protocolo Adicional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, cit., art. 6.º.

mesmos tratados; (c) dever de mantê-las informadas de todas as decisões relevantes a respeito do caso – previsto nos Protocolos sobre a Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil[74] e para a Prevenção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas,[75] e também na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado;[76] (d) dever de assegurar a crianças e vítimas de tráfico de pessoas assistência física, psicológica e social – previsto nos dois protocolos adicionais citados.[77]

3.4 Dever de promover a persecução penal

Nos tratados internacionais, o dever de promover a persecução penal é usualmente entendido como uma das duas opções incluídas em cláusulas *aut dedere aut judicare*, as quais exigem que os Estados que mantêm em seus territórios alguém acusado de um crime submetido à jurisdição concorrente ou internacional, *ou* promova a extradição desse agente a outro Estado ou tribunal internacional com jurisdição para julgá-lo, *ou* tome as devidas providências para processá-lo perante seus próprios tribunais.[78] Com esse significado específico, a obrigação consta da Convenção sobre o Genocídio;[79] da Convenção contra a Tortura;[80] do Protocolo Opcional sobre a Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil[81] e das Convenções Interamericana e Internacional sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.[82]

Ocorre, todavia, que os tribunais e os organismos internacionais de DH têm dado um sentido mais amplo a essa obrigação,[83] para além das hipóteses de ex-

74. ONU. Protocolo referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, cit., art. 8.º do Protocolo.

75. ONU. Protocolo Adicional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, cit., art. 6.º do Protocolo.

76. ONU. Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, cit., art. 24 da Convenção.

77. Cit., art. 8(1)(d) e art. 6(3) e (4), respectivamente.

78. BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut Dedere Aut Judicare*: the duty to extradite or prosecute in international law. Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 3.

79. ONU. Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, cit., art. VI da Convenção.

80. ONU. Convenção contra a Tortura, cit., art. 7(1) da Convenção.

81. ONU. Protocolo referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, cit., art. 5(5) do Protocolo.

82. ONU. Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, cit., art. 6º da Convenção Interamericana e art. 11(1) e (2) da Convenção da ONU.

83. Para uma visão completa a respeito do atual entendimento dos tribunais e organismos internacionais de DH a respeito do dever de promover a persecução penal, cf. SEIBERT-FOHR, Anja. Prosecuting serious human rights violations... cit.

traterritorialidade especificadas nesses tratados, com o escopo de neutralizar os obstáculos jurídicos que provocam, em nível doméstico, a impunidade de graves violações a DH. Este significado pode ser percebido na seguinte passagem do "Comentário Geral 31", emitido pelo Comitê de DH da ONU, órgão encarregado de monitorar a implementação do Pacto de Direitos Civis e Políticos: "Quando as investigações (...) revelarem a violação de certos direitos reconhecidos no Pacto, os Estados-Partes *devem garantir que os responsáveis sejam levados à justiça*. Tal como a falha em investigar, a falha em levar os autores dessas violações à justiça pode, por si própria, dar causa a uma violação autônoma do Pacto. Essas obrigações existem concretamente em relação às infrações reconhecidas como delitos no direito internacional ou na legislação nacional, entre elas a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, as execuções sumárias e arbitrárias e os desaparecimentos forçados. Além disso, o problema da impunidade dessas violações, assunto de preocupação permanente do Comitê, pode ser um elemento importante para a repetição desses crimes".[84]

Em contraste com o sistema europeu, que enfatiza mais o dever de investigar de forma efetiva as violações, tanto a Comissão quanto a Corte IDH desenvolveram jurisprudência específica sobre o dever de promover a persecução penal e de punir qualquer violação grave a direitos reconhecidos pelo sistema. Os precedentes mais importantes a esse respeito são as sentenças dos casos *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, *Barrios Altos vs. Peru*, *Bulacio vs. Argentina* e *Albán-Cornejo vs. Ecuador*. Em *Velásquez-Rodríguez*, a Corte IDH decidiu que o Estado hondurenho tinha o dever legal de "impor as penas apropriadas" como uma consequência da obrigação de garantir os direitos convencionados.[85] Em *Barrios Altos*, a questão decidida foi a invalidade de leis de autoanistia adotadas logo depois de o Ministério Público ter acusado cinco oficiais do exército peruano de pertencerem ao grupo de extermínio "Colina" e de serem responsáveis por um massacre no qual 15 pessoas foram executadas. Na sentença, datada de março de 2001, a Corte IDH invalidou as leis, afirmando que:

"(...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir

84. ONU. Human Rights Committee. General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, de 26.05.2004, par. 18. Disponível em: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/58f5d4646e861359c1256ff600533f5f?Opendocument]. Acesso em: 01.05.2013.

85. Corte IDH. Caso *Velásquez-Rodríguez*, cit., par. 174.

derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...)".[86]

A Corte também observou que

"las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".[87]

Como conclusão, nos pontos resolutivos 4 e 5 da sentença, a Corte declarou que as leis de anistia peruanas eram "incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e, em consequência, careciam de efeitos jurídicos". Determinou, ainda, que o Estado demandado investigasse os fatos "para determinar as pessoas responsáveis pelas violações (...) e *sancioná-las*".

Em *Bulacio vs. Argentina*, a Corte IDH rejeitou a declaração de extinção da punibilidade de um agente policial acusado pela prisão ilegal e morte de um adolescente, ocorrida em 1991, em processo que reconhecidamente *não tratava* de crime contra a humanidade. Na perspectiva adotada pela Corte naquele e em todos os demais casos que dizem respeito à mesma matéria,[88] o dever de investigar e sancionar violações de DH *independe* do caráter sistemático ou massivo das ofensas, uma vez que o fundamento desse dever está no *direito correlato das vítimas à efetiva proteção dos direitos reconhecidos pelo sistema*:

"Esta Corte tem assinalado em diversas ocasiões que o Estado-parte da Convenção Americana tem o dever de investigar as violações de DH e sancionar seus autores e a quem encubra ditas violações. E toda pessoa que se considere vítima destas ou mesmo seus familiares tem direito a buscar a justiça para conseguir que se cumpra, em seu benefício e no do conjunto da sociedade, esse dever do Estado".[89]

Na perspectiva adotada pela Corte IDH, mesmo em Estados de Direito democráticos a prescrição penal pode revelar-se como um "obstáculo de direito interno"[90]

---

86. Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Serie C, No. 75. Setencia de 14 de marzo de 2001. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf]. Acesso em: 24 jul. 2013.

87. Idem, par. 43.

88. V.g., casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*; *Villagrán Morales e outros vs. Guatemala*; *Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*; *Goiburú e outros vs. Paraguai*; *Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*; *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*; *Rosendo Cantú e outra vs. México*; *Fernández Ortega e outro vs. México*; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia* e *Radilla Pacheco vs. México*.

89. Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*, cit., par. 110.

90. Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*, cit., par. 116.

a ser removido sempre que se tratar da efetividade da persecução penal em casos de violação a DH, tal como decidido em *Bulacio*:[91] "De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el *efecto útil* en el plano del derecho interno de los Estados Partes".

Vale registrar que, muito embora a Corte Suprema de Justiça da Argentina tenha acatado, por maioria de votos, a decisão da Corte IDH no caso *Bulacio*, seus ministros criticaram a "forte restrição dos direitos do imputado" que "deriva de la inoponibilidad de la prescripción (...) en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirl[a]".[92] A maioria dos magistrados do tribunal argentino sublinhou que não seria possível considerar que a conduta objeto do processo – a morte de um adolescente causada por agente policial – estava alcançada pelas regras de direito internacional em matéria de imprescritibilidade, uma vez que ela não se configura como crime contra a humanidade no DPI.[93]

91. Para uma crítica acadêmica da posição adotada pela Corte IDH no caso Bulacio, cf. Sorochinsky, Mykola. Prosecuting Tortures, Protecting "Child Molesters"... cit., p. 181-182.

92. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). "E. 224. XXXIX. – *'Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*" (Sentença de 23.12.2004). Disponível em: [http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/bulacio1.html]. Acesso em: 13.05.2013.

93. Segundo a Corte Suprema argentina, "esta es (...) la única interpretación que se concilia con la concepción propia del derecho internacional en materia de prescripción", toda vez que "(d)e conformidad con el derecho internacional no prescribirán las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que sean crímenes de derecho internacional... La prescripción de otras violaciones... no debería limitar indebidamente, procesalmente o de cualquier forma, la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recursos efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (...). Es decir, sólo pueden considerarse imprescriptibles aquellos delitos a los que se refiere la 'Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad'" (CSJN. Espósito, supracitado). O mesmo entendimento foi aplicado em *René Derecho*, um caso de tortura policial cometido em 1988. Nesse caso, julgado em 2007, a Corte reconheceu a prescrição da ação, por julgar ausentes os dois elementos contextuais usualmente referidos como constituintes dos crimes contra a humanidade, i.e., a natureza sistemática ou generalizada do ataque

Para os propósitos deste artigo, é importante enfatizar que a atual posição do sistema regional americano a respeito do dever de promover a persecução penal de violações a DH vai *além* dos fins de prevenção geral dissuasória dirigida aos criminosos em potencial, teoricamente já satisfeitos pelo cumprimento dos mandados de criminalização discutidos no tópico 3.1. Em outras palavras, no sistema interamericano, para que se possa qualificar a proteção de um direito convencionado como "efetiva", não é suficiente que os Estados adotem medidas preventivas à ocorrência da violação; exige-se, também, que os casos concretos sejam investigados e que haja algum tipo de provimento de mérito nos processos penais de cunho condenatório.

Dada a competência da Comissão e da Corte Interamericana para apreciar *casos individuais* de violação a direitos, é compreensível que os relatórios e sentenças emanados por estes órgãos não fiquem adstritos ao estabelecimento de mecanismos de não repetição e que incluam também provimentos voltados à efetiva aplicação da lei *no caso concreto*, por meio do exercício da atividade de persecução penal em juízo.

Na perspectiva da dogmática penal, o fato de as decisões citadas voltarem-se contra as causas de extinção da punibilidade dos agentes (anistia e prescrição), e não contra o conteúdo do ilícito propriamente dito (isto é, a ação antijurídica culpável), pode ser explicado pela distinção entre duas classes de normas jurídicas: as "primárias" (entendidas como aquelas dirigidas aos cidadãos para proibir-lhes o cometimento de delitos) e as "secundárias" (dirigidas aos juízes, para ordenar-lhes a imposição de sanções penais no caso de que se cometam delitos).[94] Diferentemente do que ocorre nos tribunais penais internacionais, os litígios perante os organismos de DH dos sistemas regionais têm os *Estados* como partes requeridas, *e não os supostos autores da violação*. Assim, o conteúdo do provimento jurisdicional emanado da Corte IDH somente poderia estar voltado à esfera de atuação do Estado-Parte competente para a persecução doméstica do fato, pois o processo desenvolvido perante os organismos do sistema não tem natureza criminal.

---

e a conexão do fato a uma política de Estado ou de uma organização, dirigida contra um grupo de pessoas (CSJN. *Derecho, René Jesús*, s/incidente de prescripción de la acción penal – causa n.º 24.079. Sentença de 29.11.2011). O parecer do Procurador-Geral da Nação, adotado pela maioria dos magistrados como razão da decisão, ressalta que: "El deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos no puede constituir fundamento autónomo suficiente para proseguir el ejercicio de una acción penal que ha sido declarada extinguida cuando el hecho investigado no es un delito imprescriptible" (CSJN. Espósito, supracitado).

94. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*... cit., p. 479-480. Como observa o autor, as normas secundárias "tem uma evidente essência imperativa. Sua missão é, por um lado, de reforço da missão motivadora das normas primárias [contra os eventuais culpáveis]" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*... cit., p. 547).

Acontece que, como observou Silva Sánchez, o âmbito das normas secundárias é distinto e menor que o das normas primárias:

"[u]ma coisa mais ampla é aquilo que o DP pretende evitar *ex ante* – e por isso o proíbe –, e outra, menos ampla, é o que ele está disposto a castigar *ex post*, isto é, que deseja evitar até mesmo através da sanção penal. Esta diferença de âmbito entre a norma primária e a norma secundária se converte na existência de fatos proibidos e que, porém, não se castigam porque falta a lesividade, ou porque faltam outros pressupostos da sancionabilidade do fato".[95]

Seguindo essa perspectiva, o conteúdo da obrigação positiva de persecução penal em casos concretos submetidos à jurisdição da Corte IDH consiste, precisamente, na exigência de remoção, no âmbito dos sistemas estatais de justiça penal, de todos os obstáculos jurídicos e práticos que impeçam um julgamento de mérito a respeito da ilicitude das condutas qualificadas pela corte internacional como "graves violações a DH". Ao definir um âmbito mínimo do punível em relação a essas condutas, o tribunal internacional indiscutivelmente limita a soberania dos Estados, no que se refere às escolhas de política criminal acerca da necessidade e adequação da imposição da pena no caso concreto.

Um ponto de fundamental importância neste tópico refere-se ao reconhecimento de uma pretensão juridicamente tutelável da vítima à punição, ou ao menos à persecução penal dos autores de uma determinada violação. Como já mencionado, a jurisprudência da Corte IDH reconhece às vítimas e a seus familiares um "direito a buscar a justiça" para compelir o Estado a investigar as violações e a sancionar seus autores. No direito constitucional, a discussão está relacionada à existência de pretensões individuais, juridicamente tuteláveis, decorrentes de normas fundamentais consagradoras de *deveres objetivos* que não estão em relação com nenhum titular concreto, como ocorre com o próprio dever do Estado, previsto no art. 144 da Constituição, de organizar um serviço de segurança pública eficiente, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Na perspectiva dos usuários do serviço, i.e., as potenciais vítimas dos crimes, é inegável que seus interesses de proteção seriam mais bem tutelados se fossem estruturados como direitos subjetivos.[96] Canotilho refere-se, a propósito, a uma "presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais", i.e., a consideração de que os direitos fundamentais são, "em primeira linha", direitos individuais protegidos sob a forma de direitos subjetivos.[97] A mesma afirmação é feita por Alexy, com base em sua concepção de direitos e deveres

95. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*... cit., p. 547.

96. Para um desenvolvimento dessa ideia em matéria de organização do serviço de radiodifusão, cf., do autor, O direito fundamental à comunicação e o STF. In: AMARAL JR., Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o direito internacional dos DH*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 233-259.

97. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.125.

prima facie.[98] Alexy também discute uma objeção importante relacionada ao caráter indivisível de certas obrigações jusfundamentais. De acordo com essa objeção, uma instituição ordenada segundo normas de direitos fundamentais serve sempre, em última instância, ao indivíduo, mas o faz servindo a ele como membro de uma totalidade, o que excluiria o reconhecimento de um direito individual a uma determinada forma de organização.[99] Uma pessoa constantemente assaltada em uma mesma área da cidade poderia, por exemplo, invocar o art. 144 da Constituição, que estabelece a segurança pública como um "dever do Estado, direito e responsabilidade de todos", para pleitear judicialmente a modificação da organização estatal de forma a assegurar policiamento ostensivo permanente na região? A esta objeção, Alexy responde que o fato de um número indeterminado de pessoas ser afetado por uma determinada ação não exclui a lesão a direitos subjetivos individuais. Para ele, "levar a sério os direitos fundamentais como direitos individuais exclui toda argumentação com totalidades. O argumento da totalidade não pode, dessa forma, afetar a tese segundo a qual o indivíduo, se está jusfundamentalmente protegido, o está por princípio e não apenas através de normas objetivas, mas sim de direitos subjetivos".[100]

A questão – até o momento insolúvel no direito internacional dos DH – é que o reconhecimento de direitos subjetivos individuais às vítimas de – alguns? – crimes implica a modificação substantiva da relação processual penal e da própria concepção liberal de DP, estruturada, como se sabe, na substituição da vingança privada pelo exercício da violência estatal legítima, a partir de variáveis que transcendem os interesses privados das vítimas, tais como a tipicidade da conduta, a culpabilidade do agente, a necessidade das penas e a magnitude da lesão.

Em síntese: no direito internacional dos DH, e sobretudo no sistema regional americano, é possível afirmar a existência de um dever inderrogável dos Estados de promover a persecução penal das violações a DH tidas como graves. Essa obrigação afasta as causas comuns de extinção da punibilidade – notadamente anistia e prescrição – e sua incidência não está restrita aos crimes contra a humanidade, havendo precedentes no sistema relacionados a crimes comuns cometidos por agentes estatais em Estados não autoritários.

4. AS OBRIGAÇÕES DE PERSECUÇÃO PENAL NA SENTENÇA DE *GOMES LUND*

O caso *Gomes Lund vs. Brasil*,[101] cujo mérito foi julgado pela Corte IDH em 24.11.2010, refere-se ao desaparecimento forçado de 64 militantes do PCdoB, como

98. Idem, p. 480.

99. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales* (Theorie der Grundrechte). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 480-481.

100. Idem, p. 481.

101. Corte IDH. Caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n.º 219. Sentença de 24.11.2010. Disponível

consequência da repressão política à chamada "Guerrilha do Araguaia", a partir de 1973.[102] O caso foi levado ao sistema regional por meio de petição protocolada em 1995 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*, em nome das pessoas desaparecidas no contexto da guerrilha e de seus familiares. Na demanda apresentada à Corte, a CIDH anotou que o caso representava "uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de DH".

Na sentença, a Corte IDH fixou a responsabilidade do Estado brasileiro pelos desaparecimentos forçados, e determinou um conjunto de obrigações complementares entre si, voltadas à realização dos objetivos da assim chamada "justiça de transição", dentre os quais, a localização dos desaparecidos, o cabal esclarecimento dos fatos, a reparação monetária e simbólica das vítimas, a reforma das instituições para garantir a não repetição e, finalmente, obrigações dirigidas à *responsabilização criminal* dos autores das violações. No que pertine ao tema deste artigo, a sentença contém especificamente os seguintes provimentos: (a) tutela de *obrigação de fazer* consistente em "tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos (...)".[103] "Enquanto cumpre com esta medida – determina a sentença no mesmo ponto – o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanis-

em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf]. Acesso em: 24 jul. 2013.

102. Os fatos do caso têm início no ano de 1966, quando um integrante do PCdoB chamado Osvaldo Orlando da Costa ("Osvaldão") instalou-se na região – uma área de 7.000 km² entre os Municípios de São Domingos e São Geraldo, na margem esquerda do rio Araguaia, Estado do Pará. Segundo o relatório oficial Direito à Memória e à Verdade (CEMDP-SEDH, Direito à Memória e à Verdade, Brasília, Secretaria Especial dos DH, 2007, p. 195-196), militantes do PCdoB foram deslocados de vários Estados para aquela região entre a segunda metade dos anos 1960 e abril de 1972, com o objetivo de organizar uma guerrilha de resistência armada ao regime militar a partir da mobilização da população rural local. No início de 1972, às vésperas da primeira expedição do Exército, havia quase 70 militantes da organização na área. Um número indeterminado de camponeses juntou-se aos militantes, que viviam em pequenas comunidades na mata. Também segundo o relatório oficial produzido pela CEMDP-SEDH, no combate aos guerrilheiros do PCdoB, o regime militar mobilizou, rotativamente, entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente estimado em números que oscilam entre 3 mil e 10 mil homens do Exército, Marinha, Aeronáutica, PF e PM do Pará, Goiás e Maranhão. Os relatórios produzidos sobre o episódio e as investigações oficiais, pioneiramente iniciadas pelo MPF no ano de 2001, atestam que a repressão política à Guerrilha do Araguaia foi responsável por quase metade do número total de desaparecidos políticos no Brasil.

103. Ponto resolutivo n.º 15 da sentença.

mos existentes no direito interno"; (b) tutela *declaratória* – de eficácia retroativa e efeitos *erga omnes* – de invalidade dos dispositivos da Lei de Anistia (Lei Federal 6.683/1979) que "impedem a investigação e sanção de *graves violações de DH*";[104] (c) *tutela de obrigação de fazer*, consistente na determinação, por meio da jurisdição não militar, da responsabilidade penal "pelos *desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva*, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos (...), a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente".[105]

A tutela declaratória (de efeitos *erga omnes*) não alcança *todas* as causas de extinção da punibilidade que possam vir a incidir sobre as "graves violações de DH" ocorridas em território brasileiro durante o regime militar, mas somente aquela prevista na primeira parte do art. 107, II, do atual Código Penal, isto é, a anistia. A referência a *outras hipóteses* de exclusão da punibilidade estatal – "prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar" – é feita na tutela mandamental específica, dirigida à apuração do desaparecimento forçado e execução extrajudicial das vítimas indicadas nos §§ 251 e 252 da decisão. Como referido no item 3.4 *supra*, a jurisprudência da Corte IDH é uniforme no sentido de afirmar que

"*são inadmissíveis as disposições de anistia, prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis por graves violações de DH tais como a tortura, as execuções sumárias extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados*, todas elas proibidas por contrariar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos DH".[106]

Como dito na introdução do artigo, para os destinatários finais dessas obrigações – fundamentalmente o Ministério Público, a polícia e o Poder Judiciário, é de essencial importância definir qual seu objeto específico, ou seja: (a) quais condutas típicas alcançadas pela Lei de Anistia devem ser consideradas "graves violações de

104. Ponto resolutivo n.º 3 da sentença ("As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil").

105. Ponto resolutivo n.º 9 ("O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença").

106. Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Peru*, cit., par. 41.

DH" para fins de determinar o (re)início da persecução penal; (b) quais condutas típicas estão subsumidas nas categorias do direito internacional "desaparecimentos forçados" e "execução sumária" das vítimas.

Quanto ao primeiro ponto, convém notar que o termo "graves violações de DH" é plurívoco e reconhecidamente pouco operativo para a definição dos deveres positivos dos Estados em matéria penal.[107] É também fator de insegurança jurídica, uma vez que não fixa, com a certeza exigida pelos ordenamentos de tradição continental europeia,[108] quais condutas devem ser tipificadas pelos ordenamentos estatais e, dentre estas, quais constituem violações suficientemente graves para afastar a incidência da prescrição, anistia e outras causas de exclusão da punibilidade usualmente reconhecidas nesses ordenamentos. O problema, observa Naomi Roht-Arriaza, é que "a linguagem usada em alguns casos (...) parece ignorar distinções e gradações, tanto em intensidade como em escopo, entre violações de DH. Assim, literalmente

107. Alexy cita, a propósito, o argumento lançado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no julgamento do recurso dos sentinelas do muro de Berlim (*Mauerschützen*), no qual se discutiu a aplicação dos princípios constitucionais da irretroatividade e da taxatividade em relação a homicídios cometidos durante o regime comunista: "fundamentar la evidencia de la violación jurídico-penal para los soldados sólo mediante la existencia 'objetiva' de una violación grave de los derechos humanos resultaría incompatible con el principio de culpabilidad. La existencia objetiva de una violación grave de los derechos humanos no es suficiente. Adicionalmente, debería explicarse por qué el soldado individual, a la vista de su educación y su adoctrinamiento, así como de otras circunstancias, estaba en disposición de reconocer indubitadamente la violación jurídico-penal" (ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, 2000, p. 227).

108. Traduzida nos princípios *nullum crimen sine lege certa* e *sine lege scripta*. Cf., a propósito: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 22 ("O [princípio] *nullum crimen, nulla poena sine lege*... já foi objeto de muitas interpretações (...) cada uma delas desempenhando papel político de realce, antes que se chegasse à concepção atual, mais ou menos cristalizada na doutrina. Presentemente, essa concepção é obtida no quadro da denominada 'função de garantia da lei penal', que provoca o desdobramento do princípio em exame em quatro outros princípios, a saber: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia; b) nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; c) nullum crimen, nulla poena sine lege stricta; d) nullum crimen, nulla poena sine lege certa. Lex praevia* significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. *Lex scripta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. *Lex stricta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (*analogia in malam partem*). *Lex certa*, a proibição de leis indeterminadas"). No direito internacional, cf. SCHAACK, Beth Van e SLYE, Ronald C. *International criminal law and its enforcement*. New York: Thomsom Reuters/Foundation Press, 2010. p. 914-934 e BOOT, Machteld. Nullum Crimem Sine Lege... cit.

qualquer violação a DH reconhecida em tratado ou costume (...) estaria sujeita às obrigações de investigar, promover a ação penal e reparar o dano".[109]

A solução mais natural no DPI seria tratar a expressão "graves violações de DH" como sinônima de crimes contra a humanidade, modalidade delitiva internacional com maior densidade normativa do que a expressão usada pela Corte IDH. Ocorre que, como já referido, no caso *Bulacio vs. Argentina*, a Corte afastou a aplicação da prescrição penal em processo que reconhecidamente *não tratava* de crime contra a humanidade, sob o argumento de que o dever de investigar e sancionar violações de DH *independe* do caráter sistemático ou massivo das ofensas, já que o fundamento desse dever está no direito correlato das vítimas à efetiva proteção dos direitos reconhecidos pelo sistema.

Em suma: a tendência de restringir o alcance da expressão "graves violações de DH" às categorias do DPI contrapõe-se à interpretação extensiva da Corte IDH, consistente em afirmar que a persecução penal de virtualmente *todas* as graves violações a DH declarados na CADH integra o direito das vítimas à efetiva proteção do Estado. Assim, dependendo da opção do intérprete, há então duas respostas possíveis para a questão discutida neste tópico: (a) apenas as condutas típicas que possam ser qualificadas como "crimes internacionais" ou especificamente "crimes contra a humanidade" estão abrangidas pela decretação de nulidade da Lei de Anistia; todas as demais permanecem intactas; (b) quaisquer condutas típicas abrangidas pela Lei 6.683/1979 que possam ser qualificadas como "graves violações" a direitos declarados na CADH estão sujeitas a investigação e eventual aplicação de sanção penal. Nesse último caso, seria necessário estabelecer previamente *standards*[110] para orientar a seleção das condutas típicas que constituirão objeto de investigações, em homenagem aos princípios da impessoalidade administrativa e da imparcialidade.

109. ROTH-ARRIAZA, Naomi. Impunity and human rights in international law and practice. New York e Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 67.

110. No documento "Definition of Gross and Large-Scale Violations of Human Rights as an International Crime", por exemplo, a Comissão de DH da ONU sugere dois parâmetros: a) a gravidade e a escala das violações; b) o cometimento das violações como resultado de ordem, instigação, aprovação ou conivência de agentes estatais. A opinião do documento é o de que violações sistemáticas, mesmo que contra apenas um indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos, também devem ser consideradas graves, para o fim de obrigar os Estados a investigar e sancionar criminalmente seus autores. Roth-Arriaza (Impunity and human rights in international law and practice... cit.) sugere a adoção de um critério fundado na gradação da ofensa ("sliding scale approach"), segundo o qual apenas um pequeno número de violações de DH definidas em cláusulas não derrogáveis de instrumentos internacionais e/ou relacionadas à ofensa à integridade física da vítima justificariam a responsabilização penal de seus autores. Violações menores a DH, inversamente, não impõem aos Estados deveres positivos em matéria criminal. (Disponível em: [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.1993.10*.En?Opendocument]. Acesso em: 24 jul. 2013.

4.1 *Qualificação das condutas cometidas por agentes da repressão como crimes contra a humanidade*

A Comissão Interamericana de DH, na demanda apresentada à Corte, explicitamente qualificou os fatos denunciados como crimes contra a humanidade consistentes na execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva e da detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado dos membros do Partido Comunista do Brasil e dos moradores da região listados como vítimas desaparecidas na demanda.[111]

O Estado brasileiro, por sua vez, contestou a aplicação da doutrina de crimes contra a humanidade com fundamento nos princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal. Objetou, especificamente, que, para que o costume internacional possa criar um tipo penal, "seria necessário que estivesse devidamente consolidado no momento dos fatos (1972-1974)", e que a "universalização da tipificação do crime de lesa-humanidade no plano internacional ocorreu apenas com o (...) Estatuto de Roma [do Tribunal Penal Internacional], em 1998".[112]

A sentença da Corte, como já mencionado, evitou qualificar os fatos como "crimes contra a humanidade", referindo-se, em vez, à expressão genérica "graves violações a DH". A subsunção dos fatos à categoria do DPI foi feita apenas pelo Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, cujo voto concorrente faz referência aos crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia como "exemplos acabados de crime lesa-humanidade".[113]

A discussão a respeito da subsunção das condutas levadas à Corte à categoria de "crimes contra a humanidade" não é meramente acadêmica, pois repercute diretamente no tipo de resposta jurídica exigida do Estado brasileiro. Com efeito, se o dever do Estado perante a comunidade internacional é o de reprimir "crimes contra a humanidade", será preciso definir: (a) se, como objetou o Brasil, à época dos fatos a categoria "crimes contra a humanidade" e as condutas "prisão arbitrária", "desaparecimento forçado", "tortura" e "execução sumária extrajudicial" estavam suficientemente definidas no direito internacional e no direito interno como atos antijurídicos culpáveis em relação aos quais o Estado brasileiro se obrigou a punir; (b) se o direito interno previa sanção penal específica para as condutas em

111. Corte IDH. Demanda. Caso 11.552 – Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf]. Acesso em: 24 jul. 2013.

112. Corte IDH. Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, cit., par. 84.

113. Voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte IDH em *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, cit.

questão;(c) se estão presentes os requisitos necessários à qualificação das condutas como "crimes contra a humanidade", à luz do direito internacional.

A respeito deste último ponto, é importante registrar que, no DPI, não são o desvalor da ação e a gravidade do resultado que qualificam uma determinada conduta como crime de lesa-humanidade, mas sim a circunstância de que a ação é parte de um "ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque",[114] nos termos do Estatuto de Roma. Ausente essa circunstância, a conduta é atípica (ou, ao menos, impunível) na esfera do DPI.[115] O problema fica mais complexo quando se trata – como é o caso – de integrar as normas cogentes internacionais ao direito penal interno. Na América Latina, e em particular na Argentina, os tribunais constitucionais adotam o procedimento da dupla subsunção dos fatos – aos tipos penais nacionais e às normas de DPI – assim descrito por Malarino:

"Las normas del derecho interno son utilizadas en el nivel de la tipicidad (por ejemplo, para encuadrar un hecho como homicidio) y para la selección de las sanciones, y las del derecho internacional para convertir a esos hechos en crímenes internacionales (por ejemplo, en un crimen de lesa humanidad) y atribuirles las consecuencias que el derecho internacional establece para esta categoría de crímenes (por ejemplo, imprescriptibilidad)".[116]Como salienta Pablo Parenti, porém, esta dupla subsunção não é claramente definida como dupla tipicidade:

---

114. ONU. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, cit., art. 7(1).

115. Em *Almonacid Arellano vs. Chile*, já citado, a Corte IDH expressamente situou o homicídio cometido contra a vítima no contexto de um ataque sistemático e generalizado contra a população chilena, promovido pela ditadura de Pinochet, para declarar sem efeitos jurídicos o decreto-lei que concedia anistia geral a todos os responsáveis por "fatos delituosos" cometidos entre 11.09.1973 e 10.03.1978 ("103. Como se desprende del capítulo de hechos probados, desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura. (...) La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época. 104. En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio, todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad").

116. AMBOS, Kai e MALARINO, Ezequiel (eds.). *Jurisprudência latinoamericana sobre derecho penal internacional*... cit., p. 444. Para uma visão integrada da jurisprudência latino-americana

"[l]a subsunción de los hechos en las figuras del DPI aparece en la jurisprudencia argentina, o bien como un asunto propio de la parte general (análisis de la vigencia de la acción disociado de la subsunción típica), o bien como una cuestión vinculada a la tipicidad, pero cuyo tratamiento suele quedar incompleto al no exponerse claramente qué relación existiría entre las figuras del DPI de base consuetudinaria (figuras que permiten sostener la imprescriptibilidad) y los tipos penales de la legislación argentina (que tienen asignada una escala penal), o bien al no analizarse todas las consecuencias que en principio se derivarían de un uso

sobre o assunto, cf. KRSTICEVIC, Viviana e TOJO, Liliana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:* Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales. Buenos Aires: Center for Justice and International Law – CEJIL, 2007 e a já citada pesquisa de AMBOS e MALARINO. Os artigos desta última publicação assumem uma posição mais crítica e focada nos aspectos penais da implementação das sentenças da Corte IDH, sobretudo na Argentina e Chile. A respeito da Argentina, escreve Parenti nessa publicação: "La mayor parte de la jurisprudencia parece conformarse con verificar que los hechos objeto de juzgamiento son crímenes contra la humanidad a la luz del derecho internacional y, por lo tanto, imprescriptibles. Esta jurisprudencia no se detiene a analizar la relación entre normas (entre el supuesto de hecho propio del tipo penal y el correspondiente a la norma sobre imprescriptibilidad), sino que se conforma con la verificación de que se trata de los mismos hechos: dado que los mismos eventos satisfacen, a la vez, los presupuestos del tipo penal y los de la norma sobre prescripción (imprescriptibilidad), entonces la aplicación de ambas normas al caso estaría justificada. En algunos fallos puede encontrarse una justificación adicional que sí se detiene a comparar las normas y que señala la existencia de cierta similitud en la descripción que dichas normas hacen de los presupuestos que determinan su aplicación. Esto es, se observa cierta semejanza entre el tipo penal y el presupuesto de aplicación de la regla de imprescriptibilidad (crimen contra la humanidad). Como ejemplo puede citarse la discusión que tuvo lugar en el caso Arancibia Clavel acerca de si la asociación ilícita que se le imputaba, y por la que fue condenado, podía considerarse un crimen contra la humanidad y, por lo tanto, imprescriptible. (...) En otros casos se ha puesto de manifiesto la relación de género a especie existente entre algunas descripciones típicas de la legislación nacional y otras del DPI. En estos supuestos, en los que también existen coincidencias parciales entre los elementos que componen las descripciones normativas, se verifica además una relación de inclusión de la figura internacional en un tipo penal de la legislación nacional cuya descripción es más amplia y, por tanto, más abarcadora que la de la figura internacional. Sobre la base de esta última línea de argumentación – que puede ser utilizada como explicación de por qué sería razonable (no arbitrario) aplicar la norma sobre imprescriptibilidad en esos casos – puede intentarse algo más: establecer una relación entre los tipos penales nacionales y las figuras del DPI directamente en el plano de la tipicidad. Esto es, el argumento puede apuntar no sólo a justificar la razonabilidad del uso combinado de un tipo penal nacional con la regla internacional de la imprescriptibilidad, sino a justificar la articulación normativa entre dos tipos penales, uno internacional y otro nacional. Si se parte de la base de que el tipo penal nacional ya contiene la figura internacional (dado que abarca la conducta en ella prevista), entonces ese tipo y la pena que tiene asociada podrían ser empleados para subsumir y penar crímenes de derecho internacional" (*Jurisprudência latinoamericana sobre derecho penal internacional...* cit., p. 34-36).

de las figuras del DPI en el plano de la tipicidad (por ejemplo, el tratamiento del dolo y el error), o bien al no enfrentarse totalmente el problema que genera una tipicidad consuetudinaria frente al principio de legalidad, cuestión que a menudo se despeja mediante la afirmación de que el principio de legalidad estaría satisfecho al existir tipos penales (por ejemplo, homicidio, torturas, etcétera) que ya prohibían las conductas".[117]

Como mencionado, partindo-se da premissa de que há relação de equivalência entre os termos "graves violações a DH" e "crimes contra a humanidade", a definição das condutas puníveis deve considerar o alcance do princípio da legalidade em matéria penal, previsto não só na Constituição brasileira, como também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[118] e também na própria CADH.[119] O risco mais evidente é de se incorrer no que Alexy chamou de "retroatividade encoberta por via de manobra interpretativa *a posteriori*",[120] seja em relação aos elementos definidores do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), seja em relação às condições de punibilidade. Esse problema está abaixo tratado.

4.2 O cumprimento da sentença implica retroatividade penal vedada?

O problema não se refere propriamente à irretroatividade de *lei* penal prejudicial, mas sim da *interpretação* dada por tribunal internacional à lei brasileira de anistia e às regras do direito interno que autorizam a prescrição penal de crimes contra a humanidade. A dogmática nacional geralmente manifesta-se contrária à retroação de interpretação jurisprudencial em prejuízo do acusado. Greco, por

117. *Jurisprudência latinoamericana sobre derecho penal internacional*... cit., p. 24-25.

118. Convém lembrar, contudo, que o art. 15 do Pacto ressalva que a garantia não impede o julgamento e condenação de qualquer pessoa por atos ou omissões que já eram considerados delituosos "de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações".

119. O art. 9.º da CADH dispõe que "ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o *direito* aplicável".

120. ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal... cit., p. 202 ("Quien interprete hoy el derecho entonces vigente en la RDA a la luz de los principios del Estado de Derecho, incurre, por vía de una maniobra interpretativa *a posteriori* (*nachträgliche Uminterpretation*), en una retroactividad encubierta, que es todavía más grave que la abierta. Se vadean así los auténticos problemas, y los costes jurídicos que uno debe pagar si quiere penar hoy a los centinelas del muro apenas se perciben. La base jurídico-teórica de esta errónea interpretación es una imagen equivocada de lo que sea el derecho positivo. Y es que al derecho positivo pertenece no sólo el correspondiente tenor literal de las normas, sino también, y esencialmente, la correspondiente práctica interpretativa. Justamente en esta práctica ampara el Tribunal Supremo Federal su tesis de que el hecho sí estaba justificado según el entonces vigente derecho de la RDA").

exemplo, sustenta que: "se o agente praticou determinado comportamento partindo do fato de que se tratava de conduta lícita, em face do entendimento jurisprudencial, e se, tempos depois, tal posição é modificada pelos Tribunais, não poderá ser prejudicado com isso. Caso venha a ser processado, poderá alegar, como tese defensiva, o erro de proibição".[121]

Em sentido contrário, na dogmática penal alemã, afirma Roxin:

"respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta uma norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportalo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es uma punición o agravación rectroactiva, sino la realización de uma voluntad da la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora há sido correctamente reconocida. [Opinión contrária] no se puede compartir, por ser contraria a la idea basica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación e jurisprudencia... [El ciudadano] no tiene por qué conocer la jurisprudencia (...) y no debe confiar em ella, sino sólo en el tenor literal de la ley. Dado que los cambios de jurisprudencia tienen que mantenerse dentro del ámbito del sentido literal posible, de todos modos son potencialmente menos gravosos y más previsibles que los cambios legales, y en algunos casos el ciudadano puede y debe ajustar su conducta a los mismos".[122]

Um caso interessante de "retroatividade jurisprudencial" em prejuízo do réu – mas em favor dos interesses da vítima – foi julgado pela Corte Europeia de DH em 1995. O caso – *C.R. v. United Kingdom*[123] – refere-se à mudança na interpretação jurisprudencial de causa de exclusão da antijuridicidade do crime de estupro cometido contra esposa. Até 1990, precedentes na jurisprudência do Reino Unido exoneravam réus acusados de estupro marital sob o argumento de que o casamento implicava no consentimento da mulher com o ato sexual. A Corte Europeia de DH concluiu que a condenação do peticionário pelos tribunais britânicos não havia ofendido a garantia da legalidade em matéria penal prevista no art. 7.º da Convenção Europeia. Segundo a Corte, a garantia é inderrogável e

"deve ser aplicada de forma a proporcionar salvaguardas efetivas contra acusações, condenações e punições arbitrárias. Ela acarreta que apenas a lei pode definir um crime e estabelecer uma pena; que o DP não deve ser extensivamente construído em detrimento do acusado, e que uma ofensa deve ser claramente definida em lei. Não obstante, por mais clara que uma provisão legal possa ser, há um *inevitável elemento* de interpretação judicial, elucidação de pontos duvidosos e *adaptação para*

121. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2006. vol. 1, p. 117.

122. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 165-166.

123. ECHR, C.R. v. The United Kingdom. Caso no. 48/1994/495/577, j. 22.11.1995. Disponível em: [http://echr.ketse.com/doc/20190.92-en-19951122/view/]. Acesso em: 24 jul. 2013.

circunstâncias em mudança. O art. 7 [da Convenção Europeia] não deve ser lido de forma a excluir o gradual esclarecimento das regras de responsabilidade criminal através de interpretação judicial caso a caso, desde que o desenvolvimento resultante seja consistente com a essência da ofensa e possa ser razoavelmente previsto".

Especificamente no que se refere ao assunto deste artigo, Batista, mencionando Zaffaroni, advoga a tese de que "a revisão radical de uma interpretação sedimentada ao longo de três décadas implicaria retroatividade encoberta (...) [e] uma violação oblíqua do princípio da legalidade".[124] O próprio Zaffaroni, contudo, no julgamento da constitucionalidade de lei anulatória das leis argentinas de "obediência devida" e "ponto final", manifestou opinião diversa na qualidade de juiz da Corte Suprema de Justiça da Nação, e sustentou que a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, apenas se limitou a

"codificar como tratado lo que antes era *jus cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacifica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sua fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal".[125]

Aplicando-se tipologia utilizada por Alexy, em artigo em que analisa a doutrina adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento dos processos de homicídio cometidos por sentinelas do Muro de Berlim,[126] podemos distinguir as seguintes possibilidades interpretativas a respeito do problema, na perspectiva de uma teoria geral dos direitos fundamentais: (a) a punição dos responsáveis *afeta* o âmbito de proteção da garantia, porque a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade derivaria exclusivamente de tratado internacional ratificado posteriormente à ocorrência dos fatos; (b) a punição dos responsáveis *não afeta* o âmbito de proteção da garantia, porque os crimes contra a humanidade já eram considerados imprescritíveis à época dos fatos pelo costume internacional, norma de direito cogente; (c) a punição dos responsáveis *não afeta* o âmbito de proteção da norma, porque a garantia não protege a confiança na permanência de uma determinada interpretação do direito escrito; (d) a punição dos responsáveis *não afeta* o âmbito de proteção da norma, porque a garantia protege apenas a confiança na vigência de regras jurídicas *válidas*, o que não é o caso da lei de anistia ou das regras do direito

124. BATISTA, Nilo. Nota introdutória. In: DIMOULIS, Dimitri et al. *Justiça de transição no Brasil*: Direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8.

125. CSJN. S. 1767. XXXVIII. "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. – causa n.° 17.768" (Sentença de 14.06.2005). Disponível em: [http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/nulidad.html#RAUL ZAFFARONI]. Acesso em: 24 jul. 2013.

126. ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal... cit.

interno que autorizam a prescrição de crimes contra a humanidade; (e) a proibição contra retroatividade, nesse caso, está contida no âmbito de proteção da norma, mas a garantia constitucional tem *natureza principiológica* e, portanto, a definição final de seu conteúdo está sujeita ao sopesamento com princípios colidentes. Esta última interpretação é compatível com o disposto no já citado art. 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Na jurisprudência de tribunais internacionais prevalecem os argumentos (b),[127] (d) e (e). No sistema europeu, o julgamento mais importante a respeito da incidência da garantia da irretroatividade da lei penal prejudicial em contextos de justiça de transição foi feito no caso *Streletz, Kessler and Krenz* (2001),[128] relacionado a ex-oficiais e ex-soldados da República Democrática Alemã condenados pela justiça do Estado unificado em razão do homicídio de nacionais que tentaram ultrapassar o muro para Berlim Ocidental. Os peticionários alegaram ofensa ao art. 7.º, § 1.º, da Convenção Europeia de DH, pois a justiça alemã teria deixado de reconhecer que, ao tempo da ação, o homicídio de quem buscava fugir do regime não era antijurídico ou culpável, mas o argumento foi rejeitado tanto em âmbito doméstico, quanto na Corte internacional. No direito interno, o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1996, negou ofensa à garantia e enfatizou a contradição entre o di-

127. ECHR. *Kolk and Kislyiy v. Estonia*. Julgamento de 17.01.2006 ("The applicants submitted that the acts in respect of which they were convicted had taken place in 1949 (...). At the material time, the Criminal Code of 1946 of the Russian SFSR had been applicable in the Estonian territory. It had not included crimes against humanity. Criminal responsibility for crimes against humanity had been established in Estonia only on 9 November 1994, when the Estonian Criminal Code had been amended (...). The Court notes that even if the acts committed by the applicants could have been regarded as lawful under the Soviet law at the material time, they were nevertheless found by the Estonian courts to constitute crimes against humanity under international law at the time of their commission. The Court sees no reason to come to a different conclusion. (...) The Court thus considers groundless the applicants' allegations that their acts had not constituted crimes against humanity at the time of their commission and that they could not reasonably have been expected to be aware of that. (...) Furthermore, as the Court has noted above, no statutory limitation applies to crimes against humanity, irrespective of the date on which they were committed").

128. ECHR. *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*. Applications 34044/96, 35532/97 e 44801/98. Sentença de 22.03.2001. Em Streletz, a maioria dos juízes da Corte EDH argumentou que não havia ofensa à garantia contra a irretroatividade da lei penal, porque a conduta dos peticionários já *era contrária ao direito interno da República Democrática Alemã e ao direito internacional da época* e que isso só não era devidamente reconhecido e sancionado porque toda a estrutura estatal estava envolvida, ela própria, em práticas repressivas atentatórias ao Estado de Direito. A ausência de efetiva sanção, porém, não tornava o fato jurídico ou não culpável (par. 79), e o Estado alemão unificado não poderia ser criticado por aplicar e interpretar as provisões legais vigentes na data dos fatos à luz dos princípios que governam o Estado de Direito pós-autoritário (par. 81).

reito vigente à época e as práticas de repressão adotadas pela polícia de fronteira: "a *retroatividade* estrita (...) tem por fundamento especial a *confiança que contem as leis penais quando são promulgadas por um legislador democrático vinculado aos direitos fundamentais*. Não há esse fundamento especial de confiança quando o representante do poder estatal exclui para o âmbito do ilícito criminal gravíssimo a punibilidade por meio de causas de justificação e, apartando-se das normas escritas, incita a tal ilícito favorecendo-o e, deste modo, ofende gravemente os DH, reconhecidos em geral pela comunidade de direito internacional público".[129]

O mesmo entendimento foi partilhado pela Corte Europeia de DH, que unanimemente afastou a incidência da garantia prevista no art. 7.º da Convenção quanto à alegada retroatividade da interpretação dada pelo tribunal constitucional às excludentes de culpabilidade e antijuridicidade outorgadas aos agentes da repressão na Alemanha Oriental:

"A Corte considera ser legítimo que um Estado de Direito instaure ações penais contra pessoas que cometeram crimes sob um regime anterior; do mesmo modo, os tribunais deste Estado, tendo tomado o lugar daqueles que nele existiam previamente, não podem ser criticados por aplicar e interpretar as provisões legais em vigor ao tempo dos fatos à luz dos princípios que governam um Estado de Direito".

Segundo o juiz Levitts, daquela Corte:

"[a] interpretação e a aplicação de normas nacionais ou internacionais segundo uma metodologia 'não democrática (...) deveriam, a partir do ponto de vista de um sistema democrático, ser vistas como erradas. Isto aplica-se tanto a avaliações *ex post facto* de práticas jurídicas de regimes (...) anteriores (...) quanto a avaliações de práticas jurídicas concretas de regimes não democráticos do presente. (...) Depois da mudança para uma ordem política democrática os agentes responsáveis não podem confiar que suas condutas continuarão justificadas pela forma 'específica' através da qual o direito é interpretado por regimes não democráticos".

O juiz Locaides, no mesmo julgamento, argumentou que os agentes incumbidos da interpretação, administração e cumprimento da lei na Alemanha Oriental não poderiam beneficiar-se da "situação autorreferencial" na qual representavam a fonte produtora de suas próprias causas de justificação.[130]

129. Decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 24.10.1996, *EuGRZ* 1996, 538, tradução citada em LOTT, Herman. A Lei Penal e o Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1.753, abr. 2008.

130. "The applicants did not simply 'rely' on the GDR's State practice. They helped create that very real State practice of impunity. This practice of impunity, however, was not formalised through legislative means, no doubt because to the outside world the GDR wanted to maintain the image of a Rechtsstaat. (...) In terms of their own criminal law, the applicants were the co-conspirators in a large and consistent conspiracy to disregard the objective meaning of the law on the statute book, meaning that they co-conspired to create and

O argumento (e), também bastante adotado na jurisprudência do continente,[131] assume que a proibição contra a retroatividade tem natureza principiológica, sendo, assim, um "mandado de otimização" que ordena que "algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes".[132] A definição desse "algo" deve levar em conta o resultado da lei de colisão entre os princípios em jogo; no caso específico, a segurança jurídica e a proibição de que crimes contra a humanidade fiquem impunes. A regra resultante da ponderação constitucional estabelece a prioridade do princípio de proteção da confiança de modo que "[s]ólo bajo la singular circunstancia de que en un Estado injusto existan causas especiales de justificación que encubren derecho extremadamente injusto, ha de invertirse esta relación de prioridad. En tales condiciones, dado que la confianza no disfruta de ninguna protección, debe prevalecer la justicia material. Así surge la excepción a la cláusula del art. 103.2 LF".[133] A preocupação, neste item, é evidentemente evitar que a garantia seja "arrastada no redemoinho das onipresentes ponderações de direito constitucional", para citar a crítica do próprio Alexy.[134] A melhor solução interpretativa, segundo o constitucionalista alemão, seria argumentar que a anterioridade tem natureza de regra (já sendo, portanto, o resultado da ponderação), mas a ela se adicionaria cláusula de exceção consistente na admissão da retroatividade *in pejus* em certas condições, como, por exemplo, para crimes contra a humanidade:

"Podría objetarse contra esta solución que vulnera el tenor literal de la Constitución, toda vez que el art. 103.2 LF no contiene cláusula de excepción alguna; antes al contrario, garantiza, sin reservas, un derecho fundamental o *cuasifundamental*.

maintain a two-faced situation in which the so-called 'State practice' of impunity and even of rewarding the criminal behaviour of other co-conspirators was in unqualified contradiction with the formal language of the relevant criminal statutes. (...) Here there was a self-referential situation in which the very same people who were charged with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offence propagated the 'State practice' which they now claim to have been the source of their own understanding of the law and thus of their excuse under the law. What is more, the applicants maintain that the GDR's State practice was part and parcel of contemporaneous objective impunity and that it is therefore unacceptable ex post to activate criminal liability for their acts".

131. Cf., p. ex., o voto do Juiz Boggiano, em Simón (cit.): "Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de ius cogens, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad".

132. Alexy, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*... cit., p. 86.

133. Alexy, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal... cit., p. 216.

134. Idem, p. 215.

De donde sólo por la vía de un cambio constitucional, y no por una construcción de la jurisprudencia, sería lícito introducir una cláusula de excepción. (...). El Tribunal Constitucional Federal ha resuelto claramente esta cuestión respecto de los derechos fundamentales garantizados sin reserva del catálogo de derechos fundamentales. Desde su pronunciamiento sobre la objeción de conciencia de 1970, el Tribunal aplica la fórmula de que 'también los derechos ilimitables' pueden ser limitados, conforme al principio de proporcionalidad, siempre que así lo exijan 'derechos fundamentales de terceros' ou 'otros valores jurídicos dotados de rango constitucional'".[135]

No direito dos tratados, a natureza principiológica da garantia da irretroatividade encontra seu fundamento no já citado art. 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cuja redação estabelece que "ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional *ou internacional*, no momento em que foram cometidos" e que a garantia não impede o julgamento e condenação de qualquer pessoa por atos ou omissões que já eram considerados delituosos "de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações".

4.3 O cumprimento da sentença implica violação à garantia do nullum crimen sine lege scripta*?*

Uma das mais consistentes objeções à persecução dos crimes contra a humanidade refere-se à taxatividade da lei penal. Para os que advogam em posição contrária à aplicação do costume internacional como causa da invalidade das regras de anistia e prescrição, ainda que houvesse norma costumeira de natureza cogente à época dos fatos, a qualificação das condutas de agentes da repressão militar como "crimes contra a humanidade" dependeria de prévia incorporação formal ao DP interno, sob pena de violação à garantia do *nullum crimen sine lege scripta*. É a posição adotada pelo Ministro Celso de Mello, na ADPF 153:

"Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (...) também encontra expresso reconhecimento na CADH (...) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (...), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu. O que se mostra constitucionalmente relevante, no entanto (...) é que, "no âmbito do DP incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. (...) Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se constitucionalmente, como

135. Idem, p. 216-217.

a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir (...)".

Na Argentina, o parecer do Procurador-Geral da Nação apresentado no caso *Simón* claramente optou pela limitação do âmbito de proteção da garantia da legalidade nos crimes contra a humanidade. O argumento é o de que a invocação do costume internacional é feita tão somente para afastar as *causas de extinção da punibilidade*, não atingindo, portanto, o "núcleo duro" da garantia, i.e., os elementos do crime e as penas:

"[E]n cuanto a su condición de lesa humanidad y su consecuencia directa, la imprescriptibilidad, no puede obviarse que el principio de legalidad material no proyecta sus consecuencias con la misma intensidad sobre todos los campos del Derecho Penal, sino que ésta es relativa a las particularidades del objeto que se ha de regular. En particular, en lo que atañe al mandato de certeza, es un principio entendido que la descripción y regulación de los elementos generales del delito no necesitan alcanzar el estándar de precisión que es condición de validez para la formulación de los tipos delictivos de la parte especial. (...) Y, en tal sentido, no advierto ni en la calificación de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, ni en la postulación de que esos ilícitos son imprescriptibles, un grado de precisión menor que el que habitualmente es exigido para las reglas de la parte general; especialmente en lo que respecta a esta última característica que no hace más que expresar que no hay un límite temporal para la persecución penal. Por lo demás, en cuanto a la exigencia de ley formal, creo que es evidente que el fundamento político (democrático-representativo) que explica esta limitación en el ámbito nacional no puede ser trasladado al ámbito del Derecho internacional, que se caracteriza, precisamente, por la ausencia de un órgano legislativo centralizado, y reserva el proceso creador de normas a la actividad de los Estados. Ello, sin perjuicio de señalar que, en lo que atañe al requisito de norma jurídica escrita, éste se halla asegurado por el conjunto de resoluciones, declaraciones e instrumentos convencionales que conforman el corpus del Derecho internacional de los derechos humanos y que dieron origen a la norma de ius cogens relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad".

É preciso reconhecer, contudo, que nos ordenamentos jurídicos que seguem o sistema continental a prescrição não é um instituto totalmente destacado dos tipos penais, até porque a contagem do prazo depende da natureza do crime (art. 111 do CP) e da pena abstratamente a ele cominada. O problema é posto da seguinte forma por Pablo Parenti:

"En el derecho positivo argentino la prescripción está vinculada a la figura penal en la que se subsuma la conducta, dado que el plazo varía de acuerdo con la pena prevista para el delito supuestamente cometido. De este modo las figuras penales desempeñan un papel relevante en el análisis de la prescripción. Sin embargo, más allá de esta regla de derecho positivo (de rango legal), no parece haber obstáculo

alguno para que el presupuesto de una norma sobre prescripción pueda ser algo distinto o desvinculado de la figura del Código Penal en la que se subsuma la conducta. Incluso esto ya es así en otras reglas de derecho positivo. En otras palabras, el presupuesto de una norma sobre prescripción no necesariamente debe estar referido o vinculado a un tipo penal aplicable".[136]

5. CONCLUSÃO: UM "DIREITO PENAL DIFERENCIADO" PARA GRAVES VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS?

Os difíceis problemas criminais aqui mencionados não são mero exercício de imaginação acadêmica: no Ministério Público Federal, no mês de março de 2013, foram contabilizadas 193 investigações criminais em andamento relacionadas a crimes de sequestro, homicídio e ocultação de cadáver cometidos durante o regime militar.[137] Até a data de conclusão deste artigo, haviam sido ajuizadas seis ações penais[138] (cinco por sequestro e uma por ocultação de cadáver), tendo a Justiça Federal determinado, até a presente data, o processamento de três delas.

Desde o final da Segunda Guerra, como se sabe, o direito internacional dos DH vem buscando dar efetividade – por meio de tratados, declarações, relatórios, recomendações e, mais recentemente, de decisões judiciais vinculantes – à ideia de que a pessoa é sujeito de direitos e obrigações internacionais e que, por essa razão, nem

136. In: AMBOS, Kai e MALARINO, Ezequiel (eds.). *Jurisprudência latinoamericana sobre derecho penal internacional*... cit., p. 33.

137. BRASIL. Ministério Público Federal. "Crimes da ditadura militar: relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção (2008-2012)". Brasília, Procuradoria-Geral da República, março de 2013.

138. As ações penais são: a) AP 0001162-79.2012.4.01.3901, distribuída à 2.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá em 14.03.2012, réu Sebastião Curió Rodrigues de Moura, vítimas Maria Célia Corrêa, Hélio Luiz Navarro de Magalhães, Daniel Ribeiro Callado, Antônio de Pádua e Telma Regina Cordeira Corrêa; b) AP 0004204.32.2012.403.6181, distribuída à 10.ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo em 24.04.2012, denunciados Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina, vítima Aluízio Palhano Pedreira Ferreira; c) AP 0004334-29.2012.4.01.3901, distribuída à 2.ª Vara Federal da Subeção Judiciária de Marabá em 16.07.2012, réu Lício Augusto Maciel, vítima Divino Ferreira de Souza; d) AP 0011580-69.2012.403.6181, distribuída à 9.ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo em 17.10.2012, réus Carlos Alberto Brilhante Ustra, Alcides Singillo e Carlos Alberto Augusto; e) AP 0004823-25.2013.4.03.6181, distribuída à 5.ª Vara Criminal Federal da Subseçao Judiciária de São Paulo em 29.04.2013, denunciados Carlos Alberto Brilhante Ustra e Alcides Singillo, vítima Hirohaki Torigoe; e) AP distribuída na Subseção Judiciária do Rio de Janeiro em 15.05.2013, denunciados Luiz Mário Valle Correia Lima, Luiz Timótheo de Lima, Roberto Augusto de Mattos Duque Estrada, Dulene Aleixo Garcez dos Reis e Valter da Costa Jacarandá, vítima Mário Alves de Souza Vieira.

a proteção de seus direitos, nem a persecução dos crimes por ela cometidos, estão adstritas à soberania estatal. Como consequência: (a) os autores de certos crimes, definidos no direito consuetudinário e em tratados internacionais, estão sujeitos à jurisdição universal; (b) às vítimas desses crimes são reconhecidos direitos que transcendem a mera reparação material dos danos causados e alcançam a pretensão à persecução penal do fato; e (c) não se aplicam a tais crimes as causas gerais de exclusão da punibilidade (prescrição, anistia, *ne bis in idem*), da ilicitude (discussão sobre a antijuridicidade, no caso dos sentinelas do muro de Berlim) e, eventualmente (no direito penal internacional), da própria tipicidade (caso *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, supracitado).

O Brasil está comprometido com as posições adotadas pelo direito internacional dos DH não apenas por causa dos arts. 4.º e 5.º, §§ 3.º e 4.º, da Constituição e do art. 7.º do Ato de suas Disposições Transitórias, mas porque, sobretudo desde os anos 1990, vem progressivamente obrigando-se a isso perante a sociedade das nações. A abertura do Estado brasileiro ao sistema internacional obriga as autoridades estatais envolvidas na persecução penal a, *no mínimo*, não menosprezar a significativa mudança ocorrida nos sistemas de justiça criminal a partir dos anos 1970, no que se refere ao reconhecimento de que as vítimas de crimes, individual ou coletivamente consideradas, são titulares de interesses legítimos na esfera penal, e que o Estado, por sua vez, é titular de obrigações positivas voltadas a garantir a efetiva punição de condutas atentatórias a certos direitos reconhecidos pelo *jus gentium*. A mudança – responsável em parte pelo caráter expansivo do DP em certas matérias (v.g., a proteção a mulheres e crianças por meio de leis criminalizadoras) – introduz um terceiro elemento à tradicional polarização vigente desde o liberalismo, entre *interesses do acusado vs. interesses da persecução penal estatal*, retirando a vítima, assim, da condição de mero objeto de prova e de titular de interesses puramente patrimoniais, para atribuir-lhe *status* de titular de direitos procedimentais[139] e de DP material. Infelizmente, essa mudança não foi captada pelo STF no julgamento da ADPF 153, uma vez que, consentânea com os *standards* liberais do DP vigente, a decisão judicial não atribui às vítimas dos desaparecimentos forçados, torturas e execuções sumárias cometidas durante o regime militar, nenhum interesse legítimo no que se refere à persecução dos autores dos delitos, nem mesmo em relação àqueles que ainda estão em curso, tais como a ocultação dos cadáveres.

139. O dever de assegurar que os pontos de vista e preocupações da vítima sejam apresentados e considerados em procedimentos criminais está previsto nas seguintes convenções internacionais: Convenção contra a Tortura, Protocolo Facultativo sobre Prostituição Infantil e Pornografia Infantil à Convenção sobre os Direitos da Criança; Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas; Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado; e Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra Mulheres.

A acomodação entre a tendência internacional ao fortalecimento dos mecanismos de repressão estatal a certos crimes e os sistemas locais de justiça (sobretudo em países que ainda enfrentam graves violações a direitos de réus e presos, como o Brasil e outros países da América Latina), contudo, é particularmente difícil, pois as atribuições vinculadas à persecução penal de crimes "internacionais" são primariamente atribuídas a Estados nacionais configurados pelos princípios liberais de legalidade, proteção à coisa julgada e proibição da retroatividade *in malam partem*, todos voltados à limitação dos poderes estatais em matéria criminal. É necessário reconhecer, nesse aspecto, a existência de inegáveis contradições e lacunas nas soluções jurídicas oferecidas pelos tratados e sentenças internacionais no assunto. Particularmente, o *case law* da Corte IDH não prima pela clareza conceitual, sobretudo no que se refere à identificação de *quais condutas efetivamente constituem "graves violações a DH" para fins de responsabilização internacional*. Mais do que a punição de torturadores do passado, a imprecisão conceitual pode dar azo a regimes penais de exceção para justificar opções governamentais que não são objeto de amplo consenso internacional, caso, por exemplo, da política *War on Drugs*, adotada pelos EUA.

Além disso, tanto nos tribunais penais internacionais quanto no sistema interamericano é visível a ênfase dada a outros fins da pena que não a prevenção geral. Mais especificamente, a compensação às vítimas e a necessidade de se combater a impunidade de graves violações a DH são mencionadas com frequência na fundamentação de sentenças internacionais. Os riscos temidos pelos que defendem posições mais garantistas são o retrocesso a concepções retributivas de DP e o sacrifício das garantias fundamentais da pessoa contra o arbítrio estatal. Não obstante a legitimidade das preocupações externadas, é preciso registrar que, no mundo contemporâneo, a repressão internacional ou estatal a crimes contra a humanidade dificilmente poderia ser qualificada como excessiva ou arbitrária. O problema, registra Schaack, é precisamente o oposto, ou seja, a tibieza do sistema de punição, o que justificaria a relativização das regras que possam conduzir à impunidade, em um esforço para impulsionar um sistema de maior responsabilização.[140]

Críticas à parte, as decisões judiciais internacionais e de direito comparado[141] referidas neste artigo claramente demonstram o compromisso dos outros Estados-membros da comunidade internacional em levar adiante o dever jurídico de in-

140. SCHAACK, Beth Van. Crimen Sine Lege... cit., p. 26.

141. Por motivos de limitação de espaço, optou-se neste artigo por focar a análise na jurisprudência do DPI e do direito internacional dos DH, em detrimento do direito comparado. Para uma análise sobre justiça de transição mais centrada nas soluções dadas pelo direito comparado, cf., do autor, Problemas criminais da sentença da Corte IDH no Caso Gomes Lund: Respostas do Direito Comparado. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, vol. 5, 2012, p. 92-136.

vestigar e sancionar as violações de DH usualmente definidas como crimes contra a humanidade, dentre elas a tortura, as execuções sumárias e o desaparecimento forçado de pessoas. A jurisprudência comparada também aponta para a relativização das garantias liberais da irretroatividade da lei penal prejudicial, da legalidade e da proteção à coisa julgada, como medida indispensável à persecução das sistemáticas violações de DH cometidas durante regimes de exceção. Essa "relativização" opera, em geral, dos seguintes modos: (a) afastamento do âmbito de incidência das garantias penais do investigado em razão de interpretação dada às normas internacionais que incidiriam sobre os fatos (argumento de que o *jus cogens* internacional à época já considerava os crimes insuscetíveis de prescrição e anistia); (b) afastamento do âmbito de incidência das garantias em razão da impossibilidade de exercício da persecução penal em regimes políticos de exceção ou em razão da nulidade dos atos de exoneração do crime e de sua punibilidade; (c) afirmação da natureza principiológica das garantias em questão, as quais conteriam, portanto, apenas "mandados de otimização" sujeitos à colisão com outros princípios, dentre os quais o direito das vítimas à reparação, inclusive por meio da repressão penal, e o compromisso internacional do Estado brasileiro de que certas condutas não fiquem impunes. Uma variante a essa posição, mais segura do ponto de vista jurídico, seria a inserção, sugerida por Alexy, de uma "cláusula de exceção" às garantias, tidas como regras, e não como princípios.

A discussão de fundo do caso *Gomes Lund* diz respeito à compatibilização dos sistemas nacionais de justiça criminal com as demandas colocadas pela comunidade internacional no que se refere à efetiva repressão a graves violações a DH. Talvez não seja propriamente o caso de se falar em um "DP diferenciado", como classifica Malarino,[142] mas certamente a sentença do caso *Gomes Lund* obriga o sistema de justiça criminal no Brasil a rever seus paradigmas tradicionais, pois, caso contrário, o Estado brasileiro continuará a ser responsabilizado por omissão no cumprimento de seus deveres perante o sistema interamericano de DH. O aprofundamento dos estudos dos casos judicializados em outros países do continente e no sistema internacional e uma discussão teórica sobre os limites e possibilidades do uso do DP na proteção a DH revelam-se imprescindíveis para a busca de soluções compatíveis com nosso sistema de justiça criminal.

142. Ibidem.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aplicação direta dos tipos penais do estatuto do Tribunal Penal Internacional no direito interno, de Paul Hernández Balmaceda – *RBCCrim* 65/146, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/1049 (DTR\2007\182);
- O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos Direitos Humanos no século XXI, de Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RT* 830/421, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/1075; *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 3/1045 (DTR\2004\925); e
- O Tribunal Penal Internacional e o direito interno: a necessária distinção entre extradição e entrega de nacional, de Evânio Moura – *RT* 893/437, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 3/727 (DTR\2010\136).

66115

O CONFISCO PENAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E SEU IMPACTO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL ACUSATÓRIO

THE FORFEITURE OF ATTORNEY'S FEES IN THE UNITED STATES LEGAL SYSTEM AND ITS IMPACT ON THE ADVERSARIAL SYSTEM OF CRIMINAL JUSTICE

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Doutorando em Direito do Estado pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). *Master of Laws* (*LL.M.*) pela Cornell Law School (EUA), eficacializado pela UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Professor substituto do curso de graduação em direito da UFPR. Diretor financeiro adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Membro da *American Bar Association* (ABA). Membro da *New York State Bar Association* (NYSBA). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Membro da Comissão da Advocacia Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB-PR). Habilitado para o exercício profissional da advocacia no estado de Nova York (EUA). Advogado criminalista em Curitiba/PR.

"Had it been Congress' express aim to undermine the adversary systemas we know it, it could hardly have found a better engine of destruction than attorney's-fee forfeiture."
– Justice Harold Andrew Blackmun (1908–1999).

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional; Internacional

RESUMO: O presente trabalho constitui uma visão geral da aplicação do instituto de confisco de bens da tradição *Common Law* aos bens do acusado destinados ao pagamento de sua representação legal nos Tribunais Federais dos Estados Unidos da América. Para tanto, explicitam-se as questões constitucionais aplicáveis ao debate. Em seguida, oferece-se um breve histórico do desenvolvimento dos dispositivos atuais sobre confisco de bens, assim como uma demonstração da situação atual da legislação e sua aplicação aos honorários advocatícios. Após, apresenta-se debate legal referente ao confisco de honorários, em que se conclui que o esquema legal atual não sobrevive ao escrutínio constitucional, uma vez que cria a possibilidade de perturbar o equilíbrio de forças entre acusador e acusado.

ABSTRACT: This paper provides a general overview of the application of the common law institute of criminal forfeiture to defendants' assets intended to pay for their legal representation in the Federal Courts of the United States of America. In order to question the legitimacy of the fee forfeiture scheme, a broad description of the constitutional issues applicable to the debate is given. Later, a brief historical background of the development of the current criminal forfeiture provisions is provided, along with a description of the current state of the law and its application to attorneys' fees. In the end, we present a legal debate related to fee forfeiture and we conclude that the current legal scheme does not survive constitutional scrutiny since it creates a possibility to disturb the balance of forces between the accuser and the accused.

PALAVRAS-CHAVE: Confisco penal - Honorários advocatícios -Direito Penal americano - Garantias constitucionais do acusado - Direito comparado.

KEYWORDS: Criminal forfeiture - Attorney's legal fees - American criminal law - Constitutional rights of the accused - Comparative law.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Apresentação dos princípios constitucionais aplicáveis: 2.1 A Quinta Emenda à Constituição americana: a Cláusula do Devido Processo e o equilíbrio de poderes entre a acusação e o acusado; 2.2 A Sexta Emenda à Constituição americana: o direito à defesa: 2.2.1 Direito à escolha de defensor; 2.2.2 Assistência efetiva de defensor - 3. Visão geral do confisco penal federal e sua aplicação aos honorários advocatícios pelas cortes federais estadunidenses: 3.1 Origem e histórico legislativo; 3.2 O estado atual da legislação referente ao confisco; 3.3 Aplicação aos honorários advocatícios - 4. Análise do debate judicial envolvendo o confisco de honorários advocatícios: 4.1 Hermenêutica e linguagem da norma; 4.2 Propósito da lei; 4.3 Direito à escolha de defensor; 4.4 Direito à assistência efetiva de defensor; 4.5 Equilíbrio de poder entre as partes - 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

De todos os institutos jurídicos desenvolvidos para assistir os meios oficiais de repressão penal, poucos são tão controversos quanto o confisco penal utilizado nos Estados Unidos da América. Ao passo que o confisco produz, em tese, grandes benefícios àquela sociedade, na medida em que priva os autores de delitos dos produtos de suas atividades criminosas, prevenindo que os valores sejam novamente reinvestidos em empreitadas delituosas, também apresenta uma delicada questão constitucional naquele país acerca do direito à defesa e do sistema acusatório como um todo.

Desde sua introdução pelo Congresso Nacional americano,[1] o confisco penal tem sido o centro de um amplo debate jurídico acerca da legitimidade de se estender a perda de bens a título de confisco aos valores pagos a advogados de defesa para remunerar seus serviços profissionais. De um lado da discussão, a Suprema Corte dos Estados Unidos dispôs que o Congresso Nacional americano tem o poder e a discricionariedade para limitar os honorários advocatícios nestes casos em busca de um interesse público maior, que é a luta contra a criminalidade dita organizada e o tráfico de drogas. De outro lado, as cortes federais inferiores, baseadas na doutrina, entendem que nunca houve a intenção legislativa de se impor tal limite à atividade advocatícia, e mesmo que tal intenção existisse, ela seria inconstitucio-

1. Para os fins do presente trabalho adotar-se-ão os gentílicos "americano" ou "estadunidense" para se referir àquilo oriundo dos Estados Unidos da América, por tais termos fazerem alusão ao nome do país em questão. Evita-se o uso da expressão "norte-americano", comumente utilizada, por se entender que é morfologicamente equivocada, pois a América do Norte compreende, além dos Estados Unidos da América, também o Canadá e o México.

nal de acordo com o direito à defesa estabelecido na Sexta Emenda à Constituição americana e à cláusula do devido processo legal da Quinta Emenda.

O tema apresenta uma questão político-criminal interessante, que vem ganhando espaço no debate jurídico-penal brasileiro, com o projeto de introdução de medidas que restringem o direito à defesa, como é o caso do PLS 282/2003, de autoria do finado Senador Antônio Carlos Magalhães (PFL/BA), que propõe que os acusados de lavagem de dinheiro sejam representados exclusivamente pela Defensoria Pública. Pretende-se, desta forma, acrescentar ao debate com considerações trazidas da experiência estadunidense.

Não se busca, aqui, traçar um paralelo entro o sistema americano e outros sistemas jurídicos, como o brasileiro. A intenção é apresentar os problemas enfrentados por juristas estadunidenses, em especial os precedentes desfavoráveis da Suprema Corte, assim com as soluções propostas pela doutrina e jurisprudência daquele Estado.

2. Apresentação dos princípios constitucionais aplicáveis

A fim de que se possam analisar os assuntos discutidos nos capítulos seguintes, é preciso primeiramente explicitar as questões constitucionais subjacentes implícitas na argumentação. Neste tópico pretende-se resumir os principais aspectos dos direitos constitucionais garantidos aos acusados em processos criminais.

2.1 A Quinta Emenda à Constituição americana: a cláusula do devido processo e o equilíbrio de poderes entre a acusação e o acusado

A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos estabelece que "ninguém será (...) privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal".[2] Enquanto a noção de devido processo pode se referir a direitos processuais,[3] no cenário criminal a principal função do devido processo é equilibrar os poderes opostos da acusação e do acusado.

Na história da *common law*, o processo penal iniciou como um meio de legitimar a punição através do qual o acusado exerce o seu direito de se defender das acusações.[4] Na origem do júri, os acusados tinham poucos direitos, sendo tudo realizado

2. Estados Unidos da América. *Constituição* (1787). EC 5, 15.12.1791. ("[n]o person shall be ... deprived of life, liberty, or property, without due process of law.") Tradução livre do autor.

3. *Vide* Mott, Rodney L. *Due process of law*: A historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of "the law of the land". Indianapolis: Bobbs Merrill, 1926.

4. Idem, p. 1152.

visando a condenação.[5] Neste período, o soberano, representado pela acusação, exercia um grande poder sobre o acusado e o processo.[6]

Ao longo dos séculos XVIII e XIX, esses direitos foram expandidos para se opor à prevalência do soberano sobre a relação processual, especialmente ao se levar em consideração os riscos envolvidos no processo penal, em que o acusado está sujeito à perda da liberdade e até da sua vida.[7] Uma série de salvaguardas foi criada para se equilibrar a relação processual. Dentre os vários direitos garantidos ao acusado, a Constituição americana prevê a presunção de inocência[8] e o critério da prova além da dúvida razoável para a condenação.[9]

Estes direitos demonstram que o sistema acusatório[10] se preocupa em garantir a ambas as partes a paridade de armas. Uma perturbação deste equilíbrio acarretaria a violação do devido processo.[11]

Desta forma, pode ser dito que o devido processo cumpre uma especial função em garantir "o equilíbrio de forças entre o acusado e seu acusador".[12] Não é segredo que o Estado detém uma quantia infinita de poder, que, caso ilimitado, não poderá ser oposto por qualquer indivíduo. O devido processo impõe uma restrição a este poder, assim conferindo ao acusado a oportunidade de enfrentar o soberano e apresentar a sua defesa, sua versão dos fatos. Os direitos individuais conferidos pelo

5. Idem, ibidem ("When the jury system first evolved in the seventeenth century into a method of trial by fact-witnesses, the procedural rights of the defendant were few in number. He had no right to counsel or even to a copy of the indictment against him. The freest use was made by the state of admissions elicited from him before trial, often under torture or the threat of it. And hearsay was regularly used as a means of establishing guilt. Before the century was out, there was added to these disadvantages the incompetency, because of interest, of the accused as a witness in his own behalf. Fairly clearly, the dominant strain in such a system of trial was the assumption that the accused was guilty and that it was of great importance to the state to prove him so").
6. Idem.
7. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *In re Winship. United States Reports*, 393/363 (1970).
8. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Coffin v. United States. United States Reports*, 156/432 (1895).
9. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *In re Winship*, cit., p. 364;ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Cage v. Louisiana. United States Reports*, 498/39 (1990); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Sullivan v. Louisiana. United States Reports*, 508/275 (1993).
10. *Vide* DAMAŠKA, Mirjan R. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, 121/577-588 (1973).
11. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *In re Winship*, cit., p. 377.
12. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Wardius v. Oregon. United States Reports*, 412/474 (1973).

Bill of Rights,[13] em especial a cláusula do devido processo, constituem um meio de prover a paridade de armas entre as partes, diminuindo o poder da acusação e conferindo ao acusado direitos materiais que podem ser reivindicados. Tal igualdade é indispensável ao sistema acusatório (ou adversarial) de justiça criminal.[14]

Embora possa ser verdade que, a despeito da tentativa legislativa de fornecer igualdade formal pela expansão e refino das armas processuais, desigualdades materiais ainda existam entre as partes,[15] o equilíbrio entre os poderes deve ser sempre presente no espírito acusatório, pois é esse o seu principal alicerce.

2.2 *A Sexta Emenda à Constituição americana: o direito à defesa*

A Sexta Emenda à Constituição Americana contém a maior parte dos direitos processuais dos acusados criminais, tais como o direito a um julgamento público e célere, o direito a um júri imparcial, o direito ao julgamento pelo juiz natural da causa, o direito a ser informado sobre a natureza e motiva da acusação, o direito a confrontar o seu acusador, o direito à intimação judicial de testemunhas de defesa e o direito à assistência por um defensor.[16] Enquanto inicialmente a Sexta Emenda, assim como as outras previsões da Constituição americana e o *Bill of Rights*, se aplicavam apenas aos processos federais,[17] tais direitos foram incorporados[18] contra os Estados por meio da cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda.[19]

---

13. As primeiras dez emendas à Constituição estadunidense.
14. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Wardius*, cit., p. 474.
15. DAMAŠKA, M.R. *The faces of justice and state authority*: A comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 106-109.
16. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição* (1787). EC 6, 15 dez. 1791. ("In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense").
17. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Betts v. Brady*. *United States Reports*, 316/461-462 (1942); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Howard v. Kentucky*. *United States Reports*, 200/164 (1906); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *West v. Louisiana*. *United States Reports*, 194/258 (1904).
18. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Duncan v. Louisianna*. *United States Reports*, 391/145 (1969); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Washington v. Texas*. *United States Reports*, 388/14 (1967); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Klopfer v. North Carolina*. *United States Reports*, 386/213 (1967); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Gideon v. Wainwright*. *United States Reports*, 372/335 (1963).
19. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição* (1787). EC 14, 09.07.1868.

Dos diversos direitos garantidos pela Sexta Emenda, o de maior relevância ao presente estudo é o direito à defesa, o qual é tido como um dos mais fundamentais direitos do acusado.[20] Quando tal direito é negado, o prejuízo é normalmente presumido,[21] embora a negativa de defesa, até mesmo intencional, não acarreta a nulidade sem a demonstração concreta do prejuízo.[22]

Todo acusado tem o direito de ser assistido por um defensor, mesmo que não possua meios financeiros para arcar com as custas da defesa.[23] Desta forma, a menos que o acusado, em pleno gozo de suas faculdades mentais, conscientemente renuncie o seu direito a um advogado,[24] a corte deverá nomear um defensor para que o represente.[25]

O direito à defesa possui dois aspectos de alta relevância: o direito à escolha de um defensor e o direito à sua efetiva assistência, que serão analisados em sequência.

2.2.1 Direito à escolha de defensor

Está implícito no texto da Sexta Emenda que o direito à defesa contém o direito à assistência de um defensor escolhido pelo acusado.[26] Este é um elemento impor-

---

20. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Johnson v. Zerbst. United States Reports*, 304/462-463 (1938). ("The Sixth Amendment stands as a constant admonition that if the constitutional safeguards it provides be lost, justice will not 'still be done.' It embodies a realistic recognition of the obvious truth that the average defendant does not have the professional legal skill to protect himself when brought before a tribunal with power to take his life or liberty, wherein the prosecution is presented by experienced and learned counsel").

21. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. *United States v. Robinson. Federal Reporter 2d.*, 502/896 (1974) ("The harmless-error doctrine applies with diminished rigor when the right to counsel is at stake. (...) When no lawyer appears to represent the defendant, and his request for legal representation is wholly denied, the proceedings are tainted from their roots, and there is no room for 'nice calculations as to the amount of prejudice' flowing from the denial").

22. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *United States v. Morrison. United States Reports*, 449/365 (1981).

23. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Gideon*, cit., p. 344.

24. Nos Estados Unidos, ao contrário do que ocorre no Brasil, o advogado não é instrumento essencial à administração da justiça, tendo todos os acusados o direito à autorrepresentação, até mesmo em processos criminais. Neste sentido, *vide* Idem, p. 339.

25. Idem, p. 344; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Carnley v. Cochran. United States Reports*, 369/513 (1962).

26. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *United States v. Gonzales-Lopez. United States Reports*, 548/144 (2006); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Wheat v. United States. United States Reports*, 486/159 (1988). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Powell v. Alabama. United States Reports*, 287/53 (1932).

tante deste direito, que garante ao acusado o direito de ser representado por aquele advogado que entender ser o melhor.[27]

Ao passo que o acusado pode esperar ser representado pelo defensor que, em sua opinião, seja o melhor que pode pagar,[28] o direito à escolha de um defensor está circunscrito a certas condições,[29] que incluem a habilitação do advogado desejado para exercer a advocacia,[30] a possibilidade financeira do acusado de contratar o defensor de sua escolha,[31] o aceite por parte do defensor em representar o acusado[32] e a inexistência de compromissos pelo advogado em relação à parte contrária, incluindo-se o Estado.[33]

As cortes não poderão tomar qualquer medida dirigida a impedir a representação pelo defensor da preferência do acusado – muito embora algumas medidas judiciais possam ter estes efeitos.[34] Se for determinado que um acusado teve o seu direito à escolha de um defensor negado, não é preciso demonstrar prejuízo,[35] pois tal direito não está ligado ao direito a um julgamento justo.[36] A única demonstração que deve ser feita é ao acusado foi negada injustificadamente a representação por um advogado de sua escolha.[37]

2.2.2 Assistência efetiva de defensor

A fim de cumprir integralmente com a exigência do Sexta Emenda, a assistência do defensor deverá ser efetiva.[38] De acordo com este elemento do direito à defesa,

---

27. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Gonzáles-Lopez*, cit., p. 146.
28. Idem, p. 144.
29. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Wheat*, cit., p. 159.
30. Idem, ibidem.
31. Idem.
32. Idem.
33. Idem.
34. LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1999. vol. 3, p. 559 (referindo-se a algumas restrições que os calendários de julgamento podem impor aos advogados). Neste sentido *vide* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Fifth Circuit. *United States v. Hughey*. *Federal Reporter 3d*, 147/433 (1998). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Garrett*. *Federal Reporter 3d*, 149/1018 (1998).
35. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Gonzáles-Lopez*, cit., p. 148.
36. Idem, p. 144.
37. Idem, ibidem.
38. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *McMann v. Richardson*. *United States Reports*, 397/771 (1970).

ao acusado será dado um prazo razoável para constituir defensor,[39] assim como será dado prazo razoável para que o defensor se prepare para o julgamento.[40] Além disso, o acusado deverá ter uma oportunidade adequada para consultar com seu defensor tanto antes quanto durante o julgamento.[41]

A assistência é também determinada ineficaz quando a sua atuação for deficiente[42] deixando de obedecer aos critérios da advocacia competente em nome de seu cliente, o que é obrigatório de acordo com os preceitos da advocacia americana.[43] Todavia, uma simples demonstração de ineficácia é insuficiente. Um acusado alegando uma violação da Sexta Emenda deve demonstrar nexo de causalidade entre a atuação deficiente e o prejuízo causado,[44] salvo tenha sido totalmente privado de defesa, ou seu advogado tenha um conflito de interesses, casos em que o prejuízo poderá ser presumido.[45]

Quanto à assistência ineficaz resultando de um conflito de interesses, os acusados "deverão demonstrar que um verdadeiro conflito de interesses afetou a atuação do advogado".[46] Existe uma série de motivos que resultam em conflitos de interesses,[47] sendo o de maior relevância para o presente estudo o conflito entre o advogado e o próprio cliente.[48]

De acordo com precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, a Sexta Emenda impõe os mesmos critérios para análise da eficácia da defesa para os advogados nomeados e constituídos.[49]

---

39. COOK, Joseph G. *Constitutional rights of the accused*. 3. ed. New York: Clark Boardman Callaghan, 1996. vol. 2, p. 8.73.
40. Idem, p. 8.71-8.72.
41. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Escobedo v. Illinois*. *United States Reports*, 378/490 (1964). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Miranda v. Arizona*. *United States Reports*, 384/471 (1966).
42. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Strickland v. Washington*. *United States Reports*, 466/687 (1984).
43. Idem, p. 688. *Vide* também ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Nix v. Whiteside*. *United States Reports*, 475/165 (1986).
44. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Strickland*, cit., p. 687.
45. *Idem*, p. 692, citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Cuyler*, cit., p.345.
46. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Cuyler*, cit., p. 348 ("must demonstrate that an actual conflict of interest adversely affected the lawyer's performance"). Tradução livre do autor.
47. *Vide* COOK, J.G. *Constitutional rights of the accused*, cit., p. 8.131-8.147.
48. *Vide* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Second Circuit. *United States v. Levy*. *Federal Reports* 3d, 25/146 (1994), em que se determinou haver um conflito de interesses, pois o advogado também havia sido denunciado pelo mesmo órgão acusatório, e poderia buscar um acordo com a Procuradoria (U.S. Attorney's Office) envolvendo a sua representação.
49. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Cuyler*, cit., p. 344-345.

Tem-se, desta forma, que a Constituição dos Estados Unidos confere aos acusados direitos processuais substanciais, os quais serão o núcleo da discussão nos tópicos seguintes.

3. VISÃO GERAL DO CONFISCO PENAL FEDERAL E SUA APLICAÇÃO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELAS CORTES FEDERAIS ESTADUNIDENSES

A fim de compreender o debate acerca da aplicação do confisco penal aos honorários profissionais de advogados de defesa, é preciso primeiramente conhecer o estado atual da legislação referente ao confisco no Código dos Estados Unidos. Portanto, para se compreender o propósito destas leis, é necessário resumir brevemente a evolução da legislação impondo o confisco como sanção penal.

3.1 Origem e histórico legislativo

Apesar de ser uma ferramenta relativamente nova na prevenção e no processo de determinados delitos federais nos Estados Unidos, o confisco[50] em si não pode ser considerado, de maneira alguma, um instituto jurídico novo. Ainda que o confisco penal tenha sido largamente utilizado na Inglaterra,[51] tal remédio não era comumente aplicado nas Colônias americanas, tendo sido revogado pelo Congresso estadunidense após a independência.[52]

Aproximadamente dois séculos depois, o Congresso americano reintroduziu o confisco como sanção no estatuto das Organizações Corruptas e Influenciadas pela Corrupção[53] e no estatuto das Empresas Criminais Continuadas.[54] Embora historicamente os Estados Unidos da América tenham abandonado o confisco *in*

50. BLACKSTONE, William, Sir. *Commentaries on the laws of England.* Centennial: Hein, 1992. vol. 2, p. 267. ("O confisco é uma punição imposta por lei para alguns atos ilegais ou negligência para os proprietários de terras, cortiços ou legados, pelo qual ele perde todo o interesse no bem, que vai à parte lesada como recompensa pelo dano causado a ele ou à coletividade.") ("Forfeiture is a punishment annexed by law to some illegal act, or negligence, in the owner of lands, tenements, or hereditaments; whereby he loses all his interest therein, and they go to the party injured, as a recompense for the wrong which either he alone, or the public altogether with himself, hath sustained"). Tradução livre do autor.

51. FOSSUM, Drew. J. Criminal forfeiture and the attorney-client relationship: Are attorney's fees up for grabs? *Southwestern Law Journal*, 30/1070 (1986); BLACKSTONE, W. *Commentaries on the laws of England*, vol. 2, cit., p. 267.

52. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Lei 9, § 24*, de 30 abr. 1790.

53. *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (doravante denominado apenas "RICO") – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, §§ 1961-1968 (1970).

54. *Continuing Criminal Enterprise* (doravante denominado apenas "CCE") – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, §§ 848 e seguintes (1970).

personam[55] como meio de punição, devido ao crescimento contínuo da criminalidade dita "organizada"[56] e a ameaça do abuso de drogas[57]no país, bem como seu respectivo impacto na economia[58] e na saúde pública,[59] o Poder Legislativo Federal buscou tal medida como sanção aos infratores dos estatutos RICO[60] e CCE.[61]

Devido ao fato de o "crime organizado"[62] e o tráfico de drogas fornecerem um ganho econômico substancial aos seus autores, poderia ser potencialmente lucrativo enfrentar um processo criminal e os riscos de condenação, pois, ao final do encarceramento, estariam os autores livres para gastar os produtos de suas atividades delituosas.[63] O Legislativo estadunidense buscou, desta forma, atingir o principal escopo destas atividades delituosas, tentando eliminar qualquer incentivo financeiro destes crimes, ao remover dos condenados quaisquer produtos de seus esforços criminosos.[64]

Apesar do esforço legislativo, as soluções visionadas pelo Congresso americano provaram ser insuficientes,[65] pois os estatutos, promulgados em 1970, continham diversas limitações e ambiguidades que impediam as autoridades de buscar o confisco em todo o seu potencial.[66] Dentre as diversas falhas indicadas nos estatutos,[67] as provisões de confisco de 1970 permitiam que os acusados derrotas-

55. O confisco *in personam*, ao contrario do confisco *in rem*, se aplica à pessoa ao invés do bem em sido, assim possibilidade o confisco mesmo que o bem não tenha sido envolvido na ação criminosa (FOSSUM, D.J. Criminal forfeiture and the attorney-client relationship, cit., p. 58). O confisco *in rem*, por outro lado, se aplica diretamente ao bem em questão, e é largamente aplicado pelos tribunais americanos.

56. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *House of Representatives Reports*, n. 91-1549 (1970).

57. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *House of Representatives Reports*, n. 91-1444 (1970).

58. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *House of Representatives Reports*, n. 91-1549 (1970).

59. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *House of Representatives Reports*, n. 91-1444 (1970).

60. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963 (1970).

61. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853 (1970).

62. Embora o termo "crime organizado" (*organized crime*) seja um elemento normativo do estatuto RICO (*vide* nota 53 supra), de conteúdo plurívoco, nenhuma definição legal deste termo é dada (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Dissenting views of Representative John Conyers, Jr., Representative Abner Mikva, Representative William F. Ryan, on the Organized Control Act. *House of Representatives Report*, n. 91-1549 (1970)). Por falta de uma definição mais apropriada, o termo "crime organizado" e seus derivados serão utilizados para se referir aos crimes cometidos em violação do § 1962 do Título 18 do United States Code.

63. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Senate Reports*, n. 98-225 (1984).

64. Idem, ibidem.

65. Idem.

66. Idem.

67. Idem.

sem o confisco "pela remoção, transferência ou ocultação de seus bens previamente à condenação".[68] Porque o confisco apenas operava quando da condenação, os bens permaneciam sob a guarda do acusado e poderiam ser removidos da jurisdição do tribunal[69] ou transferidos a um terceiro[70] de modo a blindá-los do confisco.Tais tentativas fraudulentas de frustrar as autoridades somente poderiam ser prevenidas por medidas cautelares,[71] disponíveis apenas após o ato processual de indiciamento do acusado pelo Grande Júri, assim permitindo que um acusado experiente se antecipasse à formalização da acusação.[72]

Em resposta a estas questões, o Congresso Americano promulgou a Lei Compreensiva de Confisco de 1984.[73] O propósito desta lei era refinar as provisões atinentes ao confisco a fim de permitir o uso deste instituto como um mecanismo efetivo de controle da criminalidade, possibilitando (i) a expedição de um mandado de confisco previamente ao indiciamento, (ii) a invalidação de transferências de bens impróprias previamente à condenação e (iii) a possibilidade de confisco de bens substitutos quando os bens originalmente sujeitos ao confisco estiverem indisponíveis.[74] Além disto, criou-se um fundo especial em que os proveitos do confisco deverão ser depositados a fim de custear as despesas incorridas no curso das investigações e processos.[75]

3.2 O estado atual da legislação referente ao confisco

De acordo com estas emendas, os estatutos RICO e CCE possibilitam o confisco penal como punição, em conjunto com penas de reclusão e multa, àqueles que conduzirem, adquirirem ou controlarem empresas por meio de um "padrão de atividade extorsionária"[76] ou operarem grupos envolvidos em "padrões de graves delitos de

68. Idem ("by removing, transferring, or concealing their assets prior to conviction"). Tradução livre do autor.

69. Idem.

70. Idem.

71. Idem.

72. Idem. Para uma explicação detalhada do processo penal Americano, *vide* RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

73. *Comprehensive Forefeiture Act* (doravante denominada "CFA") – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963 (1984); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853 (1984).

74. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Senate Reports*, n. 98-225 (1984).

75. Idem, ibidem.

76. "*Pattern of racketeering activity*". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(a) (1984).

drogas".[77] Quando da condenação, caso a acusação pleiteie o confisco,[78] o acusado terá os proveitos da atividade delituosa, qualquer propriedade utilizada para cometer ou facilitar o cometimento do delito, qualquer interesse na empresa criminosa e qualquer propriedade ou direito que proporcione o controle ou influência sobre esta empresa.

Excepcionalmente, quando puder ser demonstrado haver uma grande probabilidade de sucesso no pedido de confisco em caso de condenação e perigo de destruição, remoção da jurisdição da corte ou qualquer outra indisponibilidade do bem confiscável e a necessidade de preservação do bem superar a dificuldade, financeira ou de qualquer outra natureza, imposta ao detentor do bem, a União pode buscar uma ordem cautelar anteriormente ao julgamento a fim de garantir a disponibilidade do bem após a condenação. A medida pode ser buscada após o indiciamento, caso se demonstre que o bem seria confiscável na hipótese de condenação. Em qualquer dos casos, no entanto, o confisco apenas se opera em definitivo com a condenação, portanto o acusado ou o terceiro detentor permanece sendo o legítimo proprietário do bem.

De acordo com os estatutos RICO e CCE, apesar de o confisco apenas operar com a condenação, existe uma previsão legal segundo a qual o governo dos Estados Unidos é investido no título da propriedade do bem com o cometimento do ato que dá origem ao confisco, isto é, a ação criminosa denunciada.[79] Desta forma, com a condenação, opera uma ficção jurídica, fazendo com que o bem tivesse sempre pertencido ao Estado.[80] Tal dispositivo, denominado "*relation back*",[81] constitui uma ferramenta poderosa para a persecução penal.[82] Por meio desta ficção legal, o confisco pode atingir qualquer interesse sobre o bem sujeito ao confisco. Também

77. "*Serious drug offenses*". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(a) (1984).

78. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(f) (1984); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(g) (1984).

79. SCHEIER, Michael L. The Bill of Rights becomes the latest casualty in the war on drugs and organized crime – surprisingly, forfeiture of attorney fess is consistent with the Fifth and Sixth Amendments to the United States Constitution. *University of Cincinnati Law Review*, 59/909 (1991), citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *United States v. Stowell. United States Reports*, 133/19 (1890).

80. WILLIAMS JR., B. Frederic; WHITNEY, Frank. D. *Federal Money Laundering*: Crimes and Forfeitures. Dayton: LEXIS, 1999. p. 615; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. *United States v. DeOrtiz. Federal Reporter 2d*, 910/379-380; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Southern District of New York. *Payden v. United States. Federal Supplement*, 605/849 (1985).

81. Relação anterior, em tradução livre.

82. FOSSUM, D.J. Criminal forfeiture and the attorney-client relationship, cit., p. 58. REED, Terry. Criminal forfeiture under the Comprehensive Forfeiture Act of 1984: Raising the Stakes. *American Criminal Law Review*, 22/757 (1985).

serve como autoridade capaz de invalidar qualquer transferência a terceiros,[83] pois se entende que o bem nunca pertenceu ao acusado.[84]

Existem exceções para a invalidação de transferências a terceiros.[85] Os estatutos preveem que se um terceiro adquire o bem em boa fé – e não tinha nenhum motivo razoável para acreditar que o bem estivesse sujeito ao confisco[86] – ou que o direito, título ou interesse no bem sujeito a confisco estivesse ou investido em um terceiro ao invés do acusado[87] ou fosse superior a qualquer direito, interesse ou título do acusado no momento do cometimento da ação supostamente delituosa que dou origem à confiscabilidade,[88] então a ordem de confisco deve ser emendada de acordo para prevenir o confisco.[89]

É evidente que o propósito da ficção "*relation back*" é prevenir transações claramente projetadas para esconder bens confiscáveis,[90] bem como impedir o reinvestimento dos recursos contaminados em outras atividades criminosas.[91] Esta intenção legislativa se depreende das isenções acima descritas, que indicam que o Estado está preocupado apena com transações *fraudulentas*. Mesmo que o bem seja entendido com sendo propriedade do Estado, por ter sido adquirido em boa fé, o título sobre o bem é renunciado.

3.3 Aplicação aos honorários advocatícios

Anteriormente à promulgação da CFA, devido ao fato do confisco *in personam* não poder atingir bens além da esfera de posse do acusado, não havia nenhuma preocupa-

83. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963 (1984);ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853 (1984).

84. BARNET, Todd; FOX, Ivan. Trampling on the Sixth Amendment: The continued threat of fee forfeiture. *Ohio Northern University Law Review*, 22/13 (1995).

85. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(c) (1984); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(c) (1984).

86. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(l)(6)(B) (1984). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(n)(6)(B) (1984).

87. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(l)(6)(A) (1984). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(n)(6)(A) (1984).

88. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(l)(6)(A) (1984). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(n)(6)(A) (1984).

89. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(l)(6) (1984); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(n)(6) (1984). *Vide* também GOLDSMITH, Michael; LINDERMAN, Mark Jay. Asset forfeiture and third party rights: The need for further law reform. *Duke Law Journal*, 1989/1254 (1989).

90. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Western District of Pennsylvania. *United States v. Figueroa. Federal Supplement*, 645/456 (1986).

91. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale, Chartered v. United States. United States Reports*, 491/641 (1989).

ção real com o confisco de honorários. Como os acusados estavam livres para transferir sua propriedade antes da condenação, os advogados não eram tratados diferentemente de qualquer outro terceiro, de boa fé ou não. Contudo, após 1984, com a introdução da ficção "*relation back*" no confisco penal, a Procuradoria-Geral dos Estados Unidos[92] passou a pleitear o confisco independentemente de serem os bens destinados ao pagamento das despesas legais do acusado[93] quando do oferecimento de denúncias relacionadas ao "padrão de atividade extorsionária" ou ao tráfico de drogas, o que causou um tumulto na profissão.[94] Consequentemente, a resposta dos Tribunais Federais de primeiro e segundo grau foi isentar os honorários advocatícios do confisco.[95]

Os primeiros destes casos a chegar à Suprema Corte dos Estados Unidos foram *United States v. Monsanto*[96] e *Caplin & Drysdale, Chartered v. United States*.[97] Nestas

92. *United States Attorney's Office*.

93. HALL JR., John Wesley. *Professional responsibility of the criminal lawyer*. Indianapolis: LEXIS, 1987. p. 173.

94. CLOUD, Morgan. Forfeiting defense attorney's fees: Applying an institutional role to define individual constitutional rights. *Wisconsin Law Review*, 1987/1 (1987); BRICKEY, Kathleen F. Forfeiture of attorneys' fees: The impact of RICO and CCE forfeitures on the right to counsel. *Virginia Law Review*, 72/43 (1986); FOSSUM, D.J. Criminal forfeiture and the attorney-client relationship, CIT., p. 58; MCCAY, Frank. Forfeiture of attorneys' fees under RICO and CCE. *Fordham Law Review*, 54/1171 (1986); RAIES, Elizabeth A. Forfeiture of attorneys' fees: A trap for the unwary. *West Virginia Law Review*, 88/825 (1986); REED, T. Criminal forfeiture under the Comprehensive Forfeiture Act of 1984, cit., p. 757; MORGAN, Thomas D. An introduction to the debate over fee forfeitures. *Emory Law Journal*, 36/755 (1987); BRICKEY, K.F. Attorney's fee forfeiture : On defining what and when and distinguishing ought from is. *Emory Law Journal*, 36/755 (1987); BLAKEY, G. Robert. Forfeiture of legal fees: Who stands to lose. *Emory Law Journal*, 36/781 (1987); CLOUD, M. Government intrusions into the attorney-client relationship: The impact of fee forfeitures on the balance of power in the adversary system of criminal justice, *Emory Law Journal*, 36/817 (1987); GENEGO, William J. The legal and practical implications of fee forfeiture of attorney's fees. *Emory Law Journal*, 36/837 (1987).

95. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Second Circuit. *United States v. Monsanto. Federal Reporter 2d*, 852/1400 (1988); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Eastern District of Wisconsin. *United States v. Estevez. Federal Supplement*, 645/869 (1986); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Figueroa*, cit., p. 453; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Southern District of New York. *United States v. Ianiello. Federal Supplement*, 644/452 (1986); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the District of Maryland. *United States v. Basset. Federal Supplement*, 632/1308 (1986); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Eastern District of Virginia. *United States v. Reckemeyer. Federal Supplement*, 631/1191 (1986); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Southern District of New York. *United States v. Badalamenti. Federal Supplement*, 614/194 (1985); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the District of Colorado. *United States v. Rogers. Federal Supplement*, 602/1332 (1985).

96. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 600.

97. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 617.

decisões, a Corte decidiu por cinco votas a quatro que a CFA não isentava somas destinadas ao pagamento de honorários advocatícios do confisco penal, e que a ausência de tal isenção não viola a Constituição americana. Estes julgamentos são um marco histórico nos casos envolvendo confisco penal, após os quais as cortes federais inferiores passam a entender que honorários advocatícios, mesmo pagos em boa fé, estão sujeitos a confisco.[98]

4. ANÁLISE DO DEBATE JUDICIAL ENVOLVENDO O CONFISCO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A estrutura jurídica atual atinente ao confisco penal e os honorários advocatícios é insatisfatória. Ao se permitir o confisco de honorários, a Suprema Corte, nos casos *Monsanto* e *Caplin & Drysdale, Chartered* criou um sistema em que a representação adequada, sob os preceitos éticos e constitucionais é utópica. Ao longo das duas décadas seguintes às decisões paradigma, poucas foram as tentativas de regulamentar a prática de confisco de honorários – a mais notável das quais são as disposições do Manual dos Procuradores dos Estados Unidos[99] –, embora a realidade prática permaneça nebulosa.

Os subtópicos a seguir agrupam e organizam os principais argumentos favoráveis e contrários ao confisco de honorários, ao passo em que se apresentam também conclusões pessoais dos autos. Contata-se que, na prática, os advogados criminalistas americanos não possuem nenhum curso seguro de conduta disponível.

O propósito do presente capítulo é revelar os perigos e armadilhas da legislação estadunidense atual referente ao confisco penal e sua relação com o exercício da advocacia e o direito constitucional à defesa. Como será demonstrado, o confisco de honorários não apresenta qualquer benefício social demonstrável que justifique seu impacto no sistema de justiça criminal americano. A fim de que se reestabeleçam o direitos constitucionais dos acusados, a situação atual referente ao confisco de honorários advocatícios deverá ser resolvida.

98. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Second Circuit. *United States v. Kelley. Federal Appendix*, 305/705 (2009); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Tenth Circuit. *United States v. Pena. Federal Appendix*, 279/702 (2008); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Unimex. Federal Reporter 2d*, 991/546 (1993); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Eastern District of Louisianna. *United States v. Jefferson. Federal Supplement 2d*, 632/608 (2009); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the District of Maine. *United States v. Thomas. Federal Supplement 2d*, 577/469 (2008); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Court of the Eastern District of Virginia. *United States v. Swank Corp. Federal Supplement*, 797/497 (1992).

99. *United States Attorney's Manual* (doravante denominado "USAM"), disponível em: [http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/index.html].

4.1 Hermenêutica e linguagem da norma

O principal fundamento lógico por trás da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Monsanto*[100] foi que a linguagem utilizada no estatuto CCE para a definição do confisco penal[101] é clara e inequívoca.[102] De acordo com a maioria da corte, o dispositivo especifica que "qualquer bem" descrito no § 853(a) será confiscado em favor do Governo federal americano, o que atingiria, portanto, todos os bens do acusado, inclusive aqueles destinados ao custeio de despesas com representação judicial.[103] O Tribunal também entendeu que lei contém um requisito claramente delineado que determina que, quando do deferimento da ordem, todos os bens descritos no requerimento de confisco devem ser confiscados.[104] De acordo com a decisão *Monsanto*, a linguagem claramente demonstra que o Congresso tinha a intenção de tornar o confisco obrigatório sempre que a lei se aplique.[105] A escolha por termos abrangentes demonstraria a intenção de estender a aplicabilidade do confisco, sem eximir os honorários profissionais.[106]

O estatuto também deixa de especificamente excluir do confisco bens que seriam utilizados para o pagamento de honorários advocatícios.[107] A falta de uma isenção explícita seria um forte indicativo de que os honorários advocatícios estariam incluídos na definição legal de bens.[108] O fato de não se referir a lei aos honorários profissionais não significaria que o legislador deixou de considerar a possibilidade de que o confisco atingiria bens destinados ao pagamento de honorários advocatícios.[109] Silêncio, neste caso, não demonstraria ambiguidade, e sim abrangência.[110]

---

100. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 600.

101. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(a) (1984). O mesmo argumento se aplica analogamente aos dispositivos do estatuto RICO (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(a) (1984)).

102. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 606.

103. Idem, ibidem.

104. Idem.

105. Idem.

106. Idem.

107. Idem, ibidem.

108. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Tenth Circuit. *United States v. Nichols. Federal Reporter 2d*, 841/1492-1493 (1988) ("That attorneys' fees are not mentioned in the statute does not mean that the language is ambiguous; rather, it suggests that attorneys' fees were not meant to be treated differently than any other assets.").

109. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 608-609.

110. *Idem*, p. 609, citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Sedima S.P.R.L. v. Imrex Co. United States Reports*, 473/499 (1985).

Na decisão, a Corte fez menção a uma nota de rodapé constante dos debates na Câmara dos Deputados[111] acerca da CFA, segundo a qual o Congresso não tinha qualquer intenção em interferir com o direito à defesa dos acusado por meio da lei promulgada.[112] Este trecho ambíguo, de acordo com a Corte, não deve ser entendido como uma isenção,[113] mas sim como um reforço da importância do assunto, devendo servir como uma recomendação aos tribunais para que "pisem com cuidado nesta área delicada."[114]

Embora a Suprema Corte já tenha decidido que a legislação infraconstitucional americana deve se preferencialmente interpretada para evitar questionamentos acerca de sua constitucionalidade,[115] isto não significa que a lei possa ser reescrita livremente pelo judiciário.[116] Por entender ser a lei clara e inequívoca, não haveria necessidade de ser recorrer ao papel legislativo dos tribunais.[117]

Por outro lado, há o entendimento de que a lei referente ao confisco apenas é clara e inequívoca no que se refere às pessoas condenadas pelos crimes que acarretam o confisco.[118] Advogados, por outro lado, seriam considerados terceiros, portanto os bens em sua posse seriam regidos pelos dispositivos referentes às transferências a terceiros,[119] que determinam que qualquer bem confiscável transferido a um terceiro *poderá* ser objeto de confisco caso não sejam cumpridos os requisitos para a isenção.[120] A norma deixaria o confisco de bens sob a guarda de terceiros à discricionariedade dos tribunais.[121] Poder-se-ia di-

111. *United States House of Representatives.*

112. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *House of Representatives Reports*, n. 98-845 (1984) ("Nothing in this section is intended to interfere with a person's Sixth Amendment right to counsel. The Committee, therefore, does not resolve the conflict in District Court opinions in the use of restraining orders that impinge on a person's right to retain counsel in a criminal case.").

113. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 609.

114. Ibidem.

115. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Edward J. DeBartolo Corp. v. Fla. Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council. United States Reports*, 485/575 (1988); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Nat'l Labor Relations Bd. v. Catholic Bishop of Chicago. United States Reports*, 440/500 (1979).

116. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *United States v. Albertini. United States Reports*, 472/680 (1985); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Scales v. United States. United States Reports*, 367/211 (1961).

117. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 611.

118. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Caplin & Drysdale, Chartered v. United States*, Blackmun, J., em voto divergente. *United States Reports*, 491/637 (1989).

119. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(c) (1984); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(c) (1984).

120. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 638.

121. Idem, ibidem.

zer que o interesse do Estado é reduzido quando terceiros são atingidos pelo confisco.[122]

No histórico legislativo, o Congresso americano se manifestou no sentido de que os tribunais deveriam manter em mente a razoabilidade ao apreciar ordens de confisco,[123] e poderiam até modificar os mandados caso estes sejam posteriormente julgados irrazoáveis.[124] É possível concluir, assim, que Congresso americano claramente pretendeu garantir discricionariedade aos tribunais na análise do confisco de bens sob a posse de terceiros, portanto permitir a isenção de honorários advocatícios não seria contrário aos propósitos da CFA.[125]

Seria bastante possível, portanto, interpretar a lei de modo a evitar uma questão constitucional.[126]Embora a CFA não conceda expressamente isenção expressa aos honorários advocatícios, tal norma não veda a cobrança e recebimento de honorários por advogados pela defesa de clientes acusados pelo cometimento de delitos tipificados pelos estatutos RICO e CCE. Há duas razões para isto. Primeiramente, a linguagem da lei é abrangente e suficientemente não obrigatória, o que permite a interpretação judicial evitando a questão constitucional. Em segundo lugar, os advogados geralmente constituem terceiros de boa-fé, de acordo com as isenções previstas na CFA.

Quanto à linguagem da lei, os honorários profissionais – na medida em que são uma transferência de um cliente (acusado de delitos previstos nos estatutos RICO ou CCE) para seu advogado (um terceiro) – são regidos pelos dispositivos atinentes à isenção a terceiros da CFA. O argumento utilizado pela Suprema Corte no caso *Monsanto* referente à clareza e natureza inequívoca dos dispositivos legais é irrelevante. De acordo com as normas de isenção, o Estado não está obrigado a buscar o confisco de bens em posse de terceiros. Desta forma, o interesse do Estado em bens sob o poder[127] de terceiros é secundário, o que significa que o principal propósito da norma não era atingir bens sob o domínio de terceiros.

A ausência de uma isenção específica referente aos honorários advocatícios, assim como a inclusão de honorários no conceito de bens, não importam na obrigatoriedade do confisco destes bens. Tais circunstâncias apenas indicam que o Congres-

---

122. Idem.

123. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Senate Reports*, n. 98-225 (1984). p. 202.

124. *Idem*, p. 203.

125. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 639.

126. Idem, p. 643, citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Crowell v. Benson. United States Reports*, 285/62 (1932).

127. Não é possível se falar em propriedade devido à ficção jurídica "*relation back*", anteriormente descrita.

so americano preferiu não se decidir em definitivo acerca destas questões, deixando a decisão final aos tribunais em uma análise caso a caso.

Quanto ao fato de serem os advogados terceiros de boa-fé,[128] mesmo que a acusação decida perseguir o confisco, o defensor poderá assim mesmo receber seus honorários caso demonstre que "no tempo da aquisição ele não tinha motivo razoável para acreditar que os bens estavam sujeitos a confisco."[129]

Embora a Suprema Corte no caso *Caplin & Drysdale*[130] tenha decidido que advogados geralmente não constituem terceiros de boa-fé, nos termos da lei, pois sempre têm ciência da situação processual de seu cliente ao ingressar na causa,[131] tal conhecimento nem sempre é anterior ao início da representação.[132] Isto porque a representação pode ter se iniciado ainda na fase de inquérito, ou até mesmo antes das investigações, pois é comum que clientes contratem advogados da mesma banca que seus advogados cíveis ou tributários, por exemplo.[133] Desta forma, o conhecimento posterior do defensor não pode ser presumido. Portanto, podem os advogados ser considerados terceiros de boa-fé na aquisição dos bens (dinheiro) de seus clientes, não sendo necessário depender de discricionariedade por parte da acusação ou dos tribunais.

4.2 Propósito da lei

Pode-se inferir do histórico legislativo que a CFA foi promulgada com o fim de prevenir que acusados utilizassem seus bens obtidos por meios ilícitos em seu benefício.[134] A política subjacente aos dispositivos de confisco é que "o crime não

128. Boa-fé, no presente trabalho, se referência à ausência de intenção fraudulenta na aquisição de bens sujeitos ao confisco.

129. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(c) (1984); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(c) (1984). ("at the time of purchase he was reasonably without cause to believe that the property was subject to forfeiture.") Tradução livre do autor.

130. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit,. p. 617.

131. Idem, p. 632.

132. TARLOW, Barry. Is there life after Caplin & Drysdale? *The Champion*, 13/10 (1989).

133. Ibidem.

134. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 609, citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *House of Representatives Reports*, n. 98-845 (1984) ("One highly publicized case is illustrative of the problem. That case was *United States v. Meinster*. In this prosecution a Florida based criminal organization had grossed about $ 300 million over a 16-month period. The Federal Government completed a successful prosecution in which the three primary defendants were convicted and this major drug operation was aborted. However, forfeiture was attempted on only two residences worth $ 750,000. Of the $ 750,000 for the residences, $ 175,000 was returned to the wife of one of the defendants, *and $ 559,000 was used to*

compensa".[135] Além disso, há também outros interesses estatais atingidos pelo confisco que não se limitam à separação do acusado de seus bens ilicitamente adquiridos.[136]

No caso *Caplin & Drysdale,* a Suprema Corte dá três motivos pelos quais o Estado tem interesse na recuperação dos bens. Primeiramente, porque os bens confiscados são depositados em um fundo destinado ao custeio das investigações,[137] a Corte diz que há interesse na recuperação de todos os bens sujeitos ao confisco.[138] Em segundo lugar, porque os bens não são propriedade legítima dos acusados,[139] sendo comparável ao caso de assaltantes de bancos querem usar os bens obtidos no assalto para o custeio de honorários profissionais de seus defensores.[140] Desta forma, pelo confisco poderia o Estado proceder à devolução dos bens aos seus legítimos proprietários.[141] Em terceiro lugar, o foco principal da legislação é "reduzir o poder econômico do crime organizado e empresas traficantes de drogas",[142] o que inclui o poder econômico de contratar um advogado particular de defesa.[143] Não há dúvida de que acusados mais abastados têm a possibilidade de contratar defensores mais talentosos.[144] Embora reconheça ser "um tanto inquietante"[145] o poder do Estado de privar acusados de seu poder econômico para contratar advogados de sua escolha, a Suprema Corte pressupôs que foi esta a intenção do Congresso ao promulgar a CFA.[146] Permitir a isenção de honorários advocatícios seria derrotar o propósito da lei.

---

pay the defendant's attorneys. The Government wound up with $ 16,000. It is against this background that present Federal forfeiture procedures are tested and found wanting.").

135. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 614.

136. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 629.

137. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 28, § 524(c) (2003).

138. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 629.

139. Idem, ibidem.

140. Idem, p. 629-630.

141. Idem, p. 629.

142. Idem, p. 630 ("to lessen the economic power of organized crime and drug enterprises") Tradução livre do autor. *Vide* também ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Russello v. United States. United States Reports*, 464/27-28.

143. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 649 ("Congress has already underscored the compelling public interest in stripping criminals (...) of their undeserved economic power, and part of that undeserved power may be the ability to command high-priced legal talent").

144. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Morris v. Slappy. United States Reports*, 461/23 (1983).

145. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 630.

146. Idem, p. 649; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 614.

O interesse do Estado na recuperação, conforme descrito, é tão convincente que se entende prevalecer sobre a reivindicação do acusado, com base na Sexta Emenda, para utilizar bens sujeitos ao confisco para o pagamento de honorários advocatícios.[147] Isto é reforçado pelo fato de que há muitos outros gravames colocados sobre os bens que também dificultariam a contratação de advogados, mas que não são consideradas inconstitucionais.[148] Se assim fosse, argumentar-se-ia que os acusados estariam isentos do pagamento de impostos, pois poderia se defender que estes tributos limitariam a possibilidade do gasto destes recursos na constituição de um advogado.[149]

Por outro lado, há a opinião de que a CFA não tinha a intenção de majorar a receita do Estado,[150] mas sim prevenir que bens de origem ilícita não fossem reinvestidos em atividade criminosa.[151] Tal finalidade se atinge com a ficção "*relation-back*" e por medidas cautelares que previnem transferências fraudulentas.[152] Outra finalidade legítima do confisco seria remover bens ilícitos dos autores de delitos a fim de que não possam ser desfrutados após a condenação. Tal finalidade seria atingida mesmo que os bens destinados ao custeio de honorários profissionais fossem isentos do confisco, pois os bens não estariam mais à disposição dos acusados, passando a pertencer aos seus advogados.[153] O restante de seus bens continuaria sujeito ao confisco. Caso se verifique que os honorários advocatícios constituam, de fato, tentativa de fraude ao confisco, poder-se-ia facilmente reverter a situação aplicando-se a teoria "*relation-back*".

Sob esta ótica, os propósitos da CFA seriam cumpridos mesmo que os honorários fossem isentos de confisco. Por outro lado, pouco se atingiria pelo confisco de bens pagos a titulo de honorários após a condenação, ou por meio de medidas cautelares que impedissem que tais bens fossem utilizados para o pagamento,[154] exceto antecipar a punição do acusado, o que não constitui de forma alguma um interesse governamental legítimo.[155]

Não há como se defender a posição de que o poder econômico de se constituir advogados em tese mais competentes deve ser limitado no caso de suspeita de ori-

147. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 631.

148. Idem, ibidem.

149. Idem.

150. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 639-640.

151. Idem, p. 640.

152. Idem, ibidem.

153. Idem, p. 641-642.

154. Idem, p. 642.

155. Idem, ibidem.

gem ilícita dos bens. Tal entendimento viola diametralmente o espírito da Constituição, revelando uma visão autoritária do processo. Ademais, tal posicionamento não condiz com a realidade, pois é bastante improvável que alguém que cometa um delito o faria já antevendo sua prisão e julgamento, planejando o pagamento de um defensor de alto custo. Desta forma, caso os honorários sejam pagos em boa-fé, o propósito da lei restaria mantido. O interesse governamental em receita jamais pode prevalecer em relação às garantias processuais do acusado.

4.3 Direito à escolha de defensor

É a posição majoritária na Suprema Corte que embora a Sexta Emenda à Constituição estadunidense garanta aos acusados o direito a escolher o advogado de sua preferência,[156] tal garantia não dá ao acusado o direito de constituir defensor além de seus meios financeiros.[157] Por aplicação da teoria "*relation back*", os recursos ilegalmente obtidos jamais foram propriedade legítima do acusado, desta forma, seria inválido o argumento de que não fosse a aplicação do confisco, o acusado teria meios para pagar sua defesa.[158] Seria um acusado dos delitos previstos nos estatutos RICO ou CCE comparável ao autor de roubos, cujos proveitos forem apreendidos, não podendo ser utilizado para o pagamento de seu advogado.[159] Aliás, o recebimento destes valores constituiria infração às normas disciplinares da advocacia estadunidense.[160]

Mesmo que a legislação referente ao confisco imponha gravames aos acusados, ela não impede que estes contratem os advogados de sua preferência,[161] pois seria possível que estes aceitassem representá-los na esperança de que, uma vez absolvidos, seus bens fossem liberados ou, então, que obtivessem outro meio de pagamento da sua dívida.[162]

Por outro lado, entende-se que o direito à defesa de escolha do acusado há muito é reconhecido pela Suprema Corte, visto que "a constituição de uma defesa eficaz desempenha um papel crucial na garantia da justiça de julgamentos criminais".[163]

---

156. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Powell*, cit., p. 53.

157. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 624; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Wheat*, cit., p. 159.

158. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 626.

159. Idem, ibidem.

160. Idem, citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Tenth Circuit. *Laska v. United States. Federal Reporter 2d*, 82/677 (1936).

161. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 625.

162. Idem, ibidem.

163. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 645 ("appointment of effective counsel plays a crucial role in safeguarding the fairness of criminal trials"). Tradução livre do autor.

O relacionamento entre o acusado e seu defensor é bastante íntimo, dado o nível de confiança envolvido.[164] A intimidade é tanta que deve se entender que "o direito a ser representado por advogado particular é o componente básico e principal do direito à defesa."[165] Um tribunal não pode impor ao acusado um defensor, mesmo que seja indigente, pois este pode não querer ser assistido pelo defensor nomeado pelo juiz, ou poderá não querer nenhum advogado, preferindo a autorrepresentação.[166]

Além disso, não se pode defender que o direito à escolha de defensor desaparece simplesmente porque o Estado teria um interesse em tese maior sobre os bens do acusado.[167] Não é possível se justificar um interesse governamental que vise impedir que um acusado possa contratar o melhor defensor em seu alcance econômico.[168]

A ausência de uma isenção – seja ela legal ou judicial – aos honorários advocatícios resulta na violação do direito à escolha de defensor. Mesmo que a acusação deixe de pleitear o confisco cautelar, ainda em fase de investigação, um advogado bem instruído consegue detectar quando um caso pode resultar em confisco e poderá não querer arriscar não receber um centavo sequer caso o Estado prevaleça no julgamento final.[169] A mera possibilidade de confisco, em si, desestimula os advogados a aceitarem o mandato.[170]

Ademais, é por meio do requerimento cautelar de confisco que se causa o maior estrago ao direito de defesa do acusado, pois, surpreendentemente, há apenas um requisito para a concessão da medida.[171] Tudo que a acusação necessita demonstrar é que há probabilidade que os fatos imputados na denúncia foram cometidos, isto é, que os bens em questão têm possível origem criminosa.[172] Embora a opinião majoritária da Suprema Corte busque justificar esta situação traçando um paralelo com a prisão cautelar,[173] as circunstâncias não são as mesmas, pois na prisão é preciso demonstrar que nenhuma outra medida seria eficaz para garantir a presença do acusado no julgamento ou a segurança da comunidade ou de testemunhas.[174]

164. Idem, ibidem.

165. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Harvey. Federal Reporter 2d*, 814/923 (1987).

166. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Faretta v. California. United States Reports*, 422/834 (1975).

167. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 651-652.

168. Idem, ibidem.

169. Idem, p. 649.

170. Idem, p. 648-649.

171. Idem, p. 654.

172. Idem, ibidem.

173. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Monsanto*, cit., p. 615-616.

174. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 314(c)(1) (2009).

Ao se ordenar o confisco de bens, não é necessário demonstrar a probabilidade de dissipação dos bens ou transações fraudulentas.[175] Nestes casos o advogado não poderá receber nenhum tipo de honorários adiantados, pois o cliente não possui bens disponíveis. Desta forma, o acusado sofrerá os impactos do confisco antes mesmo do recebimento formal da acusação.[176]

Pode-se concluir, portanto, que o Estado tem o poder de transformar um acusado abastado em um praticamente indigente com facilidade, pois o critério para concessão da ordem cautelar de confisco é bastante baixo.[177]

O exemplo utilizado pelo voto majoritário no caso *Caplin & Drysdale* de que o acusado destes delitos seria comparável a um assaltante de bancos é impertinente, pois as duas situações são distintas. Enquanto o autor de um roubo tem a mera posse ou detenção do bem roubado, o acusado que enfrenta o confisco é o legítimo proprietário dos bens até sua condenação, constitutiva da operação "*relation-back*". Caso não haja requerimento de confisco,[178] o acusado permanece sendo o proprietário dos bens, não se aplicando a ficção "*relation-back*".

Desta forma, a decisão da Suprema corte de que um acusado cujos bens forem objeto de confisco não tem recursos disponíveis para contratar o advogado de sua escolha é equivocada. No momento em que busca representação, o acusado não pode ser considerado indigente. Tal situação, em realidade, é imposta pelo Estado, impactando negativamente na sua habilidade de constituir defensor. São raros os casos em que será possível contratar um advogado particular com a ameaça de confisco pairando sobre o acusado.

Por tais motivos, entende-se que a ausência de uma isenção expressa aos honorários profissionais viola o seu direito à livre constituição de um advogado de sua escolha.

4.4 Direito à assistência efetiva de defensor

A despeito de algumas dificuldades impostas à defesa, entendeu a Suprema Corte que a regra permitindo o confisco, por si, não importa na ineficácia da assistência do defensor do acusado.[179] É o entendimento daquela corte que, para que a assis-

175. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 654.

176. Idem, ibidem.

177. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 644.

178. A Promotoria tem plena discricionariedade nos Estados Unidos por força do princípio da disponibilidade da ação penal.

179. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 630.

tência seja considerada ineficaz, é preciso que os requisitos determinados no caso *Strickland v. Washington*[180] sejam observados.[181]

Primeiramente, entendeu a Corte que o fato de defensores públicos ou advogados dativos não possuírem os mesmos recursos que advogados particulares não significa que acusados representados por aqueles causídicos receberão assistência menos efetiva em casos complicados, como aqueles envolvendo extorsão em larga escala ou tráfico de drogas.[182] Se isto fosse verdade, então todos os acusados indigentes poderiam alegar que a sua defesa foi ineficaz.[183]

Em segundo lugar, rejeita-se o argumento de que advogados – que não podem ser considerados terceiros de boa-fé, conforme disposto na CFA, devido ao seu conhecimento da possibilidade de confisco dos bens de seus clientes obtidos no curso de representação legal[184] – pudessem ter um incentivo em não investigar a fundo o caso de seus clientes, a fim de permanecer "sem motivo razoável para acreditar que os bens eram sujeitos ao confisco".[185] Isso porque, para que se verifique a possibilidade de confisco, bastaria a leitura do ato formal de acusação.[186]

Em terceiro lugar, devido à possibilidade de alguns advogados aceitarem o caso esperando ser pagos ao final, com a absolvição, estes advogados passariam a ter um interesse pessoal no julgamento devido ao risco. Mas mesmo que alguns defensores estivessem tentados a sugerir aos seus clientes acordos que não em seu melhor interesse[187] ou forçar um julgamento quando um acordo seria de maior benefício ao acusado, a opinião da Corte é que a possibilidade um advogado estar disposto a trabalhar contra o seu cliente não seria, por si só, suficiente para invalidar a lei de confisco.[188]

Em todos estes casos, existe a possibilidade de ineficácia da defesa, porém determinou a Suprema Corte que tais situações devem ser enfrentadas caso a caso aplicando-se o precedente em *Strickland*.[189]

---

180. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Strickland*, cit., p. 668.
181. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 630.
182. Idem, ibidem.
183. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 630.
184. Idem, p. 632.
185. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(l)(6)(B). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(n)(6)(B) ("reasonably without cause to believe that the property was subject to forfeiture") Tradução livre do autor.
186. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 632.
187. Idem, ibidem.
188. Idem.
189. Idem, cit., p. 630.

Em argumentação contrária, entendeu o Ministro Harold Blackmun,[190] autor do voto divergente, que a decisão majoritária colocou em perigo a efetiva assistência de defensor nos casos de confisco devido a três consequências: a deficiência de recursos dos defensores nomeados, o incentivo para advogados evitarem saber de todas as circunstâncias dos casos de seus clientes e o conflito de interesses potencial entre os advogados e seus clientes.

Nos casos em que um acusado abastado seja tratado como indigente, seja pelo confisco cautelar de seus bens, a impossibilidade de constituir defensor particular pela ameaça de confisco, a Suprema Corte determinou que tal acusado deverá ser representado por defensor dativo a fim de cumprir a norma da Sexta Emenda e o precedente estipulado no caso *Gideon v. Wainwright*[191]-.[192] Há, porém, uma grande diferença entre estes casos e os julgamentos de acusados indigentes. Devido à complexidade e natureza destes casos, é comum que o Estado dispenda uma vasta quantidade de recursos na instrução destes casos.[193] Desta forma, a fim de melhor instruir seu caso, é comum que os acusados utilizem todos os seus esforços para contratar a melhor defesa disponível,[194] pois a produção de provas e depoimentos no processo penal americano é complexa, e tende a custar muito caro.[195]

A realidade é outra para os defensores dativos, que não recebem remuneração adequada pelo trabalho realizado, em comparação aos advogados particulares.[196] Em casos complexos, como é o caso dos estatutos RICO e CCE, o processo pode durar mais de um ano,[197] o que pode se tornar complicado para advogados que não estejam preparados financeiramente para suportar estas circunstâncias.[198] Uma consequência é a improbabilidade de que advogados particulares, com experiência, aceitem a nomeação *pro bono* nestes casos.[199] Outra é que a nomeação apenas será aceita por advogados jovens e inexperientes.[200] Neste caso, não apenas a acusação gastaria muito mais no caso que a defesa, como também o defensor dativo não teria

190. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 648.

191. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Gideon*, cit., p. 344.

192. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 646.

193. Idem, p. 630; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Rogers*, cit., p. 1332.

194. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 647.

195. Idem, ibidem.

196. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Argesinger v. Hamlin. United States Reports*, 407/37 (1972).

197. Uma duração longa dentro dos padrões americanos.

198. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Rogers*, cit., p. 1349-1350.

199. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 646, citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Basset*, cit., p. 1316.

200. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Argesinger*, cit., p. 57.

nem recursos nem a experiência para dar conta das questões processuais complexas que invariavelmente se apresentarão ao longo da instrução.[201] Caso o acusado seja representado por defensor público, os já escassos recursos da Defensoria, responsável pela representação da maior parte dos acusados criminais seriam ainda mais limitados,[202] o que, por sua vez, traria impacto para a representação daqueles clientes com maior necessidade que aqueles que, não fosse o requerimento de confisco, teriam recursos para contratar advogados particulares. Em qualquer dos casos, "encarar um julgamento longo contra um adversário melhor armado, haveria grande tentação em recomendar um acordo com a Promotoria."[203]

Outra consequência é a possibilidade de se atingir bens transmitidos a terceiros. De acordo com a legislação, um terceiro só poderá preservar seu interesse em relação a um bem sujeito ao confisco quando puder provar que não possuía, no momento da transação, motivo para acreditar que o bem estava sujeito a confisco.[204] Desta forma, um advogado apenas estaria isento sob o pretexto de ser terceiro de boa-fé se puder comprovar que, no momento de sua contratação, não tinha motivo para acreditar que os bens utilizados para o pagamento de seus honorários não estavam sujeitos ao confisco. Desta forma, "quanto menos um advogado souber, maior a probabilidade de prevalecer sob a alegação de ser um terceiro 'inocente'",[205] o que leva invariavelmente a um conflito de interesses entre o advogado, que deseja ser pago, e seu cliente, que tem o direito a uma defesa competente.[206] A falha em investigar todos os fatos do caso provavelmente resultará numa má-compreensão de todas as suas circunstâncias e nuances, o que aumenta a probabilidade de que o advogado deixe de alegar alguma matéria de defesa no curso do julgamento.[207]

Para além deste conflito, existe também a possibilidade de que um defensor que tema que, com a condenação, seu cliente não tenha recursos para pagá-lo, force um acordo com a acusação, que nem sempre é no melhor interesse do cliente.[208] Isto ocorreria, por exemplo, caso o advogado propusesse um aumento

201. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 649.

202. Ibidem.

203. Ibidem ("facing a lengthy trial against a better armed adversary, the temptation to recommend a guilty plea will be great"). Tradução livre do autor.

204. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 18, § 1963(c) (1988). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*, Título 21, § 853(c) (1994).

205. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 650 ("The less an attorney knows, the greater the likelihood that he can claim to have been an 'innocent' third party") Tradução livre do autor.

206. Idem, ibidem.

207. Idem.

208. Idem; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Badalamenti*, cit., p. 196-197; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Basset*, cit., p. 1316.

de pena em troca do arquivamento do pedido de confisco, como barganha. Tal situação resultaria em um conflito de interesses que prejudicaria o relacionamento entre advogado e cliente.

As consequências intrínsecas ao confisco levariam à ineficácia da defesa, segundo o entendimento minoritário da Suprema Corte americana.[209] Levariam também a outra consequência perturbadora: com a possibilidade de intromissão no relacionamento entre advogado e cliente, com a imposição de limites de quanto e como poderão ser cobrados honorários, a tendência é que cada vez mais advogados talentosos deixem de advogar na área criminal (ou ao menos nestes tipos de casos).[210] Com a expansão do confisco e a consequente redução da remuneração de defensores, a advocacia particular estará disponível apenas aos clientes abastados, acusados de crimes sem ganho patrimonial.[211] Com a redução do número de clientes disponíveis, a advocacia criminal deixará de ser lucrativa e advogados talentosos serão obrigados a exercer sua profissão em outras áreas do Direito.[212]

Todavia, acredita-se que, a fim de se determinar ser a atuação da defesa foi eficaz, seria necessária uma análise individualizada de cada caso, pois não se pode presumir que um advogado estará disposto a trabalhar contra seu cliente. Salvo em caso excepcionais, não se pode estabelecer de antemão a ineficácia da defesa em todos os casos envolvendo confisco de honorários.

De acordo com as diretrizes traçadas pela Suprema Corte nos casos *Strickland*[213] e *Whiteside*,[214] é possível que uma defesa seja julgada ineficaz quando a conduta do defensor for considerada irrazoável no caso concreto. A fim de determinar irrazoabilidade, o tribunal deverá analisar os atos praticados ou omitidos pelo advogado em razão de um suposto equívoco profissional.

Primeiramente, no que diz respeito aos defensores públicos e dativos, a falta de recursos econômicos, alta carga de trabalho, juventude e inexperiência não conduzem, por si só, à ineficácia. Não significam que um advogado nestas condições cometerá erros ou que conduzirá os casos de maneira temerária. No entanto, caso se verifique prejuízo ao acusado, nada impede que o juízo aplique o precedente *Strickland* no caso específico, anulando o julgamento – não é necessário realizar um pré-julgamento em todos os casos envolvendo confisco.

---

209. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 648.

210. Idem, ibidem.

211. Idem, p. 646.

212. Idem, citando WINICK, Bruce J. Forfeiture of attorneys' fees under RICO and CCE and the right to counsel of choice: The constitutional dilemma and how to avoid it. *University of Miami Law Review*, 43/781 (1989).

213. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Strickland*, cit., p. 687.

214. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Nix*, cit., p. 165.

Em seguida, há a hipótese do advogado que, a fim de manter seu status de terceiro de boa-fé, estará tentado a ignorar algumas circunstâncias fáticas do caso de seu cliente. Todavia, nestes casos, o defensor estaria violando o seu dever de competência.[215] Havendo prejuízo, novamente poder-se-ia aplicar o precedente *Strickland* para a invalidação do julgamento.

Por fim, há a hipótese do advogado que ardilosamente convence seu cliente a aceitar um acordo a fim de evitar o confisco ou maiores despesas. Embora a Suprema Corte tenha decidido que não há nenhum dilema ético na situação em que o advogado esteja forçado a escolher entre o ganho de causa de seu cliente e seus honorários na negociação em ações coletivas,[216] esta é uma situação que deve ser evitada,[217] ainda mais em casos criminais, que possuem riscos muito maiores para o cliente-acusado.

Portanto, apesar de não haver violação expressa à Sexta Emenda com base na assistência efetiva de defensor em decorrência direta do confisco, tal prática leva a situações indesejáveis, o que deve ser levado em consideração ao se decidir acerca da concessão de isenção aos advogados de defesa.

4.5 *Equilíbrio de poder entre as partes*

É a posição majoritária da Suprema Corte dos Estados Unidos que o potencial abuso pela Promotoria Federal é insuficiente para a revogação dos dispositivos dos estatutos RICO e CCE que regulam o confisco.[218] Não obstante pudesse ser dito que alguns promotores poderiam utilizar sua discricionariedade de forma seletiva, visando atingir apenas os advogados mais talentosos ou combativos,[219] assim perturbando o "equilíbrio de forças entre o acusado e seu acusador",[220] esta seria uma situação potencial que por si só não resultaria na inconstitucionalidade dos dispositivos legais atinentes ao confisco.[221] Conquanto reconheça ser verdade que

---

215. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Model Rules of Professional Conduct*, Rule 1.1 (2002).

216. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Evans v. Jeff D. United States Reports*, 475/727-728 (1986).

217. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Jeff D. v. Evans. Federal Reporter 2d*, 743/651-652 (1984).

218. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 633.

219. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 650.

220. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 633, citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Wardius*, cit., p. 474 ("balance of forces between the accused and his accuser") Tradução livre do autor.

221. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 633. *Vide* também ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *United States v. Salerno. United States Reports*, 481/745 (1987).

tal abuso constituiria má-conduta pela Procuradoria e daria fundamento para uma defesa do acusado baseada na cláusula do devido processo,[222] decidiu a Corte que a Quinta Emenda não possibilita a invalidação de uma lei baseada tão somente no seu potencial abuso.[223] Na hipótese de surgirem tais situações, estas deverão ser resolvidas caso a caso.[224]

Por outro lado, o entendimento vencido na Suprema Corte é que moldura processual criada pelo confisco coloca os advogados de defesa em uma situação em que se encontram sujeitos a grande influência (indevida) por parte do Estado.[225] As leis acerca do confisco penal concedem ao Estado uma carga considerável de poder e discricionariedade, pois cabe apenas à Procuradoria a autoridade para decidir em que casos pleitear o confisco e para que acusados dispensá-lo.[226] Este poder coloca a acusação em posição de evidente vantagem na negociação com os acusados e seus defensores. Ter-se-ia, desta forma, o poder de dar a última palavra na contratação de um defensor.[227] Um Promotor mal-intencionado poderá buscar impedir que um advogado zeloso ou combativo[228] assuma a defesa em um caso, podendo arbitrariamente pleitear o confisco de modo a induzir que o advogado renuncie o mandato outorgado.[229] O mesmo poderia acontecer em relação ao defensor excepcionalmente talentoso.[230] É o entendimento minoritário da Suprema Corte, portanto, que a possibilidade dessa interferência perturba o equilíbrio de forças exigido pelo sistema acusatório de justiça criminal.[231]

Entende-se que o poder dado à acusação nestes casos permite que se debilite a independência profissional da defesa, desta forma perturbando o equilíbrio de forças entre as partes exigido pelo devido processo. A fim de evitar que eles próprios se tornem alvo de confisco, de modo a garantir o recebimento de honorários,

---

222. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, cit., p. 634.

223. Idem, ibidem.

224. Idem, p. 635.

225. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 650.

226. Idem, ibidem.

227. Idem.

228. Idem, p. 647.

229. Idem, p. 650.

230. Idem, ibidem; CLOUD, M. Government intrusions into the attorney-client relationship, cit, p. 829.

231. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale*, Blackmun, J., em voto divergente, cit., p. 650. *Vide* também ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Rogers*, cit., p. 1350; CLOUD, M. Government intrusions into the attorney-client relationship, cit, p. 829; CLOUD, M. Forfeiting defense attorney's fees, cit, p. 49-50.

a maior parte dos advogados se verá forçada a evitar um estilo de advocacia mais combativo para não se indispor com a acusação.

No processo penal estadunidense, a acusação possui sempre discricionariedade.[232] No entanto, a discricionariedade conferida aos promotores pela CFA é imensa. No ato de indiciamento, permite-se escolher a inclusão ou não de um fato sujeito à pena de confisco. Na fase preliminar, é possível dispensar o confisco, dependendo da "oferta" do acusado na negociação.[233] Mesmo após a condenação, a acusação ainda pode decidir se prosseguirá, ou não, com o confisco. Em todas estas oportunidades, o Estado tem o poder de ser severo ou leniente. Tal decisão depende de vários fatores, sendo o mais relevante os honorários advocatícios.

O Manual dos Procuradores Federais dos Estados Unidos[234] contém diversos dispositivos que limitam a liberdade de buscar livremente o confisco ou a isenção.[235] Ainda que estes dispositivos demonstrem a preocupação do Ministério da Justiça[236] com o livre exercício da profissão advocatícia,[237] não há qualquer norma que restrinja a possibilidade se acrescentar ou remover livremente acusações sujeitas ao confisco do ato formal de indiciamento.

Os Estados Unidos possuem um histórico de violação do direito à defesa por promotores e policiais.[238] No caso *Massiah v. United States*, agentes governamentais, com o auxílio de um coacusado atuando como informante, buscaram deliberadamente extrair declarações incriminatórias de um acusado fora da presença de seu defensor, o que se entendeu violar a Sexta Emenda.[239] Em *United States v. Stein*, durante a negociação de um acordo de suspensão condicional do processo,[240] com o amparo de um memorando oficial do Ministério da Justiça,[241] ora revogado, Procuradores Federais visaram impedir que a pessoa jurídica indiciada custeasse a defesa de seus empréga-

232. DOW, Paul E. *Discretionary Justice*: A critical inquiry. Cambridge: Ballinger, 1981, p. 95.

233. "*Plea bargain*".

234. *Vide* nota 99.

235. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Attorney's Manual*, §§ 9-119.202, 9-113.600, 9-119.203 (1997).

236. *United States Department of Justice*.

237. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Attorney's Manual*, §§ 9-105.600 (1997).

238. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Massiah v. United States*. *United States Reports*, 377/201 (1964). ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Federal Court of the Southern District of New York. *United States v. Stein*. *Federal Supplement 2d*, 435/220 (2006).

239. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Massiah*, cit., p. 202-203.

240. *Deferred Prosecution Agreement*, ou "DPA".

241. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Prosecution of Business Organizations*, disponível em: [http://www.justice.gov/dag/cftf/corporate_guidelines.htm] (vulgo "*Thompson Memorandum*").

dos, também investigados, em troca de leniência.[242] Foi decidido que, não fosse pela pressão do Estado, a pessoa jurídica teria mantido sua política empresarial de pagar as despesas legais de seus empregados.[243] Estes dois casos exemplificam a eventual má vontade de órgãos governamentais perante o direito à defesa.

A fim de manter os advogados de defesa em xeque, promotores poderão utilizar as acusações sujeitas ao confisco para estimular uma "relação simbiótica entre promotores e advogados de defesa".[244] Por meio desta "intimidação sutil e silenciosa",[245] os advogados se encontrarão em uma posição em que estarão forçados a manter um relacionamento próximo com a Procuradoria a fim de garantir a compensação financeira de seu trabalho.[246] Em última análise, isto levará à perda da independência profissional dos advogados, pois se chegará ao ponto em que necessitarão agradar seus oponentes para não perder seus honorários.[247] Nesta hipótese, caso um advogado deseje ser bem sucedido em sua atuação na esfera criminal, deverá ter uma advocacia passiva e não combativa.[248]

Ao contrário do que entende o voto majoritário da Suprema Corte, não basta lidar com estas hipóteses caso a caso. Primeiramente, nem todos os advogados estarão dispostos a denunciar este abuso implícito, pois se curvar ao Estado poderia se demonstrar uma estratégia profissional lucrativa.[249] Ademais, com base nos precedentes analisados, não é certo que, caso uma situação como a hipótese acima fosse trazida ao Judiciário, ela seria visto como má-conduta por parte da acusação. No entanto, acredita-se que se estaria claramente violando o equilíbrio de forças entre as partes exigido pela cláusula do devido processo imposta pela Quinta Emenda. Desta forma, dentro da sistemática apresentada, entende-se não haver como se justificar a manutenção do cenário atual de confisco e sua aplicação aos honorários advocatícios no Direito estadunidense, muito menos seu transporte à realidade jurídica brasileira.

5. CONCLUSÃO

Após cuidadosa análise dos argumentos apresentados pelos julgadores da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, conclui-se que o estado atual do

242. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Stein*, cit., p. 340-344.

243. Idem, p. 367.

244. TARLOW, B. Is there life after Caplin & Drysdale?, cit., p. 13 ("symbiotic relationship between prosecutors and defense attorneys") Tradução livre do autor.

245. Idem, ibidem ("subtle and unspoken intimidation"). Tradução livre do autor.

246. Idem.

247. Idem.

248. Idem, ibidem.

249. Idem, p. 14.

confisco penal no que tange aos honorários advocatícios, conforme julgamento nos casos *Monsanto* e *Caplin & Drysdale, Chartered*, possui graves falhas, até mesmo dentro da sistemática jurídico-constitucional americana, sendo necessária ampla reforma para preservar a inviolabilidade do advogado criminalista no exercício da sua profissão e, consequentemente, os direitos processuais que possuem os acusados criminais.

Do ponto de vista legal, o texto da Lei Compreensiva de Confisco ("CFA") de 1984 não preclui em absoluto o percebimento de honorários advocatícios nos casos em que seus clientes tenham sido acusados pela prática dos delitos previstos nos estatutos RICO ou CCE. Isto porque os advogados poderão ser considerados terceiros de boa-fé na aquisição dos bens de seus clientes sujeitos ao confisco, bem como dá a lei margem ao judiciário para a sua interpretação, o que poderá levar à isenção no caso concreto. É equivocado, portanto, o entendimento de que os advogados nestes casos não podem cobrar honorários devido ao fato dos bens de seus clientes estarem sujeitos ao confisco.

Ademais, conclui-se pela inconstitucionalidade, dentro dos princípios estabelecidos pela Constituição dos Estados Unidos da América, com base tanto na Sexta Emenda quanto na Quinta. Isto se dá porque, primeiramente, ao assistir os seus clientes na negociação com a promotoria, os advogados poderão, via de regra, se encontrar em uma posição em que estarão obrigados a escolher entre o melhor interesse de seus clientes e o recebimento de honorários. Mesmo que, no caso concreto, caso o advogado opte por ceder à tentação e deixar de dar o melhor aconselhamento ao seu cliente, o processo possa ser anulado, entender-se-ia ser esse um conflito que o direito deveria evitar, pois se deve primar sempre para que os interesses de advogados e clientes convirjam, nunca divirjam. Ademais, a situação em tela prejudica a independência profissional dos advogados, pois eles passariam a estar obrigados a manter proximidade com a acusação, ao invés de uma postura tradicional adversarial, a fim de evitar a inclusão de uma acusação no termo de indiciamento que poderia resultar na indisponibilidade de bens para o pagamento de seus honorários. Forçar advogados a tratar seus oponentes como aliados perturba o equilíbrio de forças entre as partes, conforme estabelecido pelo devido processo, e concede à acusação influência indevida sobre a defesa.

Acredita-se que a experiência americana deve informar os estudiosos do Direito Penal brasileiro para as possíveis e prováveis consequências da adoção de um modelo semelhante na nossa legislação pátria. Conforme anunciado ao início do presente trabalho, tem-se notícia de uma tendência legislativa[250] visando o enfraquecimento dos acusados, em especial nos crimes de lavagem de dinheiro, por

250. *Vide* a Lei Federal 12.683/2012, e as recentes discussões acerca da Res. 24 do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e da Proposição 49.0000.2012.010315-1/COP do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

meio de seus defensores.[251] Ao se retirar do acusado a possibilidade de contratação dos grandes e tradicionais escritórios de advocacia especializados na defesa de casos criminais complexos, seja por uma proibição legal, seja pelo lento e paulatino desestímulo – como é o caso americano com o confisco penal –, coloca-se o réu em posição de desamparo, o que inequivocamente viola o espírito democrático da Constituição que rege o ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se, portanto, o presente trabalho como uma alerta à realidade existente em outro sistema jurídico, que cada vez mais serve de inspiração ao legislador penal – não há como se olvidar a inclusão de novos delitos "importados" do Direito Penal estadunidense e a adoção de doutrinas e posicionamentos lá desenvolvidos. É necessário que a comunidade jurídica busque barrar leis como estas, preservando não apenas a inviolabilidade dos advogados, como, principalmente, o direito à defesa garantido a todos os acusados em processos criminais.

REFERÊNCIAS

BARNET, Todd; FOX, Ivan. Trampling on the Sixth Amendment: The continued threat of fee forfeiture. *Ohio Northern University Law Review*, 22/13 (1995).

BLACKSTONE, William, Sir. *Commentaries on the laws of England*. Centennial: Hein, 1992. vol. 2.

BLAKEY, G. Robert. Forfeiture of legal fees: Who stands to lose. *Emory Law Journal*, 36/781 (1987).

BRICKEY, Kathleen F. Attorney's fee forfeiture: On defining what and when and distinguishing ought from is. *Emory Law Journal*, 36/755 (1987).

_____. Forfeiture of attorneys' fees: The impact of RICO and CCE forfeitures on the right to counsel. *Virginia Law Review*, 72/43 (1986).

CLOUD, Morgan. Government intrusions into the attorney-client relationship: The impact of fee forfeitures on the balance of power in the adversary system of criminal justice. *Emory Law Journal*, 36/817 (1987).

_____. Forfeiting defense attorney's fees: Applying an institutional role to define individual constitutional rights. *Wisconsin Law Review*, 1987/1 (1987).

COOK, Joseph G. *Constitutional rights of the accused*. 3. ed. New York: Clark Boardman Callaghan, 1996. vol. 2.

DAMAŠKA, Mirjan R. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, 121/577-588 (1973).

251. *Vide*, por todos, RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010; ESTELITTA, Heloisa. Lavagem de capitais, exercício da advocacia e risco. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco]. Acesso em: 30.09.2012, às 15:32 horas.

_____. *The faces of justice and state authority*: A comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.

DOW, Paul E. *Discretionary Justice: a critical inquiry*. Cambridge: Ballinger, 1981, p. 95.

ESTELITTA, Heloisa. Lavagem de capitais, exercício da advocacia e risco. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco]. Acesso em: 30.09.2012, às 15:32 horas. ISSN 1809-2829.

FOSSUM, Drew. J. Criminal forfeiture and the attorney-client relationship: Are attorney's fees up for grabs? *Southwestern Law Journal*, 30/1070 (1986).

GENEGO, William J. The legal and practical implications of forfeiture of attorney's fees. *Emory Law Journal*, 36/837 (1987).

GOLDSMITH, Michael; LINDERMAN, Mark Jay. Asset forfeiture and third party rights: The need for further law reform. *Duke Law Journal*, 1989/1254 (1989).

HALL JR., John Wesley. *Professional responsibility of the criminal lawyer*. Indianapolis: Lexis, 1987.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: St. Paul: West, 1999. vol. 3.

MCCAY, Frank. Forfeiture of attorneys' fees under RICO and CCE. *Fordham Law Review*, 54/1171 (1986).

MORGAN, Thomas D. An introduction to the debate over fee forfeitures. *Emory Law Journal*, 36/755 (1987).

MOTT, Rodney L. *Due process of law*: A historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of 'the law of the land'. Indianapolis: Bobbs Merrill, 1926.

RAIES, Elizabeth A. Forfeiture of attorneys' fees: A trap for the unwary. *West Virginia Law Review*, 88/825 (1986).

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

REED, Terry. Criminal forfeiture under the Comprehensive Forfeiture Act of 1984: Raising the Stakes. *American Criminal Law Review*, 22/757 (1985).

RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHEIER, Michael L. The Bill of Rights becomes the latest casualty in the war on drugs and organized crime – surprisingly, forfeiture of attorney fess is consistent with the Fifth and Sixth Amendments to the United States Constitution. *University of Cincinnati Law Review*, 59/909 (1991).

TARLOW, Barry. Is there life after Caplin & Drysdale? *The Champion*, 13/10 (1989).

WILLIAMS JR., B. Frederic; WHITNEY, Frank. D. *Federal Money Laundering*: Crimes and Forfeitures. Dayton: Lexis, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O direito ao silêncio na Constituição de 1988 e a 5.ª Emenda à constituição norte-americana: uma cópia desconforme e a interpretação ajustada à Constituição, de Maria Garcia – *RDCI* 66/227 (DTR\2009\763);
- O Processo Penal norte-americano e sua influência, de José Carlos Barbosa Moreira – *RePro* 103/95 (DTR\2001\316); e
- Organização da justiça norte-americana. O procedimento penal, de Marco Antonio Marques da Silva – *RT* 736/429 (DTR\1997\128).

6626

Emendatio libelli e sentido comum teórico dos juristas

Emendatio libelli and doctrinal theoretical common sense

Thadeu Augimeri de Goes Lima

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Promotor de Justiça no Estado do Paraná.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo estuda a chamada *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, e critica a sua visão tradicional, que se pode resumir nas afirmações de que o réu, no processo penal condenatório, defende-se do fato imputado, e não de sua classificação jurídica, e que esta, tal como estampada na denúncia ou queixa, é provisória e sujeita a correção pelo órgão jurisdicional no momento da prolação da sentença condenatória, dispensando a prévia manifestação das partes. Desvela-a como um sentido comum teórico e aponta suas insuficiências e incongruências desde a análise intrassistemática do Direito Processual Penal, constitucionalmente conformado. Propõe um novo modelo aplicativo para a *emendatio libelli* e questiona os pressupostos e as possíveis consequências do postulado *jura novit curia*.

Palavras-chave: *Emendatio libelli* - Código de Processo Penal - Sentido comum teórico - Princípio do contraditório - *Jura novit curia*.

Abstract: This paper studies the so-called *emendatio libelli*, provided for in article 383 of the criminal procedure code, and critically analyzes its traditional view, which can be summarized in the following statement: "the defendant stands against the fact charged, not against its legal classification, which is brought in by the accusation, and therefore temporary and liable to changes made by the judge at the moment of sentencing. There's no need for the previous manifestation of the parties. It is unveiled as theoretical common sense and highlighted in terms of its insufficiencies and inconsistencies based on the intra-systematic analysis of the criminal procedure which is constitutionally conformed". In the end a new application model for *emendatio libelli is proposed* and the assumptions and possible consequences of the *jura novit curia* postulate are challenged.

Keywords: *Emendatio libelli* - Code of criminal procedure - Theoretical common sense - Adversarial principle - *Jura novit curia*.

Sumário: Introdução - 1 Objeto do processo penal condenatório e correlação entre acusação e sentença - 2. A *emendatio libelli* na concepção tradicional da doutrina e da jurisprudência - 3. Crítica ao sentido comum teórico sobre a *emendatio libelli* - Conclusão - Referências.

Introdução

Toma-se como um truísmo na doutrina e na jurisprudência brasileiras a afirmação segundo a qual o réu, no processo penal condenatório, defende-se do fato

imputado, e não de sua classificação jurídica, e que esta, tal como estampada na denúncia ou queixa, é meramente provisória e sujeita a correção pelo órgão jurisdicional.

A assertiva teórica em apreço se sustenta na alegada encampação do postulado *jura novit curia* por nosso ordenamento jurídico e confere fundamentação para a aplicação do art. 383 do CPP em sua literalidade, que preconiza que o juiz, ao proferir sentença condenatória, sem modificar a narrativa fática contemplada na inicial acusatória, poderá lhe atribuir qualificação jurídica diversa, ainda que em consequência tenha de aplicar pena mais grave.

Outrossim, a compreensão majoritária do dispositivo se orienta no sentido de seu cabimento *no momento da prolação da sentença* e *com dispensa da prévia manifestação da acusação e da defesa*.

Todavia, a análise mais acurada que aqui se propõe, pautada principalmente na atual inteligência da abrangência e do significado sobretudo político do contraditório, mostrará que a visão tradicional é insuficiente e que ignora importantes problemas oriundos da adequação típica formalmente trazida no curso da persecução criminal.

Serão preferencialmente empregados, na consecução da tarefa, os métodos hipotético-dedutivo, histórico-evolutivo e dialético.

Com efeito, a hipótese ora levantada, posicionando-se pela insuficiência da ótica "clássica", será submetida a falseamento mediante o exame da capacidade desta para solucionar satisfatoriamente algumas das intrincadas questões suscitadas pela *emendatio libelli*.

Antes, porém, não se poderá olvidar o exame das origens e do desenvolvimento histórico dos temas abordados, bem como deverão ser confrontadas e criticamente avaliadas as diferentes opiniões de respeitados juristas que sobre eles se debruçaram, procurando organizá-las em uma síntese superadora de suas possíveis contradições.

Outrossim, o presente estudo parte de referenciais teóricos essencialmente críticos, de inspirações constitucional e jusfilosófica, em cotejo com a dogmática tradicional.

Na primeira seção do trabalho serão traçadas breves considerações tocantes ao objeto do processo penal condenatório e à problemática da correlação entre acusação e sentença.

Em seguida, na segunda seção se abordará a *emendatio libelli* na visão doutrinária e jurisprudencial prevalente, ao passo que na terceira esta será denunciada, desvelada e criticada no seu aspecto de sentido comum teórico, sob o ângulo *intrassistemático*, isto é, a partir das incongruências geradas no interior do próprio sistema processual penal, constitucionalmente conformado, encerrando-se com a conclusão obtida no trato do assunto.

1. OBJETO DO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO E CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

Conquanto na atualidade ainda inexista unanimidade de entendimento no que tange ao *conteúdo* ou *objeto* do processo penal condenatório, é certo que o conceito *carneluttiano* de *lide* tem sido notoriamente alijado de seu cerne.

Com efeito, a doutrina mais recente se mostra refratária à transposição do *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita* para o processo penal, ao menos para o de cunho condenatório, seja por sua completa *inadequação* ou *inaplicabilidade* neste ramo jurídico,[1] seja por sua *irrelevância* ou por seu *caráter meramente contingente*.[2]

Prefere-se conceber como conteúdo ou objeto da persecução criminal em juízo a *pretensão*, atribuindo-lhe, em regra, *feição processual*, não obstante matizada por dados fáticos ou extraídos do direito material.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Antonio Scarance Fernandes fazem menção à *pretensão processual*.[3] Todavia, enquanto o primeiro coloca como seu núcleo a *imputação* ou, mais restritivamente, o *fato imputado*, o segundo a assenta sobre uma *situação substancial ampla*, que abrange os elementos do fato típico, sua classificação e as circunstâncias objetivas e subjetivas atinentes à dosimetria penal.

Ao seu turno, embora Afranio Silva Jardim chegue a nominar a pretensão, em sede processual penal, de *pretensão punitiva*, esclarece que lhe confere natureza exclusivamente processual.[4]

Em posição similar está Aury Lopes Júnior, que chama tal pretensão processual de *pretensão acusatória* e enumera seus três elementos: subjetivo (em que se destaca a pessoa do acusado), objetivo (o fato aparentemente punível, com suas circunstâncias) e de atividade (declaração petitória com efeitos processuais e materiais).[5]

Anote-se, porém, que Rogério Lauria Tucci, na esteira do pensamento do lusitano Manoel de Cavaleiro Ferreira, refuta a valia do conceito de pretensão no processo penal, porquanto, a seu ver, este se destina à definição de um *conflito de interesses*

1. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 91-109; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. p. 129-142; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal: e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 1. p. 85-86.
2. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 44; JARDIM, Afranio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 160-161; TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 32-37.
3. BADARÓ, op. cit., p. 68-79; FERNANDES, 2002, op. cit., p. 44-47.
4. JARDIM, op. cit., p. 161-163.
5. LOPES JR., op. cit., vol. 1, p. 97-110.

públicos entendido objetivamente, e, por conseguinte, marcado pela *impessoalidade*, e não de uma *contraposição subjetiva de pretensões*.[6]

De qualquer forma, é bastante aceito pelos estudiosos que a pretensão processual deduzida por meio do exercício da ação penal condenatória tem por escopo submeter ao Poder Judiciário a apreciação da existência e da autoria de uma atuação humana comissiva ou omissiva que em tese configure uma *infração penal*, isto é, que aparentemente ostente os predicados da *tipicidade*, da *ilicitude* e da *culpabilidade em relação ao seu autor*,[7] bem como, ultrapassados positivamente os referidos escalões, também da *medida da responsabilização pessoal do sujeito ativo*, tudo segundo rígidos parâmetros constitucionais e legais.

A separação das funções de acusar, defender e julgar consiste em uma indeclinável exigência, *característica, mas para alguns não suficiente*, do *sistema acusatório*, que impede o magistrado de, *ex officio*, instaurar o processo penal em vista da ciência de suposta perpetração de conduta penalmente ilícita.[8] Com efeito, mostra-se imprescindível que o Ministério Público ou o querelante ofereça, respectivamente, denúncia ou queixa (instrumentos da acusação ou da *demanda penal*[9]) que contenha a descrição circunstanciada de um fato penalmente relevante, exercendo assim o direito (ou *poder*[10]) de ação penal e provocando a atuação estatal *sub specie jurisdictionis*.

A tripartição formal-funcional acima referida é tida como *insuficiente* por parcela da doutrina que vê na *gestão da prova* o ponto fulcral da caracterização de um sistema processual como *inquisitório* ou *acusatório*. Destarte, se a atividade de gestão (iniciativa, proposição e produção) probatória for informada por ampla disponibilidade (princípio dispositivo) e constituir por isso ônus das partes, estar-se-á

6. TUCCI, op. cit., p. 34-35, 180-181.

7. Seguindo, portanto, a denominada *concepção tripartida de delito*, que inclui como categoria essencial de sua estrutura a *culpabilidade*, tal como exposta por Hans Welzel (*O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 87-92) e por Luiz Regis Prado (*Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1. p. 407-410).

8. BADARÓ, op. cit., p. 20; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102-107.

9. Helio Tornaghi (*Processo penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953. vol. 1. p. 120) acentua que, não obstante guarde "sabor civilístico", o termo *demanda* pode ser empregado sem qualquer problema no processo penal.

10. Como prefere Cândido Rangel Dinamarco (*Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 365-366), sob o argumento de que, na perspectiva técnico-jurídica, o conceito de ação como direito subjetivo não explicaria os casos em que o próprio Estado é titular dela, visto que estabeleceria uma situação em que se confunde o sujeito ativo do "direito" com o seu sujeito passivo. Aduz que todo direito e toda obrigação têm assento em uma pessoa (física ou jurídica) e, sabido que nenhum dos Poderes do Estado dispõe de personalidade jurídica, ficaria sem explicação esse suposto direito do Estado contra o próprio Estado.

diante de um verdadeiro *sistema acusatório*. Do contrário, se houver a atribuição de poderes instrutórios ao juiz para averiguar ao seu talante os fatos noticiados no processo, ter-se-á um *sistema inquisitório*. O principal problema da gestão da prova entregue ao magistrado, nessa ótica, está nos *quadros mentais paranoicos* e no *primado da hipótese sobre o fato* que podem contaminá-lo, comprometendo a sua necessária posição de imparcialidade e de equidistância das partes, conforme explanam Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Aury Lopes Júnior, com base na lição do processualista penal italiano Franco Cordero.[11] Logo, haveria que se distinguir entre o *sistema formalmente acusatório* e o *sistema materialmente ou puramente acusatório*. No primeiro, conquanto divididas as atividades acusatória, defensiva e judicante entre os sujeitos processuais, não se retiraria do julgador a gestão da prova, ao passo que no último tal esquema se apresentaria inviável.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a adoção do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, em uma linha *ainda não efetivamente, mas tendencialmente pura*,[12] e representou o golpe fatal em qualquer possibilidade do juiz de instaurar de ofício o processo criminal. Atente-se em especial para o art. 129, I, que incumbe o Ministério Público da titularidade exclusiva da ação penal condenatória de iniciativa pública, e para o art. 5.º, LIX, que confere à ação penal subsidiária dignidade constitucional.

Entretanto, pouco ou nada adiantaria tolher a iniciativa acusatória do órgão judicial se lhe fosse permitida, no curso do procedimento, a ampliação *sponte sua* da matéria levada a julgamento, quer-se dizer, da pretensão processual (ou acusatória) em algum de seus elementos constitutivos, veiculados notadamente pela narrativa fática contemplada na peça vestibular.

Eis porque sobreleva a importância do tema da *correlação entre acusação e sentença*, que somente tem razão de ser no sistema acusatório, desde a sua configuração formal-funcional, e é uma decorrência do princípio do contraditório.[13] Em linhas gerais, pode-se afirmar que se trata da *necessidade de plena identidade entre o conteúdo que é introduzido no processo por meio da pretensão deduzida pelo autor da ação penal e o que deverá ser analisado no provimento jurisdicional sobre o mérito da causa*. Caso se julgue além, diversamente ou aquém do pretendido, ter-se-ão as decisões *ultra*, *extra* e *citra petita*.

Cabe frisar que o aludido conteúdo da pretensão processual ou acusatória é definido e delimitado essencialmente pelo *fato imputado*, em sua concretude e com-

11. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 14-42; LOPES JR., op. cit., vol. 1, p. 68-83.

12. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da constituição*: temas escolhidos. Bauru: Edipro, 1999. p. 62-80; PRADO, Geraldo, op. cit., p. 243.

13. BADARÓ, op. cit., p. 27; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal: e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 2. p. 376.

pletude objetivo-subjetiva, quer-se dizer, com todos os seus dados empíricos, extraídos da realidade, que se qualificam jurídico-penalmente como elementos ou circunstâncias da infração, porquanto o pedido condenatório formulado na acusação é sempre *genérico*,[14] quando não, até mesmo, *implícito*.[15]

No propósito de deixar inequívoca a ideia, isso não significa dizer que o fato imputado é o objeto do processo penal condenatório. Este, já se registrou linhas acima, é a pretensão processual ou acusatória. O fato imputado *é apenas um elemento, uma parte, quiçá a mais importante*, da pretensão, e por conseguinte do objeto do processo, mas não se confunde com ele.[16] Entre pretensão/objeto do processo e fato imputado há uma *verdadeira relação de continente e conteúdo*.

A extrema importância do fato imputado reside em que, além de ser determinante para fixar as balizas do objeto do processo, e consequentemente do *decisum* final, serve para resolver problemas atinentes à *conexão e continência*, à *litispendência*, à *coisa julgada* e à *proibição da dupla persecução* (*ne bis in idem*)[17] em sede processual penal.[18]

---

14. Vejam-se, embora com ligeiras divergências que não comprometem a similitude geral dos posicionamentos, BADARÓ, op. cit., p. 79-91; FERNANDES, 2002, op. cit., p. 44-47; JARDIM, op. cit., p. 148-149; e LOPES JR, op. cit., vol. 1, p. 98-103.

15. Na praxe forense é comum que os membros do Ministério Público evitem formular logo na denúncia o pedido de condenação do acusado, preferindo postular o "processo até final julgamento" ou empregando expressão de semelhante teor. Explica-se a preferência estilística pela concepção de que o *Parquet* é órgão comprometido sobretudo com a defesa da ordem jurídica, com a correta aplicação do direito e com a proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme a dicção do art. 127, *caput*, da CF/1988, bem como pela disposição do art. 385, primeira parte, do Código de Processo Penal, que lhe autoriza, finda a instrução processual, pleitear a absolvição do réu. No Estado do Paraná, inclusive, tal proceder é recomendado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público (CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Manual de orientação funcional*. 2. ed. Curitiba, 2009. p. 59, alínea *n*). Note-se que, em situações como a descrita, deve-se considerar que o pedido condenatório está implícito na exordial acusatória, decorrendo logicamente do próprio oferecimento desta e da narração de fato penalmente relevante. Eugênio Pacelli De Oliveira (*Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 501) se pronuncia pela dispensabilidade do pleito expresso de condenação para a aptidão da inicial, porquanto não exigido pelo art. 41 do Estatuto Instrumental Criminal.

16. LOPES JR., op. cit., vol. 1, p. 99.

17. Grinover, Fernandes e Gomes Filho (*As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 48-50) sustentam que, no processo penal condenatório, o *ne bis in* idem assume a dimensão de proteção autônoma do acusado, a fim de eximi-lo de outra persecução pelo mesmo fato, ainda quando, tecnicamente, não pudesse haver a formação de coisa julgada material. Exemplificam com a hipótese de sentença absolutória transitada em julgado proferida por órgão julgador constitucionalmente incompetente.

18. Diferentemente do processo civil, em que as questões relativas à conexão e continência, à litispendência e à coisa julgada são comumente solucionadas pela aplicação da teoria da

Cumpre, por derradeiro, esclarecer que o fato imputado é um acontecimento pertencente ao mundo sensível, tratando-se especificamente de uma atuação humana voluntária que deve ser introduzida narrativamente no processo em sua inteireza, a partir de uma filtragem pela moldura da relevância penal de seus caracteres.[19] Ou seja, a ação ou omissão precisa ser descrita com todos os seus dados objetivos e subjetivos, tirados do plano empírico, que possam receber valoração jurídico-penal segundo os preceitos normativos vigentes e ensejar o reconhecimento *prima facie* da conduta como *crime* ou *contravenção*. Ademais, por força do art. 41 do CPP, além dessa narração, na medida do possível minuciosa, há que se indicar expressamente na denúncia ou na queixa o tipo legal incriminador que o acusador público ou privado entende incidir sobre o fato imputado, o que, na linguagem técnico-processual, chama-se *classificação*.

Não basta ao autor da ação penal, no trabalho de classificar o substrato fático descrito, declinar o *nomen juris* da espécie infracional, uma vez que sob uma mesma denominação podem existir crimes diferentes, devendo portanto mencionar o dispositivo legal, isto é, o artigo de lei, correspondente. Na classificação também se insere a referência às hipóteses de concurso de agentes ou de delitos e de extensão da figura típica, como ocorre na tentativa, bem assim às circunstâncias qualificadoras e às causas de aumento de pena.[20]

Ponto que merece destaque no âmbito da temática da correlação entre acusação e sentença diz respeito à modificação, pelo juiz, por ocasião do ato decisório final, exclusivamente do enquadramento típico do fato imputado, permanecendo este inalterado sob a perspectiva fenomênico-descritiva. É o que se convencionou denominar *emendatio libelli*,[21] instituto disciplinado no art. 383 do Estatuto Instrumental Criminal cujos traços fundamentais serão objeto da próxima seção do trabalho.

2. A *EMENDATIO LIBELLI* NA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

A exigência nos ordenamentos jurídicos de que se fizesse no ato acusatório a classificação do fato imputado é conquista do último século, porquanto antes rei-

---

tríplice identidade, também referida como teoria dos *tria eadem*, que preconiza a análise das *partes*, do *pedido* e da *causa de pedir* para a aferição da identidade de demandas e, por consequência, da ocorrência daqueles fenômenos (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A "causa petendi" no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 232-233).

19. BADARÓ, op. cit., p. 155.

20. FERNANDES, 2002, op. cit., p. 213.

21. Com a censura de Badaró, op. cit., p. 167, para quem a literal "emenda do libelo" só ocorreria propriamente quando o acusador aditasse a peça vestibular para corrigir a errônea capitulação legal do fato nela constante. Assim, a expressão seria incorreta para definir o fenômeno que quer designar, quando muito indicando que, em relação ao conteúdo da acusação, a sentença apresentou alteração de aspecto não essencial.

nava a imprecisão na definição dos tipos penais. Na experiência jurídica brasileira constituiu inovação do Código de Processo Penal de 1941 a imposição de que menção expressa ao *tatbestand* ao qual o fato imputado se subsume fosse feita já na inicial. Com efeito, a legislação anterior a ele somente requeria, no momento da instauração do processo criminal, a descrição do fato e a indicação dos motivos que fundamentavam a imputação, sendo a classificação aposta em fase posterior, na decisão de pronúncia, que encaminhava o feito a julgamento.[22]

Apesar da relevância obtida a partir de nosso atual diploma instrumental, é certo que a classificação trazida na peça vestibular não vincula o órgão julgador, que, por meio da chamada *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, entendendo que a definição jurídica apontada na exordial está equivocada, pode dar outra ao fato imputado e provado, ainda que, em consequência, tenha de aplicar sanção penal mais gravosa. Observe-se que, nesse caso, a instrução processual não revela nenhum dado inédito, que não esteja contido na imputação. Por conseguinte, há perfeita identidade entre o fato narrado e o efetivamente apurado, modificando-se apenas a sua tipificação.

A *emendatio libelli*, portanto, na preciosa síntese de Vicente Greco Filho, consiste na "correção da classificação do delito sobre o mesmo fato constante da denúncia ou queixa", e tem aplicação tanto na ação penal de iniciativa pública quanto na de iniciativa privada, seja ela exclusiva ou subsidiária.[23]

Trata-se, no magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho e de Julio Fabbrini Mirabete, de uma simples corrigenda da peça acusatória, que encontra sua *ratio* no postulado *jura novit curia*, ou da *livre dicção do direito*, alegadamente vigente no processo penal pátrio, segundo o qual o magistrado conhece o direito e deve declará-lo no caso concreto submetido a sua apreciação, não ficando, pois, cerceado pela capitulação legal invocada pelo acusador ao oferecer a proemial. *Narra mihi factum, dabo tibi jus*, diz o milenarmente conhecido e repetido adágio.[24]

Como decorrência dessa premissa, costuma-se afirmar na doutrina e na jurisprudência que o réu, no processo penal condenatório, defende-se do fato imputado, e não de seu enquadramento típico, que de resto é provisório até o trânsito em julgado da sentença.[25] Tal posicionamento, como elucidado por Antonio Scarance Fernandes, teve origem na força da tradição (ou melhor, no *conservadorismo*) e na

22. FERNANDES, 2002, op. cit., p. 213-214.

23. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 327.

24. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 4. p. 232-233; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 981-982.

25. Ou mesmo depois dele, a depender da procedência de eventual revisão criminal, por inteligência dos artigos 621, 622 e 626 do CPP.

resistência de juristas e tribunais à então nova disciplina instituída pelo Código de Processo Penal de 1941 quanto à necessidade da classificação já na denúncia ou na queixa, vindo a ganhar inúmeros adeptos ao longo do tempo.[26] Na atualidade, a ele se filiam, entre muitos outros, Fernando de Almeida Pedroso, Tourinho Filho, Vicente Greco Filho, Fernando Capez, Mirabete e Eugênio Pacelli de Oliveira.[27] Também é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.[28]

Outrossim, como já se aludiu na introdução deste artigo, a compreensão majoritária do dispositivo se orienta no sentido de seu cabimento *no momento da prolação da sentença* e *com dispensa da prévia manifestação da acusação e da defesa.*

Com efeito, sustenta-se que, em regra, antes do édito condenatório, em especial na fase de admissibilidade da acusação, não dispõe o órgão julgador do poder de retificar a capitulação legal declinada pelo Ministério Público ou pelo querelante. Só lhe compete fazê-lo, portanto, quando do julgamento definitivo da pretensão deduzida,[29] salvo em raras situações, *v.g.*, havendo aditamento à peça vestibular ou para resolver questões processuais incidentais, mormente relativas à competência, ao procedimento adequado ou a medidas cautelares pessoais, conforme anota Fernando de Almeida Pedroso: "E assim é, eis que sempre será possível, *por ocasião da prolação da sentença*, uma nova classificação (art. 383) ou uma nova definição jurídica do fato (art. 384 e parágrafo único). Antes da oportunidade da sentença, no

26. FERNANDES, 2002, op. cit., p. 214-215.

27. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal*: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 274; TOURINHO FILHO, op. cit., vol. 4, p. 233-234; GRECO FILHO, op. cit., p. 328; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 353; MIRABETE, op. cit., p. 981-982; OLIVEIRA, 2006, op. cit., p. 503.

28. Vejam-se, a título exemplificativo, os acórdãos proferidos nos seguintes julgamentos do STF: HC 79535/MS, 2.ª T., j. 16.11.1999, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 10.12.1999; HC 80204/GO, 2.ª T., j. 05.09.2000, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 06.10.2000; RHC 82589/BA, 2.ª T., j. 11.03.2003, rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 20.02.2004; HC 83855/MG, 2.ª T., j. 04.05.2004, rel. Min. Nelson Jobim,; HC 84592/RJ, 2.ª T., j. 08.03.2005, rel. Min. Gilmar Mendes *DJ* 08.04.2005; e HC 102375/RJ, 1.ª T., j. 29.06.2010, rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe*154, 20.08.2010.

29. Na jurisprudência do Pretório Excelso, confiram-se: HC 64966/SP, 2.ª T., rel. Min. Carlos Madureira, j. 22.05.1987, *DJ* 12.06.1987; HC 76024/RJ, 2.ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16.12.1997, *DJ* 12.03.1999; HC 83335/GO, 2.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 25.11.2003, *DJ* 19.12.2003; e HC 87324/SP, 1.ª T., rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.04.2007, *DJe*-018 18.05.2007. No que tange ao STJ, consultem-se: RHC 22353/PA, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.12.2009, *DJe* 08.02.2010; RHC 22838/PR, 5.ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.05.2010, *DJe* 02.08.2010; HC 89232/SP, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 31.08.2010, *DJe* 13.09.2010; HC 129239/PE, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.05.2011, *DJe* 12.05.2011; e HC 149650/PB, 6.ª T., j. 14.04.2011, *DJe* 06.06.2011.

entanto, nova classificação ou definição jurídica do fato somente será viável, no trâmite do feito, por aditamento à denúncia, feito pelo Ministério Público (cf. art. 569 do CPP), por força de fato novo (n. 5.2). Ao Juiz veda-se a faculdade da *mutatio* ou *emendatio libelli*, em princípio, quando ainda não terminada a fase instrutória do processo. Tão-só após a ultimação e o findar desta é que se outorga ao Magistrado a faculdade insculpida nos arts. 383 e 384, parágrafo único, do CPP. Por conseguinte, azado não é ao julgador proceder à desclassificação do delito no ato de recebimento da denúncia, o que constituiria *error in procedendo* suscetível de correição parcial. Excepcionalmente, porém, poderá ocorrer a desclassificação ou a nova definição jurídica do fato, por decreto judicial, ainda antes de encerrada a instrução. E tal ocorrerá quando, pela *mutatio* ou *emendatio libelli*, o Juiz que despachar a exordial verificar ser incompetente, *ratione materiae*, para seu processo e julgamento ou quando, no ato de recebimento da exordial, a correta classificação ou definição jurídica do fato possibilitar ao réu benefícios (como a concessão de fiança) que não teria com sua errônea classificação ou definição jurídica." (destaques no original)[30]

A 1.ª T. do Pretório Excelso também firmou precedente de semelhante teor no julgamento do HC 89686/SP (j. 12.06.2007, *DJe* 17.08.2007), relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, cuja ementa merece transcrição no trecho em que toca o tema: "Ementa: (...) II. Denúncia: errônea capitulação jurídica dos fatos narrados: erro de direito: possibilidade do juiz, verificando o equívoco, alterar o procedimento a seguir (cf. HC 84.653, 1.ª T., 14.07.2005, Pertence, *DJ* 14.10.2005). 1. Se se tem, na denúncia, simples erro de direito na tipificação da imputação de fato idoneamente formulada é possível ao juiz, sem antecipar formalmente a desclassificação, afastar de logo as consequências processuais ou procedimentais decorrentes do equívoco e prejudiciais ao acusado. 2. Na mesma hipótese de erro de direito na classificação do fato descrito na denúncia, é possível, de logo, proceder-se a desclassificação e receber a denúncia com a tipificação adequada à imputação de fato veiculada, se, por exemplo, da sua qualificação depender a fixação da competência ou a eleição do procedimento a seguir."

Por outro lado, exara-se que não há necessidade de abertura de vista às partes para que se pronunciem a respeito da *emendatio libelli*, sob o argumento de que o contraditório e a ampla defesa não são violados, ante a inocorrência de alteração do fato reportado na proemial, debatido à saciedade até o fim da instrução processual.[31] Eugênio Pacelli de Oliveira, refutando a suposta mácula à ampla defesa,

30. PEDROSO, op. cit., p. 271.

31. Na doutrina, vejam-se novamente PEDROSO, op. cit., p. 274; TOURINHO FILHO, op. cit., vol. 4, p. 233-234; GRECO FILHO, op. cit., p. 328; CAPEZ. op. cit., p. 353; MIRABETE, op. cit., p. 981-982; e OLIVEIRA, 2006, op. cit., p. 503. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, confiram-se os seguintes precedentes: RHC 85657/SP, 1.ª T., rel. Min. Carlos Britto, j. 31.05.2005, *DJ* 05.05.2006; e HC 87503/PA, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, j. 29.06.2006, *DJ* 18.08.2006. Por

argumenta que, tratando-se "de questão unicamente de direito (adequação do fato narrado à norma), o acusado poderá dela defender-se amplamente junto às instâncias recursais, incluindo-se a matéria entre aquelas *devolvidas* ao conhecimento dos tribunais, por força dos efeitos do apelo eventualmente aviado. Mais: feita a imputação, seja pelo Ministério Público, seja pelo particular, o réu deve manifestar-se não só sobre a existência do fato, mas da adequação desse fato a uma *norma penal*. Os órgãos acusatórios não detêm o poder ou a prerrogativa de escolher a definição jurídica do fato. Essa é uma missão constitucionalmente atribuída ao Judiciário; por isso, a defesa há de voltar-se para o *ordenamento jurídico*, e não para a escolha, eventualmente malsucedida, feita pelo responsável pela acusação. Por último: a hipótese representaria *fracionamento* temporal da sentença, na medida em que já anunciaria, em boa medida, o convencimento judicial." (destaques no original)[32]

Finalmente, o art. 617 do CPP admite a *emendatio libelli* também em grau recursal, podendo o tribunal dar ao fato imputado e provado definição jurídica diferente da consignada na denúncia ou queixa ou mesmo na sentença condenatória. A parte final do dispositivo ressalva que a corte não está autorizada a agravar a pena imposta quando somente o réu houver apelado da sentença. Trata-se da proibição da *reformatio in pejus*.

Na hipótese de recurso exclusivo da defesa, entendem Vicente Greco Filho e Eugênio Pacelli de Oliveira, a nosso ver com razão, que o órgão judicante colegiado, ao proceder à *emendatio*, corrigirá a tipificação, mas não poderá majorar a reprimenda fixada, ainda que esta seja inferior ao mínimo cominado no tipo penal resultante da retificação.[33] Por sua vez, Fernando Capez sustenta que, em tal caso, o tribunal sequer poderá conferir outra definição jurídica prejudicial ao acusado.[34]

Note-se que, nos moldes do que ocorre em primeira instância, não se costuma cogitar da necessidade de manifestação das partes antes da *emendatio libelli* em grau recursal.

Na seção seguinte deste artigo a visão tradicional sobre a *emendatio libelli* será denunciada e desvelada em seu aspecto de *sentido comum teórico* e criticada desde a perspectiva *intrassistemática*, isto é, a partir das incongruências geradas no âmbito do próprio sistema processual penal, constitucionalmente conformado.

---

sua vez, no Superior Tribunal de Justiça, consulte-se o acórdão proferido no julgamento do HC 87431/SP, 6.ª T., rel. Des. Haroldo Rodrigues (convocado do TJCE), j. 14.12.2010, *DJe* 28.02.2011. Importante frisar que, tanto nos ensinamentos doutrinários quanto nos arestos trazidos à colação, fez-se menção apenas à inexistência de mácula à ampla defesa e à desnecessidade de manifestação defensiva. A possível infringência ao contraditório e a oportunidade de pronunciamento da acusação sequer foram ventiladas.

32. OLIVEIRA, 2006, op. cit., p. 504.

33. GRECO FILHO, op. cit., p. 328; OLIVEIRA, 2006, op. cit., p. 503.

34. CAPEZ, op. cit., p. 353.

3. CRÍTICA AO SENTIDO COMUM TEÓRICO SOBRE A *EMENDATIO LIBELLI*

Constitui sem dúvida um *sentido comum teórico* a irrefletida acolhida da afirmação de que o réu se defende do fato imputado, e não de sua tipificação legal, e de que ao juiz (ou ao tribunal) cabe, por ocasião da sentença (ou do acórdão), corrigi-la sem precisar colher a manifestação das partes.

Por *sentido (ou senso) comum teórico dos juristas* se deve entender o conjunto de crenças, mitos, representações e hábitos significativos na interpretação/aplicação do direito, o "já-dito-desde-sempre", admitido como verdade e incontrastável pelos discursos dogmáticos ordinários.

Na lição de Luis Alberto Warat, os "processos significativos do direito apresentam-se como um conjunto heterogêneo de hábitos semiológicos de referência (senso comum teórico) e de discursos organizados a partir de ditos hábitos. Ou seja, os primeiros operam como um código para as enunciações jurídicas. Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz 'off' do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam."[35]

A identificação do sentido comum teórico conduz a certo grau de ceticismo quanto à *cientificidade da teoria jurídica tradicional* e faz passar a vislumbrá-la como um *discurso prescritivo* e não apenas *descritivo*, uma *doxa* (opinião) mais que uma *episteme* (ciência), bem como suscita indagações acerca das condições sociais, políticas e históricas dos discursos jurídicos e do seu poder de criar significações, isto é, de curvar e condicionar os significados dos preceitos normativos.

Assim, pode-se dizer que o *saber jurídico* é um verdadeiro *poder simbólico* que integra a estrutura coercitiva do Direito e permite a elaboração e a articulação das significações não manifestas, ocultas e ideológicas. *Poder simbólico*, na conceituação de Pierre Bordieu, é o "poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem".[36]

Novamente de acordo com Warat, o senso comum teórico resulta de um movimento dialético que se inicia com certos hábitos significativos (uma *doxa*), prossegue com a busca de conceitos que os encampem e justifiquem (uma *episteme* construída mediante processos lógicos depuradores do primeiro momento) e se conclui

35. WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: _____. *Epistemologia e ensino do direito*: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 31-32.

36. BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 7-8.

com a reincorporação dos conceitos nos hábitos significativos. Esta última etapa, adverte o autor, caracteriza-se pelo emprego da *episteme* como *doxa*, recomeçando a cena dialética mostrada.[37]

Para Lenio Luiz Streck, o "sentido comum teórico 'coisifica' o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à 'consumação' das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma 'para-linguagem', situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a 'realidade' jurídica dominante. *É o local dos 'segredos'*." (destaques no original)[38]

A postura "clássica" sobre a *emendatio libelli*, na percuciente observação de Aury Lopes Júnior, demonstra um errôneo e ingênuo reducionismo do caráter complexo que exibe o processo penal em tempos atuais, atrelado a uma concepção simplista deste e repetido sem maiores aprofundamentos desde um passado remoto, incompatível com o seu nível de evolução e com os cânones constitucionais contemporâneos.[39]

Certamente, um exame mais acurado da fenomenologia processual penal revela e traz à tona a realidade escamoteada pelo discurso fácil da dogmática tradicional sobre a (falta de) importância da classificação da infração penal trazida antes da sentença condenatória e sobre a *emendatio libelli*.

Com efeito, a *tipificação penal inicial*[40] impacta sobremaneira na configuração concreta de todos os chamados *institutos ou temas fundamentais do Direito Processual Penal*, quais sejam, o *processo*, a *jurisdição*, a *ação* e a *defesa*.

Quanto ao processo, forçoso ressaltar, primeiramente, que o pensamento mais moderno, que encontra em Elio Fazzalari seu precursor, tem refutado sua natureza de *relação jurídica* e reabilitado no seu conceito a noção de *procedimento*, compreendido como *sucessão de atos normativamente disciplinados, vinculados reciproca-*

37. WARAT, op. cit., p. 31.

38. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 67.

39. LOPES JR., op. cit., vol. 2, p. 379.

40. O corte metodológico ora operado, realçando a importância da adequação típica nas etapas investigatória e judicial-cognitiva da persecução criminal, não ignora a do enquadramento cristalizado na sentença condenatória transitada em julgado, que embasará a posterior execução penal. Ocorre que os efeitos deste, a nosso ver, advirão *imediatamente* do plano do *direito material*, *v.g.*, ao estabelecer prazos menores ou maiores ou impedimentos para os chamados benefícios prisionais (progressão de regime, livramento condicional, indulto, comutação), incidindo apenas *de forma reflexa* no processo executivo.

mente e ordenados à preparação de um provimento imperativo, somado ao *contraditório*, percebido como *garantia de participação nessa preparação, em situação de simétrica paridade, dos interessados, isto é, daqueles que serão atingidos em suas esferas jurídicas pelo aludido provimento. Processo*, portanto, é uma espécie de *procedimento*, justamente aquela *realizada em contraditório*.[41]

Pedro Manoel Abreu resume com maestria o novo panorama doutrinário: "O processo, nessa conjuntura, não pode ser visualizado apenas como relação jurídica, mas como uma expressão relevante para a democracia, e por essa razão deve ser legítimo. Deve se legitimar pela participação. Deve ser legítimo, adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais e, além disso, deve produzir uma decisão legítima. A identificação do processo como procedimento em contraditório entre as partes, emergente de uma estrutura normativa, suplanta a concepção de processo como relação jurídica. O contraditório é vislumbrado como oportunidade de participação paritária. É 'garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase procedimental de sua preparação'. Nesse viés, a possibilidade garantida de participação em simétrica igualdade não se concilia definitivamente com vínculo de sujeição. A concepção mais contemporânea de processo, portanto, não o distingue de procedimento através de um critério teleológico, tampouco o compreende como relação jurídica ou o procedimento como mera forma. Assume, da perspectiva reconstrutiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, formulada por Habermas, as teses de Fazzalari, desenvolvidas por Gonçalves e também sustentadas por Cattoni e Marinoni. Nessa nova mirada, o processo se diferencia de procedimento, porque este é um conceito mais amplo. Procedimento é vislumbrado como gênero do qual o processo é espécie. Estas concepções emergem de um conceito renovado de procedimento e de processo, consonante com o atual estágio da teoria geral do direito e do sistema normativo que embasa tais conceitos."[42]

Por sua vez, para Flaviane de Magalhães Barros, pode-se pretender a apropriação da teoria do processo como procedimento em contraditório como adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.[43]

Destacada a revalorização do procedimento na ideia de processo, cumpre frisar que o enquadramento penal declinado na denúncia ou na queixa tem o condão de

41. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 109-124.

42. ABREU, Pedro Manoel. *O processo jurisdicional como um "locus" da democracia participativa e da cidadania inclusiva*. 2008. 544 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 427-428.

43. BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 13-14.

determinar qual *esquema procedimental* será seguido durante a persecução criminal em juízo, quer-se dizer, quais atos processuais deverão ou não ser praticados, conforme a sua previsão normativa. De acordo com Antonio Scarance Fernandes, reconhece-se um *direito fundamental ao procedimento* que em sua manifestação concreta se desdobra no *direito ao tipo de procedimento ou às formas alternativas de simplificação* e no *direito à integralidade estrutural e temporal e à ordem do procedimento.*[44]

Assim, a depender da qualificação legal atribuída prefacialmente ao fato imputado, poderá ser adotado o rito comum (sumaríssimo, sumário ou ordinário) ou algum procedimento especial, influindo por conseguinte nos poderes e faculdades desfrutados pelas partes no seu *iter*, notadamente pelo réu. É o que ocorre, exemplificadamente, na subsunção de determinada conduta ao *tatbestand* do delito de concussão (art. 316 do CP), *crime funcional* sujeito ao rito especial disciplinado nos arts. 513 a 518 do CPP, com oportunidades mais dilargadas de defesa, ou ao do delito de extorsão (art. 158 do CP), *crime comum* sujeito ao procedimento ordinário estabelecido nos arts. 395 a 405 do CPP.

Anote-se que, tratando-se das chamadas *infrações penais de menor potencial ofensivo*, isto é, aquelas cuja pena privativa de liberdade máxima cominada não supere dois anos, a teor do art. 61 da Lei 9.099/1995, anteriormente ao oferecimento da denúncia ou da queixa devem ser aplicados os institutos da *composição civil* e da *transação penal*.

O citado diploma legal, nos arts. 72 a 75, contempla a negociação entre os sujeitos ativo e passivo sobre os danos causados pela conduta típica, com o virtual efeito extintivo da punibilidade quando esta for apurável mediante ação penal de iniciativa privada ou de iniciativa pública condicionada à representação. Já no seu art. 76, *caput*, dispõe que, não sendo caso de arquivamento dos elementos informativos, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. O § 2.º do dispositivo proíbe a proposta se o autor do fato: 1) houver sido condenado definitivamente, por crime, a pena privativa de liberdade; 2) tiver utilizado o benefício anteriormente, no prazo de cinco anos, ou; 3) ostentar antecedentes, conduta social e personalidade que, somados aos motivos e circunstâncias da infração, indiquem não ser necessária e suficiente a medida. O § 3º., por sua vez, impõe a homologação judicial, se aceita a proposta, para que o negócio jurídico produza seus efeitos.

O texto normativo também estatuiu em seu art. 89, para os ilícitos apurados por meio de ação penal de iniciativa pública[45] e com pena privativa de liberdade

44. FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 63-70.

45. Preferiu-se trazer no texto ideia consentânea com a dicção do dispositivo legal, sem ignorar a celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento do instituto também nos

mínima cominada igual ou inferior a um ano,[46] a possibilidade da suspensão condicional do processo, logo após o recebimento da denúncia, mediante proposta do *Parquet* e cumprimento de exigências pelo acusado, desde que este não tenha sido condenado definitivamente ou esteja sendo processado[47] por outro crime.

A adequação típica inicial do fato imputado, como resta evidente, permite ou obsta o emprego das *medidas despenalizadoras* em apreço, que representam *soluções consensuais alternativas e simplificadoras para a persecução criminal*, em cotejo com os binômios arquivamento/ação penal e condenação/absolvição, e por isso mereceram esta ubicação sistemática no trato do processo e do procedimento.

Outrossim, conquanto não se possa falar na existência de um verdadeiro *processo penal cautelar*, autônomo relativamente aos processos penais de conhecimento e de execução, é certo que há grande sorte de *medidas cautelares penais* previstas em nossa legislação, as quais guardam íntima conexão com o processo cognitivo.[48] A classificação da infração ostenta inegável relevância na decretação, manutenção, conversão ou revogação dessas providências, mormente das chamadas *medidas cautelares constritivas pessoais*, como se pode notar da disciplina dos artigos 282 e seguintes do Estatuto Instrumental, após as alterações promovidas pela Lei 12.403/2011.

Sobreleva, por suas consequências no *status libertatis* do imputado, o enquadramento típico formalizado na fase investigatória da persecução criminal ou no limiar da etapa judicial, quando puder autorizar a decretação de prisão cautelar ou impedir a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, ou a substituição do encarceramento por medidas cautelares alternativas.

No que tange à jurisdição, e mais propriamente à divisão técnica do seu exercício entre os diversos órgãos julgadores, é a partir da *natureza da infração*, e portanto da subsunção legal introdutória, que muitas vezes se define a *competência*, seja ela *constitucional* ou *legal*, firmada *em razão da matéria* (*ratione materiae*) ou *territorialmente* (*ratione loci*).

Por exemplo, de extrema relevância, para aferir se incumbem o processo e o julgamento à Justiça Eleitoral ou à Comum, a classificação de uma conduta como cri-

---

casos de ação penal de iniciativa privada. Por todos, consulte-se LOPES JR., op. cit., vol. 2, p. 248.

46. Ou, ainda que maior, com previsão alternativa de multa, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 83926/RJ, 2.ª T., rel. Min. Cezar Peluso, j. 07.08.2007, *DJ* 14.09.2007.

47. Também não se desconhece o posicionamento segundo o qual o impedimento do benefício aos réus que apenas estejam sendo processados feriria o *princípio do estado de inocência*. Mais uma vez, consulte-se LOPES JR., op. cit., vol. 2, p. 249.

48. LOPES JR., op. cit., vol. 2, p. 202.

me eleitoral, previsto no Código Eleitoral ou em lei correlata, ou comum, tipificado no Código Penal ou na legislação penal extravagante; ou, para verificar se sujeita à apreciação do Tribunal do Júri ou à do Juízo Comum, a tipificação da conduta como homicídio doloso (art. 121, *caput*, do CP) ou lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.°, do CP). Também imprescindível, desta feita para identificar o juízo dotado de competência territorial, declinar se um comportamento se enquadra no *caput* ou no § 2.°, VI, do art. 171 do Estatuto Repressivo, visto que diferentes os seus momentos, e possíveis locais, consumativos.

Na denominada *fase pré-processual*, preparatória da acusação, e no que pertine à *ação penal*, outrossim, também são nítidos os reflexos da adequação típica.

Na dependência dela, será cabível a instauração de termo circunstanciado, se verificada uma infração penal considerada de menor potencial ofensivo (art. 69 da Lei 9.099/1995), ou se fará necessária a deflagração de inquérito policial, nos demais casos (art. 5.° do CPP).

Também se mostrará imprescindível para definir a *titularidade ativa da ação penal*, isto é, se de iniciativa *pública* ou *privada*, e, na primeira hipótese, a exigência ou não de algum especial requisito para autorizar o seu exercício pelo Ministério Público, ou seja, das comumente chamadas *condições específicas de procedibilidade*.[49]

Anote-se, ainda no tocante às *condições da ação penal*,[50] que o enquadramento legal conferido no interregno entre o final da investigação criminal e o início da persecução em juízo permite detectar a presença do *interesse de agir*, pela análise dos critérios da *necessidade da tutela jurisdicional*, da *adequação do procedimento eleito* e da *utilidade do provimento judicial para corrigir a situação antijurídica*.[51]

---

49. Que podem ser reconduzidas à categoria da *possibilidade jurídica do pedido*, conforme muito bem defendido por Ada Pellegrini Grinover (*As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 194-198).

50. Não há unanimidade de entendimento acerca das condições para o legítimo exercício da ação penal. Com efeito, posição defendida por nomes como Antonio Acir Breda (Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, vol. 9, p. 171-189, Curitiba, 1980.esp. p. 177-178), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (COUTINHO, 1989, op. cit., p. 145) e Aury Lopes Júnior (op. cit., vol. 1, p. 349-366) as apresenta como a *tipicidade objetiva* (ou *aparente*), a *punibilidade concreta*, a *legitimidade das partes* e a *justa causa*. A corrente amplamente majoritária, com a qual em parte concordamos, postula serem, em princípio, idênticas as condições da ação nos processos civil e penal, embora com conteúdo ligeiramente diverso, admitindo também outras, concernentes apenas ao último. Poder-se-ia, destarte, dividi-las em *condições genéricas*, isto é, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, e *condições específicas de procedibilidade*. Repita-se, contudo, a crítica trazida na nota anterior.

51. MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 77-78.

Faltaria o *interesse-necessidade*[52] ou o *interesse-adequação*[53] no oferecimento de denúncia ou queixa, por exemplo, quando viável a alternativa dos já abordados *instrumentos de justiça consensual*, quais sejam, a composição civil e a transação penal. Por isso, o interesse de agir, sob tais aspectos, precisa ser concretamente indagado quando versar sobre processo para apurar ilícitos de menor potencial ofensivo, estando implícito no que tange aos outros crimes, eis porque fundamental a classificação introdutória.

Quanto ao *interesse-utilidade*, ganhou relevo na doutrina e na jurisprudência[54] a tese do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa (também conhecida por *prognose prescricional* ou *prescrição virtual*) como caracterizador da inutilidade da *persecutio criminis* no caso concreto. Trata-se de verificar aquela espécie prescricional, tomando por parâmetro a suposta pena a ser fixada pelo magistrado.[55] Afigurando-se evidente que o título executivo eventualmente formado carregaria em si o germe da autodestruição, haveria de ser promovido o arquivamento do caderno inquisitorial ou das peças informativas, rejeitada a peça inaugural acaso oferecida ou extinto o processo já instaurado sem resolução de mérito. A adequação típica importa, neste ponto, para a aferição das balizas punitivas cominadas e, por conseguinte, para o cálculo do provável lapso prescricional.[56]

---

52. Idem, p. 80-83.

53. KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 85-94, 107-114.

54. A tese é repudiada pelo STF, conforme, entre outros, os precedentes consubstanciados nos seguintes julgamentos: HC 83458/BA, 1.ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18.11.2003, *DJ* 06.02.2004; HC 96381/SP, 1.ª T., rel. Min. Carmen Lúcia, j. 28.09.2010, *DJe*-097 24.05.2011; e HC 102491/RJ, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 10.05.2011, p. *DJe*-099 26.05.2011. O STJ, também contrário ao entendimento, editou a Súmula 438: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal."

55. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva. *RT*, vol. 724, p. 522-536, São Paulo, fev. 1996, esp. p. 523.

56. Anota-se que, a partir da Lei 12.234/2010, que modificou a redação do § 1.º e revogou o § 2.º do art. 110 do CP, a prescrição retroativa não pode mais ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Isso não impede, contudo, o reconhecimento antecipado da causa extintiva, com base em intervalo precedente ao oferecimento da peça acusatória, relativamente às infrações penais cometidas até 5 de maio de 2010, véspera do início da vigência do diploma legal, uma vez que este, dotado de natureza penal e trazendo disciplina prejudicial aos imputados, não retroage para atingi-las (art. 5.º, XL, da CF/1988). Também não obsta, em nenhum caso, a prognose prescricional que tome como marco inicial a data do recebimento da exordial, autorizando a extinção do feito sem julgamento do *meritum causae*, em virtude do desaparecimento do interesse de agir, com fulcro no art. 395, II, parte final, do Código de Processo Penal, combinado com o art. 267, VI, do CPC.

Finalmente, a *tipicidade do fato*, para muitos, consubstancia a própria *possibilidade jurídica do pedido* em sede processual penal[57] ou, de qualquer modo, liga-se inexoravelmente à *justa causa para a ação penal*,[58] sendo portanto imprescindível a subsunção da conduta a um tipo legal incriminador.

Prosseguindo na linha expositiva, é invulgar a repercussão da classificação do fato imputado na *defesa*, com a amplitude que lhe assegura a Constituição Federal, em seu art. 5.°, LV.

A *reação defensiva*, na lição de Antonio Scarance Fernandes, é uma das vertentes do direito de defesa e se manifesta, no processo penal condenatório, como reação à acusação.[59] Ainda segundo o autor, pode o réu optar por diversas estratégias defensivas, reagindo ao mérito, direta ou indiretamente, atacando a ação, sob o argumento da ausência de alguma de suas condições, ou questionando o processo, inquinando-o de vício em sua constituição ou desenvolvimento.[60] De qualquer modo, enfatiza o ilustre processualista a insuficiência do tratamento da reação con-

57. Consultem-se, por todos, Tourinho Filho, op. cit., vol. 1, p. 478-481; Greco Filho, op. cit., p. 112; e Tucci, op. cit., p. 91-93. Entretanto, para Ada Pellegrini Grinover (op. cit., p. 69-71), AFRANIO SILVA JARDIM (op. cit., p. 96) e Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, op. cit., p. 88-89), com quem concordamos, a tipicidade é *matéria de mérito*, pois diz respeito à própria existência do poder-dever de punir estatal. Observe-se, inclusive, que este é o posicionamento que se mostra mais acertado perante nosso direito positivo, uma vez que o Código de Processo Penal considera a *atipicidade do fato* como *causa de absolvição*, e por conseguinte de *resolução de mérito*, sumária, quando evidente (art. 397, III), ou proferida ao final da fase instrutória, quando dependente de provas (art. 386, III).

58. O conceito de *justa causa para a ação penal* está longe de ser unânime. Na doutrina e na jurisprudência se podem colher duas acepções principais, uma mais restrita e outra mais abrangente. A primeira equipara a justa causa ao lastro probatório mínimo relativo à materialidade e à autoria da infração exigido para o ajuizamento da ação penal, comumente inserindo-a no interesse de agir. A última, interpretando *a contrario sensu* o art. 648 do CPP, considera-a como o suporte fático e jurídico necessário para tornar lícita a coação representada pelo processo criminal, envolvendo a presença daquele conjunto indiciário, dos pressupostos processuais, das condições da ação, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade aparentes e da punibilidade concreta. Sobre o tema, indispensável a leitura da obra de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 165-223, 237-261). Maria Lúcia Karam (op. cit., p. 143), Afranio Silva Jardim (op. cit., p. 95-99) e Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, op. cit., p. 96-97) prelecionam ser a justa causa uma quarta condição da ação penal condenatória, ao lado da possibilidade jurídica do pedido, da legitimidade das partes e do interesse de agir, cujas configurações não destoariam das sedimentadas no processo civil. Entendemos que a *justa causa* não se insere no âmbito do interesse de agir e nem é uma quarta condição da ação, consistindo sua análise em juízo acerca do mérito baseado em cognição sumária, necessário para resguardar o indivíduo de acusações temerárias.

59. FERNANDES, 2002, op. cit., p. 26.

60. Idem, p. 29-30.

tra o enquadramento típico: "É mister redesenhar o quadro existente, centrado na preocupação quase exclusiva com a reação defensiva ao fato, não se cuidando da reação à sua qualificação jurídica e sem se dotar o acusado de instrumentos para influir na pena a ser aplicada. É como se ao réu só interessasse a defesa tendente à absolvição, não lhe importando a qualificação do fato, a pena e a sua posterior execução."[61] E, adiante, complementa: "Pode ele [o réu] suscitar questão que imponha ao juiz o exame incidental da classificação posta pela acusação e erigir, como obstáculo intransponível, a análise da classificação antes da sentença, é impedir que o juiz possa decidir a questão, dando-se continuidade a uma situação que pode ser altamente danosa ao acusado, como a manutenção de sua prisão. Aferrar-se na orientação de que o juiz sempre está impedido de avaliar a classificação é dar ao Ministério Público o poder de, por meio de uma tipificação falha ou abusiva, ser o senhor de todos aqueles assuntos examinados – competência, prisão cautelar, liberdade provisória, procedimento – , dando-lhes o entendimento que, sozinho, julgue adequado."[62]

Na *defesa de mérito* a tipificação ostenta clara relevância, tal qual preleciona Aury Lopes Júnior: "É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular onde irá desenvolver suas teses."[63]

Weber Martins Batista, por sua vez, assevera que "a classificação incorreta dada aos fatos pode acabar prejudicando a defesa, que no processo penal – não se pode esquecer – não é apenas defesa, *simples* defesa, mas *ampla* defesa" (destaques no original).[64]

Interessante ainda é a advertência de Benedito Roberto Garcia Pozzer, para quem a "ampla defesa, para ser exercida em toda plenitude, implica permitir ao acusado a livre escolha de seu defensor, podendo eleger aquele que crê mais especializado, na defesa técnica da infração, pela qual é acusado, por exemplo. A errônea capitulação, com possibilidade de condenação final, por conduta diversa daquela descrita na denúncia ou queixa, poderá causar prejuízo ao acusado, que não pode selecionar o defensor mais preparado. Mais grave ainda ocorre, quando a

61. Idem, p. 35.

62. Idem, p. 228-229.

63. LOPES JR., op. cit., vol. 2, p. 380.

64. BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 163.

acusação, para determinado tipo penal, possibilita meios defensivos não previstos para aquele considerado ao final, na sentença. Assim ocorrerá, quando alguém é acusado do cometimento de *injúria* (art. 140, do Código Penal), segundo a classificação acusatória; para, depois da instrução, ser condenado pelo crime de *calúnia* ou *difamação* (arts. 138 e 139 do CP), tanto que narrados. Ninguém poderá negar os danos causados pela simples corrigenda do magistrado na sentença. Ora, se correta fosse a classificação da denúncia ou queixa, imputando-se *calúnia* ou *difamação*, o acusado poderia valer-se da *exceção da verdade*, ou da retratação, previstas no Código Penal, art. 138, § 3.º; art. 139, parágrafo único; e art. 143. E, demonstrada a verdade dos fatos imputados à vítima, resultaria na absolvição, ou, com a retratação, poderia alcançar a isenção de pena, que lhe foram impedidas pela capitulação equivocada, restando nulo o processo, por não permitir a ampla defesa" (destaques no original).[65]

Resta evidente, portanto, que o réu não se defende apenas do fato imputado, mas, no curso da fase pré-processual e de todo o processo de conhecimento condenatório, também de sua classificação, que deve ser submetida a debate incidental, antes da sentença, sempre que puder implicar no indevido cerceamento da liberdade ou de outros direitos ou oportunidades do acusado.

Por outro lado, a *emendatio libelli* há que ser analisada sob a perspectiva do princípio (ou garantia) do contraditório, além daquela da ampla defesa, o que impõe a sempre necessária e prévia manifestação das partes (ou seja, do acusador e do réu, por seu defensor) em relação a ela, na instância originária ou na recursal.

Como se adiantou alhures, o contraditório, na moderna tendência doutrinária, passou a integrar a própria concepção de processo. Ademais, deixou de ser visto nas limitadas expressões de ciência bilateral dos termos e atos do processo e possibilidade de contrariá-los, como deixou legado Joaquim Canuto Mendes de Almeida, ou de informação necessária e reação possível, na síntese de Sergio La China,[66] para ser contemplado como garantia de participação em simétrica paridade no procedimento. O contraditório ganha um significado sobretudo político, pois confere ao processo judicial uma face democrática, legitimando-o discursivamente como instrumento para o exercício do poder estatal *sub specie jurisdictionis*. E o processo jurisdicional é assumido, a partir dessa ótica, como um microcosmo da democracia participativa.[67]

Assevera Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 127) que a "ideia da participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de con-

65. POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2001. p. 152-153.

66. Apud BADARÓ, op. cit., p. 29.

67. ABREU, op. cit., p. 440.

traditório desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla. Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os 'interessados e os contrainteressados' na expressão de Fazzalari, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio".[68]

Trata-se, no magistério de Flaviane de Magalhães Barros, da *construção participada da decisão*, reflexo do que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira chama de *visão cooperativa do processo*.[69]

Assim, em regra deve o contraditório anteceder qualquer provimento judicial capaz de ensejar a alguma das partes um gravame em sua esfera jurídica, sendo porém tolerada a sua *postergação* sempre que circunstâncias especiais impuserem a adoção de *providências urgentes*, sob pena de perecimento do direito ou interesse em exame.

O contraditório chamado postergado ou diferido, portanto, é legítimo, desde que justificado pela necessidade de ponderação dos bens jurídicos em conflito e pelo propósito de preservar aquele que se mostre em perigo atual ou iminente, com base em critérios objetivos. É o que ocorre com as liminares em geral e com as medidas cautelares penais decretadas sem a ouvida do investigado/acusado. Com efeito, verifica-se nesses casos o fundado receio de que o réu ou o imputado, tendo prévia ciência da providência tomada em seu desfavor, possa lhe frustrar o cumprimento. Veja-se, por exemplo, que o demandado em face de quem tenha sido ordenado o sequestro de bens pode tentar ocultá-los; o denunciado contra quem haja sido decretada a prisão preventiva pode tentar se evadir; o indiciado cujo sigilo das comunicações telefônicas tenha sido quebrado pode evitar usar a linha interceptada ou nela manter conversas de teor suspeito.

Outrossim, após a efetivação da medida tida como imprescindível para a proteção do bem em risco, há que se conceder à parte que sofreu o gravame a *oportunidade real de atuar processualmente para obter a desconstituição do mesmo, preferencialmente na mesma instância*, ou seja, *devem-se prever instrumentos ou meios aptos a fazer cessar o aludido gravame e exercitáveis perante o próprio juízo que o determinou.*

---

68. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 127.

69. BARROS, op. cit., p. 14; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Mundo jurídico*. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br]. Acesso em: 26.06.2011. p. 16.

Nos exemplos acima citados, tais mecanismos existem no ordenamento: o demandado pode, a qualquer tempo, postular a revogação do sequestro ou a sua substituição por caução idônea; o acusado preso preventivamente pode pleitear a revogação da custódia ou a sua substituição por medidas constritivas alternativas; o increpado cujas conversações tenham sido gravadas pode questionar a licitude de tal meio de prova e pretender a sua exclusão dos autos da investigação ou do processo. Tudo sem prejuízo de, não sendo acolhido o pedido, impugnar o *decisum* por meio de recursos ou ações autônomas.

Quanto às *questões de direito*, e especificamente no que concerne à *emendatio libelli*, não se vislumbra razão jurídica séria e plausível para que deixem de ser submetidas ao contraditório prévio à prolação da sentença ou do acórdão e precisem ser aventadas somente perante a instância superior, na via recursal, se houver descontentamento de alguma das partes com seu conteúdo. O contraditório deve ser observado pelas partes e pelo próprio órgão julgador, do qual se exige que evite a causação de *surpresa* a elas, não só em relação ao substrato probatório introduzido no feito, mas também no que toca à matéria de direito debatida.[70]

Ora, tanto a acusação quanto a defesa têm nítido interesse na discussão da classificação do fato imputado. Tratando-se do Ministério Público, na ação penal de iniciativa pública ou mesmo na de iniciativa privada, porque incumbido da missão de zelar pela integridade da ordem jurídica e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF) e da tarefa de fiscalizar a execução da lei (art. 257, II, do CPP), que se traduzem, no processo penal condenatório, na busca da adequada reconstrução histórica do episódio ilícito e do justo exercício do *jus puniendi*. Tratando-se do querelante, na ação penal de iniciativa privada, porquanto se reconhece hodiernamente ao ofendido, na persecução criminal, além de um interesse civil, o interesse na *justa punição do culpado*.[71] Em ambas as situações, o *justo apenamento* pressupõe o *correto enquadramento legal*, com as respectivas balizas repressivas mínima e máxima. A defesa, finalmente, em vista das muitas repercussões que a tipificação apresenta sobre a esfera jurídica do réu ou investigado, analisadas à saciedade anteriormente.

Acrescente-se que deve ser repelida a ingênua crença de que o magistrado, ao convocar as partes à manifestação sobre eventual desclassificação da conduta reportada na denúncia ou queixa, estaria *prejulgando o mérito* ou *comprometendo sua imparcialidade*, pois, se assim fosse, nunca poderia ele analisar incidentalmente a adequação típica para solucionar questões processuais, o que é admitido até pelas correntes doutrinária e jurisprudencial "ortodoxas".[72]

70. BADARÓ, op. cit., p. 32-33.

71. OLIVEIRA, 2006, op. cit., p. 404-405.

72. FERNANDES, op. cit., 2002, p. 234.

Retomando o que se consignou linhas acima, as partes devem ter garantida a oportunidade de colaborar e influir, em igualdade de armas, na construção do provimento jurisdicional que incidirá imperativamente sobre suas esferas jurídicas, por se tratar de indeclinável exigência democrática. Ademais, forçoso reconhecer que, por vezes, se não lhes for assegurada a participação *antes da prolação da decisão*, carecerão elas de instrumentos idôneos para efetivamente reverter o julgamento desfavorável. Pense-se, por exemplo, na *emendatio libelli* levada a cabo na fase recursal ou em processo de competência originária de tribunal. Tal quadro é especialmente preocupante para a acusação, pública ou particular, que, para impugná-la, contaria em regra, *quando muito*, com os embargos de declaração (arts. 619 e 620 do CPP)[73] e com o recurso especial (art. 105, III, *a* e *c*, da CF).[74] A defesa, além deles, poderia eventualmente se valer dos embargos infringentes (art. 609 do CPP) e do recurso extraordinário (art. 102, III, da CF), bem como sempre teria à sua disposição o remédio heroico do *habeas corpus*, passível de concessão até de ofício, em qualquer grau de jurisdição (arts. 647, 648, I, e 654, § 2.°, do CPP).

Observe-se que são despiciendas as demonstrações de erudição juscomparatista e a invocação de textos normativos e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais alienígenas para sustentar o contraditório prévio sobre a *emendatio libelli*, porquanto já foi ele algumas vezes ensaiado no Brasil.

Com efeito, foi tratado no art. 356, *caput* e § 1.°, do Anteprojeto de Código de Processo Penal da lavra do Prof. José Frederico Marques, no art. 415 do Projeto

73. De pouco prováveis admissibilidade e provimento, tendo-se em conta a massiva e conhecida jurisprudência no sentido de que tal espécie recursal não se presta a dar azo à rediscussão da causa. Todavia, poderiam servir ao menos para ensejar o *prequestionamento* exigido para o conhecimento dos recursos especial e extraordinário (Súmula 211 do STJ e Súmula 356 do STF).

74. Únicas hipóteses de cabimento do recurso especial vislumbradas na situação descrita no texto. A interposição com fundamento na alínea *c* do inc. III do art. 105 seria pertinente, v.g., quando houvesse divergência entre tribunais no que concerne à subsunção de determinada conduta a um ou outro tipo penal, isto é, quando por eles fossem dadas soluções diferentes para um caso de concurso aparente de dispositivos incriminadores, como ocorre no enquadramento da venda de bebida alcoólica a pessoa menor de dezoito anos, ora no art. 63, inciso I, da Lei das Contravenções Penais, ora no art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O recurso extraordinário, ao seu turno, em princípio não encontraria respaldo para interposição, salvo se a *emendatio libelli* decorresse da resolução de questão constitucional prejudicial, por exemplo, no afastamento de um tipo penal considerado inconstitucional, com a consequente desclassificação para outro. Ver-se-ia aí o permissivo do art. 102, III, *b*, da CF. Por óbvio, para a admissibilidade do apelo extremo ainda haveria que ser demonstrada a repercussão geral da questão constitucional debatida, nos termos do art. 102, § 3.°, da CF e da Lei 11.418/2006. Finalmente, no deliberado propósito de evitar mais casuísmos, não se fará menção aos agravos e embargos previstos na Lei 8.038/1990 e nos Regimentos Internos do STF e do STJ.

de Código de Processo Penal 663/1975 e no art. 356 do Projeto de Código de Processo Penal 1.655/1983, ambos elaborados aproveitando as contribuições daquele, assim como no Projeto de Lei 4.207/2001, cada um com sua peculiar disciplina.[75] Deles, apenas o último restou aprovado, com várias modificações, e se converteu na Lei 11.719/2008, a qual alterou parcialmente o Estatuto Instrumental em vigor, mas trouxe poucas mudanças ao art. 383, que se mantém silente no que tange à necessidade de manifestação das partes antes da correção da classificação do fato imputado operada na sentença condenatória.

Em acréscimo, o Código de Processo Penal Militar vigente (Dec.-lei 1.002/1969) estabelece em seu art. 437, *a*, que o Conselho de Justiça poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la, mostrando-se salutar a sua aplicação analógica ao processo penal condenatório comum, porquanto exigida pela garantia do contraditório e expressamente autorizada pelo art. 3.º do CPP.[76]

Destarte, e em síntese, antes de retificar o enquadramento legal consignado na exordial acusatória, o órgão judicante, ainda em *decisão interlocutória*, há que revelar tal possibilidade para as partes, instando-as a se pronunciarem a respeito e a ofertarem seus argumentos, contra ou a favor da nova adequação típica. Dita cautela é dispensável se o próprio acusador, em qualquer fase do procedimento, v.g., por emenda à inicial, nas alegações finais ou em razões recursais, aventar a mudança, visto que a defesa dela terá ciência e poderá contrariá-la a contento nas suas oportunidades de manifestação.

O postulado *jura novit curia*, que alegadamente subjaz à *emendatio libelli*, não serve como óbice à necessidade desse contraditório prévio.

Impende ressaltar que o *jura novit curia* não parece ser um *princípio*, como usualmente referido pela doutrina e pela jurisprudência, mas sim um verdadeiro *postulado normativo aplicativo*, que, na lição de Humberto Ávila, consiste em uma norma imediatamente metódica que institui os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação, qualificando-se portanto como *metanorma* ou *norma de segundo grau*.[77]

Como norma sem envergadura constitucional que é, e dentro da compreensão escalonada do ordenamento jurídico, encontra-se subordinada aos ditames da Lei

75. TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4. p. 417; BATISTA, op. cit., p. 163; BADARÓ, op. cit., p. 213-215.

76. FERNANDES, 2002, op. cit., p. 234-235; BADARÓ, op. cit., p. 163.

77. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 124.

Maior, entre os quais se destaca, *in casu*, a garantia do contraditório (art. 5.º, LV), e deve por conseguinte receber interpretação conforme a eles.

Outrossim, o postulado em apreço não tem incidência *absoluta* e *irrestrita*. A título exemplificativo, frise-se que o Supremo Tribunal Federal exclui sua aplicabilidade na instância extraordinária, autolimitando-se no que concerne à apreciação de questões não enfrentadas de modo expresso na decisão recorrida.[78]

Não se olvide, também, que o *jura novit curia* parte de uma *ficção jurídica*, que não raro é "desmentida" empiricamente. Ora, o julgador é um ser humano, e portanto é *falível*. A famosa figura do "juiz-Hércules", elucubrada por Ronald Dworkin, não existe na realidade.

O sistema jurídico contemporâneo exibe enorme e inédita complexidade, inclusive no campo penal, não obstante os operadores do direito devessem poder se guiar sem maiores dúvidas com espeque no *princípio da legalidade* (art. 5.º, XXXIX, da CF; art. 1.º do CP). A *inflação legislativa* e a profusão de *tipos penais em branco* ou *estruturados com elementos normativos* de valoração jurídica ou extrajurídica, retiram em grande medida a certeza na aplicação do direito e impõem, consequentemente, para remediar essa insegurança, um *diálogo construtivo entre os sujeitos processuais*, dentro da anteriormente aludida *visão cooperativa do processo*.

Finalmente, a acrítica assimilação do postulado abre espaço para perigoso *autoritarismo judicial*, calcado no *subjetivismo* e no *solipsismo* do magistrado, e, numa postura *francamente desrespeitosa*, faz tábula rasa dos conhecimentos, das qualificações técnico-jurídicas e das contribuições dos demais profissionais da área jurídica que atuam no processo.

CONCLUSÃO

Resta claro que a tradicional visão doutrinária e jurisprudencial sobre a *emendatio libelli* constitui um verdadeiro sentido comum teórico que oferece fórmulas fáceis e superficiais para os complexos fenômenos que são a classificação do fato imputado ao longo das fases investigativa e judicial-cognitiva da persecução criminal e a sua modificação pelo órgão jurisdicional, ignorando a profunda problemática deles emergente, a qual repercute nas configurações concretas de todos os institutos ou temas fundamentais do Direito Processual Penal.

78. Confiram-se, entre outros, os seguintes julgados: AI 653882 AgR/SP, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 03.06.2008, *DJe*-152 15.08.2008; AI 489982 AgR/RS, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 19.05.2009, *DJe*-118 26.06.2009; AI 506323 AgR/PR, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2009, *DJe*-121 01.07.2009; AI 665186 ED/SC, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 01.02.2011, *DJe*-039, p. 28.02.2011; e RE 488570 ED/SP, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 15.02.2011, *DJe*-049 15.03.2011.

Mostra-se ainda induvidoso que a concepção clássica não é consentânea com a atual compreensão do significado político do princípio do contraditório e com a nova ideia do processo judicial como um microcosmo da democracia participativa, abrindo grande margem para o autoritarismo, o subjetivismo, o solipsismo e o voluntarismo por parte do magistrado.

Acusação e defesa têm inegável interesse na discussão do enquadramento típico da conduta imputada, devendo a elas, pois, ser conferida a oportunidade de participarem, em simétrica paridade, da construção também de tal aspecto do provimento jurisdicional que incidirá imperativamente sobre suas esferas jurídicas, sob pena de se lhes tolher ilegitimamente, em muitos casos, a possibilidade de efetivamente reverterem um eventual julgamento desfavorável.

A transformação dessa tacanha mentalidade depende menos de alterações legislativas do que da implementação e do fomento de uma real *vontade de Constituição*, isto é, do indeclinável compromisso de cumprir suas disposições e de realizá-la integralmente na vida cotidiana.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *O processo jurisdicional como um "locus" da democracia participativa e da cidadania inclusiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, vol. 9, p. 171-189, Curitiba, 1980.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da Constituição: temas escolhidos*. Bauru: Edipro, 1999.

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Manual de orientação funcional*. 2. ed. Curitiba, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A "causa petendi" no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*: uma tentativa de revisão. São Paulo: Bushatsky, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JARDIM, Afranio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva. *Revista dos Tribunais*, vol. 724, p. 522-536, São Paulo, fev. 1996.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal: e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 1.

_____. *Direito processual penal: e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Mundo jurídico*. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br]. Acesso em: 26 jun. 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TORNAGHI, Helio. *Processo penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953. vol. 1.

_____. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1.

_____. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 4.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: _____. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A *Emendatio Libelli* e a *Mutatio Libelli* na reforma do Código de Processo Penal, de Danielle Souza de Andrade e Silva - *RT* 881/423 (DTR\2009\206);
- Breves considerações sobre a "Emendatio Libelli" e a "Mutatio Libelli", de Sérgio Seiji Shimura - *RePro* 59/236, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* (DTR\1990\116); e
- Processo e procedimentos penais, de Rogério Lauria Tucci - *RT* 749/485, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/457 (DTR\1998\148).

66117

Culpa e punição em Freud e Kafka: articulações entre Direito, Literatura e Psicanálise

Guilt and punishment in Freud and Kafka: articulations between Law, Literature and Psychoanalisis

Bruno Shimizu

Mestre e Doutorando em Criminologia pela USP. Defensor Público do Estado de São Paulo.

Área do Direito: Penal; Filosofia; Constitucional

Resumo: O presente trabalho aborda a iniquidade e a violência perpetradas pelo próprio direito, a partir da concepção de que a barbárie, ao contrário de constituir a negação da civilização, na verdade permeia a cultura. A concepção de que a civilização e, por consequência, o direito repousam suas bases sobre a violência e a culpa apoia-se na leitura do campo social que se extrai da obra de Franz Kafka e dos textos sociais de Sigmund Freud.

Palavras-chave: Barbárie – Civilização – Psicanálise – Literatura – Criminologia.

Abstract: This paper addresses iniquity and the violence perpetrated by law itself, based on the concept that barbarism, instead of being the denial of civilization is rather something that permeates culture. The concept that civilization, and as a consequence, law consider violence and guilt as their foundation is supported by the reading of the social field which can be drawn from the work of Franz Kafka and Sigmund Freud's "social thoughts".

Keywords: Barbarism – Civilization – Psychoanalisis – Literature – Criminology.

Sumário: 1. Kafka e o "pecado original" – 2. Freud e a "culpa fundamental" – 3. Conclusões: o jurídico permeado pela barbárie – 4. Bibliografia.

1. Kafka e o "pecado original"

Em um célebre aforismo da série *Ele*, Franz Kafka, ao tratar do "pecado original", inverte a relação comumente identificada entre perpetrador e vítima da injustiça, postulando ser o "pecado original" a própria queixa do homem no sentido de que ele teria sido vítima desse pecado: "O pecado original, a velha injustiça cometida pelo homem, consiste na sua queixa incessante de que ele é vítima de uma injustiça, de que o pecado original foi cometido contra ele" (Kafka apud Benjamin, 2012. p. 150).

A confusão entre a figura do culpado e da vítima, nesse diapasão, aparece como uma tônica no decorrer da obra do autor tcheco. Em *O processo* (Kafka, 1997b),

Josef K. é acusado de um crime e passa a ser submetido às cerimônias degradantes do sistema de justiça sem nunca ser-lhe dada a oportunidade de conhecer o fato que lhe fora imputado.

A circunstância de desconhecer seu crime, contudo, não basta para evitar que, ao final do processo, ele se coloque na posição de culpado. Se, na primeira página do romance, aduz-se que "alguém certamente havia caluniado Josef K." (idem, p. 9), não se admitindo a veracidade da imputação desconhecida, fosse ela qual fosse, no final de sua *via crucis*, Josef K. é marcado pela vergonha dos culpados. Suas últimas palavras frente à execução ("Como um cão") levam ao encerramento do romance com a seguinte passagem: "Era como se a vergonha devesse sobreviver a ele" (idem, p. 278).

O desconhecimento da falta cometida também é o mote da novela *Na colônia penal* (KAFKA, 1998a). Na história, um explorador visita um campo de forçados em uma ilha tropical, na qual lhe é apresentada uma máquina construída pelo antigo comandante da colônia, que serve à aplicação da pena de morte aos condenados.

Marthe Robert (1963, p. 173) assim descreve a máquina:

"A principal curiosidade do local é uma máquina que, inventada e construída pelo antigo comandante da colônia, serve para as execuções capitais. A sentença é inscrita, por meio de agulhas aceradas, na carne dos condenados, que ignoram seu conteúdo e só o decifram nos seus próprios corpos depois dum certo número de horas, antes de morrerem duma morte extática".

Na colônia penal, conhecer a própria culpa apenas é possível no limiar da morte. A máquina da colônia, assim como o processo kafkiano, funciona sem que o culpado conheça seu crime.

Assim, a temática da punição em Kafka aparece, não raro, de modo invertido. A punição é dada, mas o crime que a desencadeou é desconhecido. O homem kafkiano é irremediavelmente culpado, sendo a culpa algo indissociável de sua própria existência.[1]

Na leitura de Anders (2007, p. 48), "os 'heróis' de Kafka são vítimas do pecado original. Não, é claro, do pecado original cristão, mas, uma vez que eles ficam, desde o princípio, 'fora do Paraíso' (do mundo), são culpados: todo ato punível é consequência dessa situação fundamental preexistente".

---

1. Além dos textos citados, a inversão entre ato proibido e punição ainda aparece de forma clara em várias das narrativas curtas de Kafka, como em "A batida no portão da propriedade" e "Sobre a questão das leis", que compõem a coletânea "Narrativas do espólio" (2002), organizada por Modesto Carone. Já no primeiro romance de Kafka, "O desaparecido" (2012), a temática do julgamento e da punição sem culpa permeia toda a saga de Karl Rossman pela *Amerika*, especialmente em sua demissão da função de ascensorista do Hotel occidental (idem, p. 139-175), quando o personagem é acusado, julgado e, finalmente, demitido, por um incidente em relação ao qual não se pode atribuir-lhe a responsabilidade.

Nas obras de Kafka, o "pecado original" aparece como uma forma de estar no mundo, identificada com o desterro e o não pertencimento. O homem kafkiano carrega consigo uma dívida a ser paga, sendo seu crime incrustado em sua própria existência.

A ausência de pertencimento e o mal-estar em fazer parte do mundo permitem a "permuta de culpa e punição" (Anders, 2007. p. 49). Se a culpa já é um dado desde o princípio, desconhecida e inquestionável, a punição aparece como tema central de várias de suas obras, sendo a falta cometida algo que pertence ao lugar do esquecimento.

Acerca do estatuto do esquecimento em Kafka, cita-se Benjamin (2012, p. 169-170):

"Mas o esquecimento – e aqui atingimos um novo limiar na obra de Kafka – não é nunca um esquecimento meramente individual. Tudo o que é esquecido se mescla a conteúdos esquecidos do mundo primitivo, estabelece com ele vínculos numerosos, incertos, cambiantes, para gerar criações sempre novas. O esquecimento é o receptáculo a partir do qual emergem à luz do dia os contornos do inesgotável mundo intermediário, nas narrativas de Kafka".

O esquecimento de um crime e de uma culpa fundamental, pois, é o fator das histórias de Kafka que faz com que se crie a sensação de absurdo. Nesse sentido, é possível enxergar o absurdo das punições kafkianas a partir desse entendimento de que parte da história não nos é acessível. A culpa dos personagens – o "pecado original" em relação ao qual os personagens são simultaneamente perpetradores e vítimas – reside em algum lugar fora do que nos é narrado.

Essa ideia de exclusão da culpa do plano do inteligível é o que nos permite arriscar uma leitura da dinâmica da punição em Kafka a partir da psicanálise. O esquecimento de um pecado fundamental inscreve a existência humana sob o signo de uma culpa invencível, fato que aproxima as expressões kafkiana e psicanalítica.

Trata-se, por certo, de apenas uma leitura possível, que não se pretende totalizante e, muito menos, pretende realizar uma manobra selvagem na qual se "deita o artista no divã". Pelo contrário, quer-se entender a mensagem de Kafka como uma forma de pensamento orgânico sobre a cultura, buscando-se referências externas à obra. Para tanto, toma-se a obra – e não o seu autor – como instrumento para pensar o campo social e político, onde os referenciais externos – a psicanálise, no caso – fornecem uma chave de compreensão que se coloca ao lado de outras inúmeras possíveis, vendo a obra como uma fonte inesgotável de articulações.

Antes, contudo, de apresentar as possíveis aproximações entre a concepção kafkiana de culpa e punição e a leitura psicanalítica do social, parece-nos relevante abordar outro ponto muito marcadamente presente nos textos de Kafka: as figuras do pai de família e do Estado como polos de produção de tirania.

O eu-lírico da "Carta ao pai" (Kafka, 1997), nesse sentido, externa tal concepção tirânica da figura paterna, mote que irá se repetir em vários dos textos propriamente ficcionais do autor.

Nessa carta que Kafka teria escrito a seu pai – e que nunca fora entregue –, a figura paterna assume os contornos de um ditador incomensurável, tingido com tintas inumanas pela fantasia do eu-lírico:

"Às vezes imagino um mapa-múndi aberto e você estendido transversalmente sobre ele. Para mim, então, é como se entrassem em considerações apenas as regiões que você não cobre ou que não estão ao seu alcance. De acordo com a imagem que tenho do seu tamanho, essas regiões não são muitas nem muito consoladoras" (idem, p. 68).

Esse pai que, com seu corpo, encobre o mundo e não permite a existência de um espaço vital ao filho, sujeito ao seu poder descomunal, também é retratado como a fonte de punições acerca de fatos cuja culpa é desconhecida. Tal constatação se coloca, a título de exemplo, na passagem da carta em que o eu-lírico relata ter sido violentamente repreendido, quando criança, simplesmente porque estava com sede: "Segundo a minha índole, nunca pude relacionar direito a naturalidade daquele ato inconsequente de pedir água com o terror extraordinário de ser arrastado para fora" (idem, p. 13).

Assim, o principal texto não ficcional de KAFKA repete um mote que será a tônica de diversos de seus textos ficcionais: a inversão de culpa e punição. Tal mote, por fim, entrelaça-se ao aforismo citado, no qual Kafka expõe seu entendimento sobre o "pecado original".

De outra banda, essa concepção negativa sobre a família que aparece na "Carta ao pai", vista como local de irracionalidade e violência, aparece de forma marcante, ainda, nas duas cartas enviadas por Kafka à sua irmã Elli, nas quais defende que as crianças devam ser educadas fora do âmbito familiar. A partir da análise dessas cartas, Mandelbaum e Mandelbaum (2002) postulam que, na concepção kafkiana, o espaço familiar é tratado não como um refúgio contra as relações de dominação que se exercem no espaço público, mas como a própria fonte da tirania que, lançando suas feições para as relações públicas, produz o cenário de constrição total dos espaços de liberdade:

"Mais do que espaços públicos, a obra de Kafka é ocupada por cenas familiares, em cujo interior a morte ronda à espreita, seja na forma de um veredicto promulgado pelo pai, em *O Veredicto*, ou como o triste resultado de uma transformação inesperada, em *A Metamorfose*. Definitivamente, em Kafka, a família não é o lugar de promoção da compreensão e do entendimento. Verdade que, no para além da família, no exílio de *América*, na vida urbana de *O Processo* ou na aldeia de *O Castelo*, as coisas não são mais fáceis. Mas, para Kafka, os espaços públicos são os lugares por excelência de busca, de uma busca difícil de ser bem sucedida porque o familiar lança as suas sombras para o coletivo" (idem, p. 149).

Ao tomarmos por base, por exemplo, a trilogia "Punições" de Kafka, composta pelas novelas "O veredicto", "A metamorfose" e "Na colônia penal", vemos

que a temática da punição por uma falta desconhecida transita do seio familiar ao espaço público, no movimento identificado por Mandelbaum e Mandelbaum. Segundo Carone (1998a, p. 75), a relação entre as novelas que permite seu agrupamento reside na "posição que a figura do pai ocupa na sequência imaginada por Kafka".

Em "O veredicto" (KAFKA, 1998a), o pai é aquele que prolata a sentença, contra a qual descabe qualquer apelo, sendo a condenação à morte cumprida à risca pelo próprio filho condenado. Em "A metamorfose" (KAFKA, 1997a), também o pai é o algoz do filho, sendo a morte inevitável quando esse filho não mais goza de qualquer perspectiva de pertencimento.

Já em "Na colônia penal" (KAFKA, 1998a), o "antigo comandante" é quem preenche essa função tirânica paterna. Esse antigo comandante, conforme narra o oficial ao explorador, foi o criador da máquina exemplar de punição e, com sua morte, a ilha estaria passando por um processo de mudança, no qual cada vez menos cidadãos vinham contemplar as execuções, com o movimento das agulhas a escrever o crime sobre a pele do condenado.

Ao final da novela, o explorador descobre que o corpo do antigo comandante encontra-se enterrado sob os pés de fregueses que calmamente se divertiam em uma casa de chá. Parece plausível a hipótese de que KAFKA esteja nos alertando para o fato de que o social está construído sobre a violência e a tirania, típicas das relações familiares e que, partindo dessas relações fundamentais, alcançam os espaços públicos. Logo, por mais prosaicas que as relações públicas e privadas possam parecer em sua superficialidade, há sempre um terror subterrâneo[2] que, ainda que considerado morto e enterrado, continua eternamente ameaçando ressurgir.[3] Esse talvez seja o medo experimento pelo explorador, que o faz fugir da ilha ao cabo da novela.

Há, portanto, em Kafka, uma continuidade entre o privado e o público – entre o familiar e o político – no que tange às formas de exercício da opressão. O pai tirano, ao longo da obra, torna-se uma função abstrata, habitando de forma indissociável os meandros da burocracia e das instituições públicas. Essa presença da tirania como componente onipresente em um mundo administrado é o que carac-

2. A ideia de um "terror subterrâneo" aparece muito claramente na narrativa "A construção" (KAFKA, 1998), na qual o narrador, um animal indeterminado e entocado em uma construção subterrânea, externa seus pensamentos persecutórios acerca da aproximação de um grande monstro que virá destruí-lo.

3. Transcrevem-se os escritos da lápide do antigo comandante: "Aqui jaz o antigo comandante. Seus adeptos, que agora não podem dizer o nome, cavaram-lhe o túmulo e assentaram a lápide. Existe uma profecia segundo a qual o comandante, depois de determinado número de anos, ressuscitará e chefiará seus adeptos para a reconquista da colônia. Acreditai e esperai" (KAFKA, 1998).

teriza o cenário kafkiano, onde a violência exerce-se por via de leis, regulamentos e procedimentos incompreensíveis e que levam inevitavelmente ao esmagamento da subjetividade.

Sobre essa continuidade entre a figura do pai e a figura dos funcionários da justiça, que administram o aparelho burocrático retratado por Kafka, manifesta-se Benjamin:

"O pai é a figura que pune. A culpa o atrai, como atrai os funcionários da Justiça. Há muito os indícios de que o mundo dos funcionários e o mundo dos pais são idênticos para Kafka. Essa semelhança não os honra. Ela é composta de estupidez, degradação e imundície" (Benjamin, p. 149).

E mais adiante:

"A imundície é em tal grau um atributo dos funcionários que eles podem ser vistos como gigantescos parasitas. Isso não se refere, naturalmente, às relações econômicas, mas às forças da razão e da humanidade, que permitem a essa estirpe sobreviver. Do mesmo modo, também nas estranhas famílias de Kafka o pai sobrevive à custa do filho, devorando-o como um monstruoso parasita. Não consome apenas suas forças, consome também seu direito de existir. O pai é quem pune, mas é ao mesmo tempo quem acusa" (Idem, p. 150).

É, portanto, essa presença da tirania como elemento latente e originário da burocracia que permite que, em um mundo administrado, Kafka tenha demonstrado que os grilhões da humanidade torturada sejam feitos de papel-ofício (JANOUCH, 1952, p. 70-71).

2. FREUD E A "CULPA FUNDAMENTAL"[4]

As leituras psicanalíticas da obra de Kafka, especificamente no que diz respeito ao elemento edípico, foram apreciadas de forma crítica por Deleuze e Guattari (2002, p. 29), no sentido de que tais leituras procederiam a uma "edipianização do universo", aproveitando-se do fato de que a descrição das relações entre pais e filhos nos textos kafkianos expressariam um "Édipo exagerado" (idem, p. 28). Acerca da "Carta ao pai", afirmam Deleuze e Guattari (idem, p. 28-29):

"Kafka passa de um Édipo de tipo neurótico em que o pai bem-amado é odiado, acusado, declarado culpado, a um Édipo muito mais perverso, que cai na hipótese da inocência do pai, de uma 'aflição' comum ao pai e ao filho, mas para dar lugar a uma acusação de grau *n*, a uma injúria tanto mais forte que se torna indeterminável e ilimitada (com o 'adiamento' do *Processo*) através de uma série de interpretações paranoicas".

4. Parte das reflexões desta seção é, na verdade, uma variação das análises já desenvolvidas em Shimizu (2011, p. 182-187).

São procedentes as críticas à aproximação psicanalítica da obra, na medida em que o complexo de Édipo pode ser manuseado como uma chave fácil para uma compreensão desconectada dos aspectos políticos e sociais presentes nos textos de KAFKA.

Por outro lado, do ponto de vista das intersecções entre a psicanálise e a teoria social, especialmente no que diz respeito às concepções de sociabilidade externadas por Freud em seus "textos sociais", percebe-se claramente a existência de uma articulação entre o "Édipo exagerado" de que falam Deleuze e Guattari e o pessimismo radical impresso por Freud sobre a cultura.

As bases do pensamento social freudiano devem ser buscadas no ensaio *O retorno do totemismo na infância*, que compõe *Totem e tabu* (FREUD, 1996 [1914]). Nesse texto, Freud constrói a hipótese do mito fundador do humano e do social, que vai fornecer os fundamentos para as concepções filogenéticas da psicanálise acerca das estruturas familiar e política da humanidade.

De acordo com a hipótese freudiana, a humanidade, em seus primórdios, seria liderada por um pai primevo, que exercia o poder sobre todos os outros indivíduos, reprimindo-lhes a vazão aos instintos sexuais e negando-lhes acesso às mulheres. O pai tirânico e narcísico expulsava da horda os filhos conforme eles cresciam.

Em determinado ponto, os filhos expulsos descobriram-se identificados pelo ódio e passaram a conspirar contra o pai, até então sentido como onipotente. A conspiração levou à rebelião e ao assassinado do pai da horda. A morte foi celebrada com uma refeição, na qual os filhos devoraram o corpo do pai morto, atuando no sentido da introjeção de sua onipotência.

Com a posterior reflexão, os homens desenvolveram um sentimento de culpa em relação a esse crime original. A reflexão possibilitou a percepção de que, apesar de odiado, o pai também era amado e admirado. Assim, o remorso propiciado por essa violência fundamental humanizante estaria na raiz das duas interdições edípicas fundamentais: o incesto e o parricídio. Os filhos, acometidos pela culpa, reviveram o pai totêmico institucionalizando e internalizando as proibições a que eram submetidos anteriormente ao seu assassinato, em tentativa simbólica de anulação do próprio ato. Assim, o pai morto passou a ser mais poderoso em suas proibições que quando vivo.[5]

5. Sobre o mito do pai da horda, vale transcrever trecho da obra de Freud (1996 [1914], p. 146-147): "Odiavam o pai, que representava um obstáculo tão formidável ao seu anseio de poder e aos desejos sexuais: mas amavam-no e admiravam-no também. Após terem-se livrado dele, satisfeito o ódio e posto em prática os desejos de identificarem-se com ele, a afeição que todo esse tempo tinha sido recalcada estava fadada a fazer-se sentir e assim o fez sob forma de remorso. Um sentimento de culpa surgiu, o qual, nesse caso, coincidia com o remorso sentido por todo o grupo. O pai morto tornou-se mais forte do que o fora vivo – pois os acontecimentos tomaram o curso que com tanta frequência os vemos tomar nos assuntos humanos ainda hoje. O que até então fora interdito por sua existência real foi

O assassinato do pai primevo é o antecedente das interdições morais e dos sistemas sociais. É, também, o ponto de estruturação da psique humana e a origem do modelo familiar, que, de certo modo, reedita a horda em suas estruturas tradicionais de poder.

O mito do pai da horda denota o fato de que é o assassinato do pai que marca o ponto de transição na formação da ideia de humano. O esquecimento do assassinato, que subsiste apenas como reminiscência filogenética, e a renúncia à violência – decorrência da culpa em relação à violência fundamental – são a base da humanização, levando à conclusão aparentemente paradoxal de que, na psicanálise, o conceito de humano é uma derivação do assassinato, ou seja, da própria negação do humano (FÉDIDA, 1995).

A existência dessa reminiscência filogenética do terror e da violência esquecida – ou uma reminiscência de *alhures*, na dicção de ZYGOURIS (1998) – explicaria as sucessivas revivências da experiência da horda primeva, na forma de remodelações e de modo sempre imbuído de ambivalência emocional, como nos cultos religiosos e em outras manifestações de grupo, nas quais se celebra o líder assassinado, expiando-se o sentimento de culpa, e simultaneamente reafirma-se a própria independência, confirmando-se o assassinato.

Essa reminiscência de um pai primevo justifica que, no plano social e político, efetivamente haja espaço para o "Édipo exagerado" identificado em Kafka. Conforme coloca Raulet (2002, p. 78):

"O Estado é herdeiro da onipotência do pai primitivo; é 'a instituição que permite à pulsão de morte se expandir plenamente'. Age, por um lado, contra o indivíduo, a fim de forçá-lo a se integrar à comunidade, por outro lado, a exerce em nome da comunidade com relação aos 'inimigos' exteriores".

Independentemente de sua ocorrência no plano fático, o mito do pai da horda constitui a reminiscência fundamental sobre a qual repousa o conceito de humano para a psicanálise. Segundo Enriquez, *Totem e tabu* provoca "o aparecimento de uma teoria radicalmente pessimista, fazendo *a humanidade nascer de um crime cometido em conjunto*, crime do qual a humanidade não pode jamais se liberar" (ENRIQUEZ, 1999. p. 29). A culpa que advém desse crime fundamental permeia, assim, a cultura e a civilização, sendo indissociável do conceito de humano.

---

doravante proibido pelos próprios filhos, de acordo com o procedimento psicológico que nos é tão familiar nas psicanálises, sob o nome de 'obediência adiada'. Anularam o próprio ato proibindo a morte do totem, o substituto do pai; e renunciaram aos seus frutos abrindo mão da reivindicação às mulheres que agora tinham sido libertadas. Criaram assim, do sentimento de culpa filial, os dois tabus fundamentais do totemismo, que, por essa razão, correspondem inevitavelmente aos dois desejos reprimidos do complexo de Édipo. Quem quer que infringisse esses tabus tornava-se culpado dos dois únicos crimes pelos quais a sociedade primitiva se interessava".

Essa culpa coletiva e inconsciente, advinda de um assassinato esquecido, é temática que se tornará uma constante na obra freudiana, culminando na concepção de cultura externada em *O mal-estar na civilização* (FREUD, 1996 [1927]). O mal-estar afasta a possibilidade de felicidade na civilização, sendo a culpa, ao lado das hostilidades ambientais, o fator que se coloca na gênese da cultura.

O horror do pai da horda, bem como a culpa pelo crime cometido em conjunto, lançados como bases do fenômeno social e político, levam à compreensão de que as instituições e as relações sociais encontram-se sempre permeadas pela culpa e pela pulsão de morte.

Culpa e pulsão de morte, aliás, são conceitos tradados por Freud de maneira muito próxima, constituindo, por vezes, facetas de um mesmo fenômeno. Um dos destinos da pulsão de morte, conforme Freud postula em "O ego e o id", consiste na autoagressividade imposta ao ego pelas exigências superegoicas. Nesse sentido (FREUD, 1996 [1923]. p. 66-67):

"É notável que, quanto mais um homem controla sua agressividade contra o exterior, mais severo – isto é, agressivo – ele se torna em seu ideal do ego. A opinião comum vê a situação do outro lado; o padrão erigido pelo ideal do ego parece ser o motivo para a supressão da agressividade. Permanece, contudo, o fato de que, como afirmamos, quanto mais um homem controla a sua agressividade, mais intensa se torna a inclinação de seu ideal à agressividade contra seu ego".

Assim, transpondo-se tal observação clínica ao campo da cultura, a reminiscência da violência fundamental que permeia a civilização e o sentimento de culpa sobre o qual esse mesma civilização está erigida são "faces de uma mesma moeda", que coexistem de forma intrínseca e permitem, quando vistas conjuntamente, compreender-se a visão sombria que a psicanálise lança sobre o campo social.

Em *O mal-estar na civilização*, FREUD postula que a felicidade não faz parte do plano da Criação, o que se coloca na conta não apenas dos imperativos da realidade hostil do mundo, mas sobretudo da violência e da culpa fundamentais sobre as quais se baseia a cultura, a justificar que o mito fundador da humanidade para FREUD seja um crime cometido em conjunto: a morte do pai esquecida, mas que, paradoxalmente, se reafirma no plano inconsciente em todos os fazeres institucionais (públicos e privados) da civilização.

O mito do pai da horda pretende fornecer uma explicação para a culpa que habita as bases da cultura. A civilização, a partir da psicanálise, apenas seria possível como sucedâneo de uma culpa, que refreasse o princípio do prazer, possibilitando a catexia libidinal nos supostos fins elevados da comunidade.

Assim, em *O mal-estar na civilização*, Freud postula que a cultura não é apenas filha da necessidade, ou seja, não se inscreve exclusivamente nos ditames do embate entre o princípio do prazer e o princípio da realidade (EROS e ANANKÉ). A inovação da obra reside na parcela do mal-estar que é tributária do embate entre

as pulsões de vida e de morte que disputam pelos construtos da civilização (EROS e THANATUS). Isso permite a RAULET (2002, p. 71) postular que o texto trabalha dois níveis de mal-estar:

"Isso porque o segundo grau do 'mal-estar' mostra, na realidade, não somente que esse equilíbrio é inacessível, mas que alcançá-lo confirmaria o desmoronamento da civilização e o triunfo da morte. O 'escândalo' de *O mal-estar na civilização* foi realmente de ter introduzido a hipótese da pulsão de morte, avençada em *Além do princípio do prazer*, no domínio da cultura e da civilização, que por sua vez era em si mesma uma extensão especulativa da psicanálise, e de tal forma que ao aprofundar a problemática, é a hipótese da pulsão de morte que predomina".

Nesse ponto, portanto, há uma clara convergência entre as concepções de Kafka e Freud quanto ao campo social.

Como já visto, para Kafka, o "pecado original" é o crime cometido contra a humanidade, relegado ao esquecimento, mas, ainda assim, levando à punição certa da humanidade-vítima. No mito freudiano, tal situação traduz-se na violência fundamental que levou ao assassinato do pai. Esse "pecado original" persiste como reminiscência de uma violência que, ainda que tenha vitimado a humanidade, produz uma culpa fundamental inconsciente e, portanto, esquecida. O esquecimento do assassinato do pai, contudo, não impede que essa reminiscência fundamental esteja na base da cultura, pautando as relações familiares e as instituições civilizatórias.

O pai da horda, portanto, assim como o antigo comandante da Colônia Penal, está morto e esquecido, mas espera enterrado sob nossos pés sua oportunidade de ressurgência, o que se dá pela obediência adiada de seus filhos, sempre prontos a orientar a civilização no sentido da barbárie. Barbárie que reside na máquina de execuções de Kafka ou no sistema prisional desumano brasileiro; no processo que levou à execução de Josef K. ou na tecnocracia cínica do Poder Judiciário, que produz o encarceramento em massa da pobreza e fecha os olhos aos extermínios que ocorrem nas periferias. O mal-estar, nessa dimensão, é a barbárie e o horror que se escondem por baixo das togas dos juízes e nas entranhas dos autos dos processos, nos cartórios onde se arquivam os autos de resistência seguida de morte[6] e as sentenças condenatórias.

6. Autos de resistência seguida de morte são documentos lavrados pela polícia, no lugar de Boletins de Ocorrência comuns, a fim de disfarçar execuções e assassinatos por policiais. Assim, a investigação, quando há, inverte os papéis de vítima e criminoso, colocando o agente do estado responsável pela execução como suposta vítima de um crime de resistência. Quase invariavelmente, tais casos acabam arquivados, referendando-se o extermínio. (Disponível em: [http://www.estadao.com.br/noticias/ cidades,resistencia-seguida-de--morte-e-disfarce-para-execucoes-em-sp,945062,0.htm]. Acesso em: 01.12.2012).

3. CONCLUSÕES: O JURÍDICO PERMEADO PELA BARBÁRIE

A visão radicalmente pessimista que a presente articulação entre literatura e psicanálise nos fornece nos permite compreender um pouco melhor a situação recorrente na qual a negativa do exercício de direitos e a produção da barbárie advêm dos próprios órgãos destinados à salvaguarda desses direitos.

Em sua carta a Einstein sobre a guerra, Freud (1996 [1933]) reconhece que, muito embora direito e violência sejam vistos comumente como antíteses, "é fácil mostrar que um se desenvolveu da outra" (idem, p. 198). Se a lei e o Estado de Direito desenvolveram-se como formas reativas à violência, é fato que, a partir do mito fundante do pai da horda, a violência sempre estará subjacente à lei.[7] Assim, por trás da função paterna de guarda da lei, encontra-se a reminiscência da face terrível do pai da horda.

Se a tirania se coloca como elemento originário do direito e da política, conforme nos demonstra a psicanálise, a barbárie habita os meandros das normas postas. Em outras palavras, conforme assevera Endo, "a violência descansa num lugar seguro e onde nada pode atingi-la, protegida que está na interioridade do sistema jurídico e, por essa via, em sua absoluta exterioridade" (no prelo, s.p.).

A partir dessa concepção, portanto, afigura-se como ilusória a dicotomia entre o direito e a barbárie. A teoria geral do direito e do Estado, desde sua concepção contratualista, vem se fundando na norma como forma de contenção da arbitrariedade, o que se apresenta como uma concepção míope quando se constata que a barbárie é o próprio sustentáculo sobre o qual se monta o aparato burocrático das leis e da Justiça, como tão bem demonstram as narrativas kafkianas.

Chama a atenção, nesse sentido, o fato de que é o próprio Estado o maior perpetrador de lesões a direitos, aflorando o paradoxo segundo o qual a própria

7. No âmbito da filosofia do direito, não é inédita essa ideia segundo a qual a relação entre Estado e violência é essencialmente ambivalente, na medida em que o direito tem a função de, avocando para si a violência, reprimir pela força, em última instância, as violências disseminadas no corpo social. Nesse sentido, por exemplo, cita-se trecho de obra de Derrida (2010, p. 127-128), em que ele trabalha sobre as concepções de Benjamin sobre a relação entre direito e violência: "Com efeito, o que Benjamin chama de 'dialética dos autos e baixos', na violência fundadora ou conservadora do direito, constitui uma oscilação na qual a violência conservadora deve exercer constantemente a 'repressão contra as violências hostis'. Ora, essa repressão – e o direito, a instituição jurídica é essencialmente repressiva, desse ponto de vista – não cessa de enfraquecer a violência fundadora que ela representa. Ela se destrói, portanto, por ela mesma, no curso desse ciclo. Pois aqui Benjamin reconhece, de certo modo e implicitamente, aquela lei de iterabilidade que faz com que a violência fundadora esteja sempre representada numa violência conservadora, que repete sempre a tradição de sua origem e que só conserva, enfim, uma fundação destinada primeiramente a ser repetida, conservada, reinstituída. Benjamin diz que a violência fundadora é 'representada' (*repräsentiert*) na violência conservadora".

instância imaginada para refrear a arbitrariedade é, em si mesma, a instância mais arbitrária.

No que toca ao papel do sistema de justiça na proliferação de tais arbitrariedades, Endo (idem, ibidem) relata um caso noticiado pela imprensa, no qual se descobriu que um juiz de direito utilizava trabalho escravo em sua fazenda, no Município de Açailandia, em São Paulo. Esse mesmo juiz teria causado entraves, pela determinação do deslocamento de competência, ao processamento de acusações relativas à redução à condição análoga de escravo, almejando impedir a responsabilização de outro pecuarista cuja atividade também utilizava mão de obra escrava.

Acerca do caso, Endo (idem, ibidem) conclui:

"O envolvimento do juiz nesse caso não se constitui em raridade no Brasil, mas o exemplo é interessante para destacar que o protagonismo do judiciário em situações de violação de direitos fundamentais no Brasil revela-se com clareza no momento em que a presença do juiz, não raro, é o que favorece a preservação do estado de exceção, onde toda a suspensão do ordenamento é garantida, precisamente pela presença de um agente jurídico, que evita que a justiça e a lei vigorem em regiões anômicas onde o vivente se constitui como escravo – vida nua".

O "protagonismo judicial" na perpetração da barbárie, contudo, não necessita de exemplos tão extremos para ser notado. Uma análise mais atenta nos permitirá antever um sem-número de casos em que, sem que haja qualquer lesão à lei ou ao processo, o Judiciário dá seu aval e legitima estados de dominação violenta que afrontam o mais comezinho senso ético de justiça.

Apenas a título de exemplo, vale a pena comparar dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, autointitulado "Tribunal da Cidadania" (conforme se lê na primeira página de seu sítio eletrônico), ambos relatados pela mesma ministra, Dra. Maria Thereza Assis Moura, e versando sobre a mesma matéria: a incidência penal do princípio da insignificância.[8]

8. O princípio da insignificância é uma construção doutrinária do direito penal que, reconhecendo que o direito penal, como ultima ratio da intervenção estatal, apenas deve incidir quando houver lesão ou perigo de lesão significativa a bem jurídico relevante, prega que uma conduta será considerada atípica e, portanto, impassível de punição na esfera penal, quando não houver ofensividade significativa, ainda que o fato seja formalmente típico. De acordo com Lopes (2000, p. 117-118): "o juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o Direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. É notável a

O HC 240887/SP, julgado em outubro de 2012, versava sobre o reconhecimento da desnecessidade da intervenção penal ao caso de um cidadão acusado do furto de uma bicicleta avaliada em R$ 150,00 reais. Ele havia sido condenado, nas instâncias precedentes, à pena de um ano de reclusão em regime fechado.

O STJ, nesse caso, não conheceu da ordem de habeas corpus, constando da fundamentação que não haveria qualquer ilegalidade manifesta na decisão condenatória. Acerca da lesividade da conduta criminosa, pronunciou-se a ministra:

"De fato, conforme se colhe, o paciente furtou uma bicicleta, no valor de R$ 150,00, em janeiro de 2011, o que representava, na época, mais de um quarto de um salário mínimo (R$ 540,00), valor considerável que não pode ser tido como insignificante. Além disso, a sua conduta, revelando especial audácia, ao usar de ardil para distrair o proprietário do bem, um guarda municipal em serviço, para, então, subtrair a coisa, afasta também a aplicação do princípio da insignificância".

No agravo regimental em REsp 1246864/RS, também julgado em outubro de 2012, não obstante a matéria aventada também fosse a aplicação do princípio da insignificância, por tratar-se de delito que lesava o erário, e não patrimônio individual (contrabando e descaminho), a solução jurídica encontrada pela ministra foi diversa:

"A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que o princípio da insignificância no crime de descaminho ou contrabando tem aplicação quando o débito tributário não for superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), haja vista o disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002".

De acordo com o julgado, seriam insignificantes para fins penais desfalques ao erário que não atinjam a soma de R$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo-se em vista

---

síntese apresentada por Sanguiné sobre o conteúdo da tipicidade material ao dispor que a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo. A ação descrita tipicamente há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deseja castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, de maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão porque alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância".

que, em casos de débitos de até esse valor, a execução da dívida na esfera cível é facultativa.

Assim, o mesmo Tribunal e a mesma julgadora entendem que há lesão ao ordenamento jurídico-penal no furto de uma bicicleta, devendo a pessoa ser punida com um ano de reclusão em regime inicialmente fechado, ao passo que não há possibilidade dessa responsabilização quando alguém for penalmente acusado de delito tributário, ainda que a lesão ao erário ultrapasse o valor de sessenta bicicletas.

A interpretação conferida pelo Tribunal à lei penal não contraria, à primeira vista, nenhuma norma do ordenamento jurídico posto, tanto que dificilmente é contestada. Isso porque, como já se tem há muito mencionado, direito e senso ético de justiça são conceitos que muito pouco têm em comum. Parece claro, contudo, que se está diante do fenômeno identificado por Endo de "protagonismo judicial" na proliferação de estados de opressão e dominação, ainda que dentro da legalidade.

A explicação para a disparidade de tratamento nos casos usados como exemplo não pode ser buscada no próprio direito, mas sim, nos aspectos sociais envolvidos. Comumente, o autor de furtos de bicicletas é alguém que merece todo o rigor da lei penal, tendo-se em vista o extrato socioeconômico do qual provém. Tal contexto não é o mesmo, por certo, da pessoa que normalmente comete crimes ditos econômicos, como a sonegação fiscal ou o descaminho, pessoas normalmente pertencentes a camadas superiores da pirâmide social.

Esse protagonismo judiciário, que atravessa todas as instâncias, é o responsável pelo fato de que hoje, o sistema penitenciário brasileiro tenha se tornado um espaço de suspensão da dignidade, habitado quase exclusivamente por pobres, negros ou migrantes, identificado como "inferno" pela CPI instaurada para investigar a realidade carcerária:

"Apesar de normas constitucionais transparentes, da excelência da lei de execução penal e após 24 anos de sua vigência e da existência de novos atos normativos, o sistema carcerário nacional se constitui num verdadeiro inferno, por responsabilidade pura e nua da federação brasileira através da ação e omissão dos seus mais diversos agentes" (fonte: Procuradoria-Geral dos Direitos do Cidadão. Disponível em 12.11.2009, no sítio eletrônico [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/sistema-prisional/CPIsistemacarcer ario.pdf]).

Do ponto de vista dos discursos formais, o Judiciário atua como guardião da lei, composto por juízes investidos da autoridade do Estado. Por outro lado, os exemplos trazidos denotam que a aplicação da lei não impede a perpetração da iniquidade e da violência, especialmente em função da classe socioeconômica, o que também pode ser lido como uma violência de uma frátria contra aqueles que dela não participam ou participam apenas a título muito precário.

Retornando-se ao postulado psicanalítico mencionado acima, segundo o qual culpa e pulsão de morte apresentam-se intimamente ligados do ponto de vista da

economia psíquica, não se pode descartar a hipótese de que a violência perpetrada pelo direito se afigure, em grande parte, como expiação da culpa fundamental que habita a civilização.

Tal expiação, por certo, atinge preferencialmente aqueles que são eleitos como dejetos sociais, "consumidores falhos",[9] na dicção de Bauman (1998, p. 24), que terão como função apenas encher as prisões, os albergues, os manicômios e o gueto.

Ao verem-se os exemplos das decisões acima, emanadas pelo Tribunal que se avoca o título de "Tribunal da Cidadania", podemos entender o enigmático conto "Diante da lei" de Kafka, que compõe "O processo" (KAFKA, 1997b, p. 261-263).

No conto, Kafka nos narra que diante da lei havia um porteiro. Um camponês dirigiu-se a esse porteiro e pediu para entrar na lei. O porteiro não lhe permitiu a entrada. Disse-lhe que, se ele tentasse entrar na lei, ele teria de barrá-lo. Ainda que ele conseguisse passar por aquela entrada, contudo, o porteiro lhe informou que, de sala em sala, existiam porteiros cada vez mais poderosos, que não lhe permitiriam chegar até a lei. O camponês tentou suborná-lo e o porteiro, ainda assim, não permitia sua entrada.

Kafka nos conta que o camponês passou sua vida inteira ao lado do porteiro e lá envelheceu, sem nunca ser-lhe dada a oportunidade de entrar na lei. Quando já estava prestes a morrer, o camponês faz uma última pergunta ao porteiro:

"'Todos aspiram à lei', diz o homem. 'Como se explica que, em tantos anos, ninguém além de mim pediu para entrar?' O porteiro percebe que o homem já está no fim, e para ainda alcançar sua audição em declínio, ele berra: 'Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a" (idem, p. 263).

Esta pequena história sintetiza, com evidente maestria, a ambivalência entre civilização e barbárie a que se referiu ao longo deste texto. A postulação constitucional de amplo acesso à justiça (art. 5.°, XXXV, da CF/1988) não impede que o Tribunal da Cidadania estabeleça diferenças eticamente injustificáveis entre classes de cidadãos. Assim, ainda que formalmente a lei seja acessível a todos e a cada um, atendendo a cada demanda em sua particularidade, o protagonismo judiciário na perpetração da barbárie funciona, como no conto de Kafka, como o

9. Nesse sentido, cf. Bauman (1998, p. 24): "Uma vez que o critério da pureza é a aptidão de participar do jogo consumista, os deixados fora como um 'problema', como a 'sujeira' que precisa ser removida, são *consumidores falhos* – pessoas incapazes de responder aos atrativos do mercado consumidor porque lhes faltam os recursos requeridos, pessoas incapazes de ser 'indivíduos livres' conforme o senso de 'liberdade' definido em função do poder de escolha do consumidor. São eles os novos 'impuros', que não se ajustam ao novo esquema de pureza. Encarados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes – verdadeiramente 'objetos fora do lugar'".

porteiro, armado de um tacape, pronto a violentar qualquer camponês ou citadino que tente acessá-la.

Kafka e Freud nos alertam, portanto, para o fato de que a burocracia, ao invés de constituir um aparato para a salvaguarda de direitos, é na verdade a forma de dominação mais apta a esconder a violência originária sobre a qual o direito e a política repousam. Tais autores nos convidam a enxergar o direito e o processo como um campo de batalha política, onde a resistência à opressão não pode se dar apenas de acordo com as regras do jogo criado para perpetuar os estados de dominação.

É nos escaninhos cartoriais, portanto, que a barbárie moderna se esconde, tingida em tons de bege. Enxergar essa violência, onde apenas apresentam-se protocolo e formalismo, é a única via apta a propiciar uma resistência efetiva.

Acerca da visão pessimista de Freud sobre a cultura, como bem asseveram Endo e Souza (2009), se a enunciação do crime fundamental em *Totem e tabu* força a psicanálise a uma concepção sombria da civilização, assolada por uma culpa inarredável e permeada pela violência fundamental do crime cometido em conjunto, é também a enunciação do mito do pai da horda que introduz, desde uma perspectiva coletiva, a temática da responsabilidade e da resistência à tirania.

Nesse sentido:

"Mas, o que é o mal-estar, termo tão propalado após Freud? Trata-se da impossibilidade de encontrar e ocupar um lugar plenamente satisfatório onde reinaria a absoluta harmonia e a completa satisfação. Somos os autores do parricídio e, como tal, criminosos. O pai foi sacrificado em benefício dos irmãos e por isso a culpa é de todos e de cada um deles. O crime é coletivo, mas a culpa se inscreve e reside na experiência singular do sujeito. Essa escolha, que culminou com o assassinato do pai, mas que principiou com uma resistência à tirania, tem sua origem num desejo sobre o qual não se pode negar a responsabilidade. O desejo que a escolha veicula implica necessariamente em responsabilidade coletiva, sendo a responsabilidade uma forma sublimada de culpa. Ser responsável diz respeito a um certo nível de emancipação da figura paterna. Um compromisso entre pessoas, grupos e sociedades que exige desapego narcísico e distanciamento relativo da exclusivista culpa pessoal" (idem, p. 104).

Assim, o que pode restar dessa tentativa de articulação entre literatura, psicanálise e direito parece ser apenas o imperativo de resistir, ainda que sem perspectiva de vitória, ainda que sem um guia ou manual a seguir-se. Resistir é uma meta por si só, conforme emana do *ethos* libertário de Freud e Kafka. Os caminhos postos, contudo, não levam a essa meta, cabendo ao sujeito ético a escolha de outros caminhos, ainda que agonísticos. Vale citar, à guiza de encerramento, um aforismo de Kafka: "Há uma meta, mas não há um caminho; aquilo a que chamamos caminho é hesitação" (KAFKA apud ROBERT, 1963. p. 261).

4. BIBLIOGRAFIA

ANDERS, Günther. *Kafka: pró e contra – os autos do processo*. 2. ed. Trad. port. Modesto Carone. São Paulo: Cosac Naify, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. port. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BENJAMIN, Walter. Franz Kafka: a propósito do décimo aniversário de sua morte. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*.8. ed. Trad. port. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 2012.

CARONE, Modesto. *Duas novelas de primeira*. In: KAFKA, Franz. *O veredicto – Na colônia penal*. Trad. port. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Kafka: para uma literatura menor*. Lisboa: Assírio Alvim, 2002.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. Trad. port. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. Trad. port. Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

ENDO, Paulo Cesar; SOUSA, Edson. *Sigmund Freud: ciência, arte e política*. Porto Alegre: L&PM, 2009.

_____. A ressurgência da tirania como elemento originário da política. *Revista da Defensoria Pública*, vol. 5. São Paulo, no prelo.

FÉDIDA, Pierre. L'oublie du meurtre dans la psychanalyse. *Le site de l'étranger*. Paris: PUF, 1995.

FREUD, Sigmund [1914]. Totem e tabu. *Edição* standard *brasileira das obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. XIII, s.t..

_____. [1923] O ego e o id. *Edição* standard *brasileira das obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. XIX. s.t..

_____. [1927] O mal-estar na civilização. *Edição* standard *brasileira das obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. XXI, s.t..

_____. [1933] Por que a guerra? *Edição* standard *brasileira das obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. XXII. s.t..

JANOUCH, Gustav. *Kafka m'a dit*. Paris: Calmann-Lévy, 1952.

KAFKA, Franz. *Um artista da fome – A construção*. Trad. port. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *Carta ao pai*. Trad. port. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

_____. *O desaparecido ou Amerika*. 3. ed. Trad. port. Susana Kampff Lages. São Paulo: Ed. 34, 2012.

_____. *A metamorfose*. Trad. port. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997a.

_____. *Narrativas do espólio*. Trad. port. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *O processo*. Trad. port. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997b.

_____. *O veredicto – Na colônia penal*. Trad. port. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998a.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MANDELBAUM, Enrique; MANDELBAUM, Belinda. A família de Kafka ou da educação de crianças no interior de um organismo animal. *Psicologia USP*, vol. 13, n. 2, p. 143-150, 2002.

RAULET, Gérard. As duas faces da morte: sobre o estatuto da agressividade e da pulsão de morte em "O mal-estar na civilização". In: LE RIDER, Jacques et. al. *Em torno de "o mal-estar na cultura", de Freud*. Trad. port. Carmen Lucia Montechi Valladares de Oliveira e Caterina Koltai. São Paulo: Escuta, 2002.

ROBERT, Marthe. *Franz Kafka*. Trad. port. José Manuel Simões. Lisboa: Presença, 1963.

SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas*. São Paulo: Ibccrim, 2011.

ZYGOURIS, Radmila. De alhures ou de outrora ou o sorriso do xenófobo. Trad. port. Caterina Koltai. In: KOLTAI, Caterina (org.). *O estrangeiro*. São Paulo: Escuta, 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acerca da criminologia psicanalítica, de Sheila Jorge Selim de Sales – *RBCCrim* 17/222 (DTR\1997\667);
- O desrespeito aos Direitos Humanos Fundamentais no curso da história, de Iara Morassi Laurindo – *RDCI* 87/29 (DTR\2014\3641); e
- Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: uma análise sob o enfoque da criminologia clínica, de Alvino Augusto de Sá – *RBCCrim* 28/231 (DTR\1999\440).

66198

Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise

Cultural criminology and the media: a study on the influence of the different types of media in criminal matters in times of crisis

Carlo Velho Masi

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela UFRGS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-RS. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRAPP) e Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Advogado criminal em Porto Alegre/RS.

Renan da Silva Moreira

Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia (GEPCRIM) da PUC-RS. Advogado criminal em Porto Alegre/RS.

Área do Direito: Penal; Comunicação; Consumidor

Resumo: O presente estudo pretende provocar uma reflexão quanto à influência dos meios de comunicação na questão criminal, fazendo uma abordagem mais específica da mídia através da nova ótica da Criminologia Cultural. A mídia, como grande formadora de opiniões, contribui inegavelmente para a constituição do próprio caráter do indivíduo, delimitando sua visão do mundo e transmitindo-lhe a noção de certo e errado, lícito e ilícito. Logo, as inferências que isso acarreta para o fenômeno criminal, estudado pela Criminologia, são evidentes. A Criminologia Cultural celebra as noções pós-modernas de diferença, descontinuidade e diversidade, rompendo com os estereótipos restritivos e negativos. Assim, o que antes eram considerados grupos de interesse não convencionais e simples perturbações públicas têm sido objetos de estudo revisados em meio a um revigorado entusiasmo pela pesquisa etnográfica e pelo fascínio do poder da imagem sob um novo enfoque. Busca-se, então, entender até que ponto a mídia poderia auxiliar e contribuir para mitigar a criminalidade, até

Abstract: The intention of this paper is to reflect on the influence of the media in criminal matters, with a more focused approach on the media through the new perspective of cultural criminology. The media, as a major opinion-maker, offers an undeniable contribution for the creation of a person's character, setting the boundaries of that person's vision of the world and conveying a sense of right and wrong, legal and illegal. Therefore, the inferences that all this has on the criminal phenomenon, which is studied by criminology, are evident. Cultural criminology celebrates the postmodern notions of difference, diversity and discontinuity, breaking with the restrictive and negative stereotypes. Therefore, what was once considered unconventional interest groups and ordinary public disturbance has become the object of revision studies with a fresh enthusiasm for ethnographic research and a fascination for the power of the image under a new approach. The objective here is to understand how far the media can go in terms of helping to

porque, mesmo que não tenha o condão de incitar o cometimento de delitos, indiretamente, de acordo com a cultura em que o sujeito está inserido, suas mensagens subliminares podem contribuir para a concretização de determinados crimes.

PALAVRAS-CHAVE: "Mídia" - "Criminologia Crítica" - "Pós-modernidade" - "Criminologia Cultural" - "Controle Social" - "Sociedade de Massa".

reduce criminality, because, even though it does not have the power to encourage crimes, indirectly, depending on the culture in which the person is part of, the media's underlying messages can contribute to the commitment of certain crimes.

KEYWORDS: The media - Critic criminology - Post-modernity - Cultural criminology - Social control - mass society.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As relações entre a mídia e o crime como objetos de estudo da criminologia; 3. O comportamento desviante na sociedade de massa; 4. Os múltiplos significados da mídia e seus efeitos sobre o comportamento humano; 5. A mídia como potencializador da influência do contexto social sobre o crime; 6. A criminologia crítica e a mídia; 7. A visão pluralista da mídia; 8. A mídia, o realismo e a pós-modernidade; 9. A criminologia cultural e a mídia; 10. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de informar e de ser informado constitui um dos pilares das sociedades democráticas. Por essa razão, a instituição da mídia legitimou-se historicamente como a principal difusora de informações sobre o mundo e o local onde habitam seus leitores e ouvintes. Por isso, Luhmann afirma que "aquilo que sabemos sobre nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação".[1]

Na contemporaneidade, a mídia goza de enorme credibilidade e confiança aos olhos da população a qual deve servir, de modo que é possível afirmar que a sociedade se tornou dependente dela para se atualizar e ter ciência dos acontecimentos do mundo.

"A complexidade das sociedades contemporâneas impôs a massificação dos mecanismos comunicacionais. Uma massificação de meios (jornais, rádio, televisão, internet etc.), mas também de mensagens, de emissores e de destinatários dessas mensagens".[2]

Um dos principais fatores que colaboraram com esse movimento foi o fenômeno sociopolítico da globalização, como interseção da presença e da ausência, caracterizado pelo entrelaçamento de eventos e relações sociais que estão à distância de contextos locais, como resultante dos avanços tecnológicos, principalmente dos meios de comunicação, em especial da tecnologia eletrônica e, sobretudo, da

1. LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005. p. 15.

2. GOMES, Marcus Alan de Melo. Mídia, poder e delinquência. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCrim, ano 20, n. 238, p. 4-5, set. 2012.

mídia.[3] Ao passo que a sociedade global trouxe avanços, trouxe, também, riscos e inseguranças, reforçando, assim, a ideia do contraste entre determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade.[4]

O problema surge precisamente quando se constata que a expansão da mídia causou um grande embate entre a velocidade do mundo em que vivemos,[5] impulsionada pelo fetiche do imediatismo, e o conhecimento científico, erudito, técnico e refletido, que demanda um tempo de maturação menos acelerado. Este conflito torna cada vez mais atrativos os meios de comunicação em massa como principal fonte de "conhecimento".[6]

A mídia aproveita-se do paradoxo e da complexidade dos tempos atuais, tempos de liminaridade e de crise,[7] para oferecer uma resposta "correta", simplificada, indiscutível e, acima de tudo, pronta.

---

3. GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

4. ROBALDO, José Carlos de Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. *A sociedade de risco e a dogmática penal*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. São Paulo: IBCCrim, 2002.

5. Segundo VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993. p. 128. Apud GAUER, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 220., "a velocidade constitui a alavanca do mundo". E, neste rumo, o mundo está chegando a um ponto de instantaneidade nos nossos deslocamentos. Passamos do tempo extensivo da história ao tempo intensivo de uma instantaneidade sem história, sendo a velocidade uma alucinação de perspectiva que destrói toda a extensão da cronologia. Dentro dessa perspectiva, a verdade dos fenômenos é sempre limitada pela sua velocidade. O "ser" torna-se incerto quanto à sua posição no espaço e indeterminado quanto ao seu verdadeiro regime de tempo. Uma temporalidade, portanto, "que não anda e sim se expande" e que, portanto, perturba fortemente a possibilidade de afirmação de uma verdade fixa sobre as premissas que construíram as narrativas unificadoras.

6. AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade. Criminologia cultural, marketing e mídia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 234, p. 14-15, maio 2012.

7. O tempo em que vivemos denota um conjunto incomum de transformações, estudadas pela Sociologia sob a forma de diferentes conceitos, como "sociedade do risco", "sociedade do consumo", "sociedade da informação" ou, simplesmente, "pós-modernidade" ou "modernidade tardia", todos eles muito distantes de bem representar as inúmeras nuances da sociedade contemporânea. As profundas mudanças estruturais e a emergência de novas relações sociais alteraram, de forma importante, toda configuração das relações humanas. Essas mudanças têm provocado movimentos em todas as áreas de conhecimento, sobretudo no Direito. Para D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 71, p. 44-53, Porto Alegre, dez.-jan. 2012, esp. p. 45, estamos a viver um forte período de "liminaridade", no sentido que lhe é dado pela Antropologia, ou seja, um período de passagem, no qual sabe-se que há um esgotamento do paradigma passado, mas ainda não se pode perceber com clareza o modelo que se anuncia.

Mas a "verdade" é que, na complexidade do universo tal como hoje compreendido, nos encontramos na seara das possibilidades, e não mais das certezas (referenciais). O universo é uma realização num espaço das coisas possíveis, no qual se empreendem tentativas. Temos à frente, então, um universo evolutivo, assimétrico no tempo.[8]

Desde o advento das teorias de Einstein, sabe-se do déficit de previsibilidade dos caminhos da ciência. Elas rompem com a cosmovisão moderna, quando põem em dúvida o caráter absoluto do tempo e do espaço. O tempo no mundo, ao tornar-se incerto, torna-se, por consequência, diferente do tempo das ciências modernas. Logo, a produção de conhecimento, privado da verdade universal, somente pode ser apoiada mediante uma postura de conhecimento provisório. Reina a incerteza, onde se trabalha com interpretações e narrativas, mas não com verdades absolutas.[9] E, obviamente, essa visão vai de encontro aos ideais consumistas propagados pela mídia.

Uma concepção que leve em conta este "movimento caótico"[10] e a noção de que a ciência é um domínio de muitas certezas de fato, e não do domínio da certeza absoluta no plano teórico, não interessa aos meios de comunicação, na medida em que representa a quebra de determinados paradigmas que sustentam o comércio midiático.

A implicação desta seletividade é que a mídia, como formadora de opinião, acaba em parte constituindo o próprio caráter do indivíduo, delimitando sua visão do mundo e transmitindo-lhe a noção de certo e errado, lícito e ilícito. As inferências que isso acarreta para o fenômeno criminal, estudado pela Criminologia, são, portanto, evidentes.

2. AS RELAÇÕES ENTRE A MÍDIA E O CRIME COMO OBJETOS DE ESTUDO DA CRIMINOLOGIA[11]

As conexões entre a mídia e o crime não são um objeto de estudo novo. Há mais de um século, criminólogos e teóricos da mídia tentam estabelecer as ligações entre

8. PRIGOGINE, Ilya. O reencantamento do mundo. In: MORIN, Edgar; _____. (org.). *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 229-237.

9. GAUER, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 171-177.

10. MORIN, Edgar. Complexidade e Liberdade. In: _____; PRIGOGINE, Ilya. (org.). *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 239-254.

11. A incursão histórica no que se refere aos estudos da mídia que aqui fazemos baseia-se no capítulo inaugural "Teorizando a Mídia e o Crime", da obra *Media & Crime* (p. 7-38), da professora do departamento de criminologia da Universidade de Leicester, Inglaterra,

ambos e, em embora quase nunca trabalhando juntos, chegam a algumas conclusões semelhantes.

Mas o que torna uma pessoa um criminoso? Porque somos tão fascinados pelo crime e pelo desvio? Se a mídia tem tanto sucesso em chamar a atenção do público, ela também teria a capacidade de aumentar o medo que as pessoas têm do crime? O interesse da mídia no crime pode ser prejudicial? Estes são alguns dos questionamentos que se buscam aprofundar nos estudos que a Criminologia opera sobre a mídia.

Antes de mais nada, é crucial observar que a intersecção entre a criminologia e os estudos da mídia reside no desenvolvimento dessas disciplinas como áreas de interesse que se valem de diferentes teorias, sobretudo oriundas da sociologia e da psicologia, mas também das artes e das ciências sociais. Além disso, não se pode desconsiderar que toda pesquisa acadêmica é marcada por forças externas e eventos sociais, políticos, econômicos e culturais.

A origem interdisciplinar e as raízes comuns nas ciências sociais foram determinantes para a atração do interesse de muitos pesquisadores a partir da década de 60 do século XX, como Steve Chibnall, Stanley Cohen, Richard Ericson, Stuart Hall, Jock Young, dentre outros tantos.

Um dos debates mais persistentes no meio acadêmico é determinar que tipo de mídia pode conduzir a um comportamento antissocial, desviante ou criminoso, ou seja, até que ponto as imagens da mídia causam um efetivo negativo nos expectadores.

Normalmente, acredita-se que a sociedade tornou-se mais violenta com o advento da moderna indústria midiática. O surgimento da televisão, das produções cinematográficas e da computação teria intensificado a ansiedade do público. No entanto, muito poucos crimes são genuinamente fenômenos novos, apesar do esforço da mídia de apresentá-los dessa forma.[12]

Para muitos observadores, tornou-se senso comum afirmar que, desde o advento da mídia de massa (*mass media*), a sociedade cada vez mais caracteriza-se pelo crime, especialmente pelo crime violento. Contudo, certas pesquisas, como a de Pearsons (1983), demonstram que a história dos medos sociais remonta vários séculos atrás.

YVONNE JEWKES. Na introdução de seu estudo, JEWKES faz um apanhado dos últimos 50 anos dos estudos acadêmicos envolvendo o tema. Portanto, para um maior aprofundamento da matéria, remetemos o leitor ao trabalho original em língua inglesa: JEWKES, Yvonne. *Media & Crime*. Londres: SAGE, 2011.

12. Basta pensarmos que crimes de trânsito, tráfico de drogas, assaltos a bancos, sequestros, etc., são crimes que desde a modernidade sempre existiram em maior ou menor frequências nas mais diversas sociedades.

3. O COMPORTAMENTO DESVIANTE NA SOCIEDADE DE MASSA

As duas principais teorias que tentam explicar o surgimento da noção de que as imagens da mídia são responsáveis pela erosão dos padrões morais, pela subversão dos códigos consensuais de comportamento e pela corrupção da mente dos jovens são a *teoria da sociedade de massa* (*mass society theory*), derivada da sociologia, e o *behaviorismo*, proveniente da psicologia. São duas visões pessimistas da sociedade, que acreditam que a natureza humana é instável e suscetível a influências externas.

A *teoria da sociedade de massa* emerge no final do século XIX e início do XX, em um ambiente de turbulência e incerteza, mas só se consolida como teoria sociológica após a Segunda Guerra Mundial. O termo "sociedade de massa" carrega em si uma conotação pejorativa, eis que se refere às "massas" como pessoas comuns, despidas de individualidade, com alienação dos valores éticos e morais, apatia política e gosto pela cultura popular (*low culture*).[13]

A industrialização e a urbanização fizeram com que as pessoas se sentissem cada vez mais vulneráveis. Acreditava-se que a fragmentação dos laços sociais e das comunidades fizera com que os indivíduos se isolassem e se desvinculassem de sua coesão moral. Isso teria favorecido o aparecimento do crime e do comportamento antissocial.

As descobertas da ciência e da tecnologia ao longo do século XX levaram muitos cientistas a acreditar que, no futuro, o homem teria cada vez mais controle sobre os acontecimentos naturais e sobre os meios de produção, o que, no entanto, não se consumou. Não só o homem não conseguiu controlar as catástrofes da natureza, como criou uma série de novos riscos, através das novas tecnologias e das formas de organização da produção (sociedade pós-industrial) que, tanto quanto os fenômenos naturais, acabaram fugindo do controle.[14]

O aumento dos riscos gerou o aparecimento de medos sociais, cuja generalização provoca, na visão de Bauman, uma sensação de insegurança e perda de referencial.[15]

---

13. Segundo CARMO, Paulo Sérgio do. *Sociologia e sociedade pós-industrial*: uma introdução. São Paulo: Paulus, 2007, p. 119, vivemos tempos de *comunicação de massa*, em que a massa é constituída por "uma multidão de pessoas sem identidade reconhecível, incapazes de se expressar como indivíduos". Comunicação de massa representa, então, o processo pelo qual a mídia produz e difunde informação homogênea para um universo amplo de destinatários, num fluxo único em que a mensagem tem um valor simbólico atribuído pelo seu emissor.

14. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 33.

15. BAUMAN, Zigmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 8.

A sociedade moderna torna-se uma "sociedade de risco", à medida que cria uma situação de aprendizagem para viver o perigo como normalidade, frente a uma segurança em constante progresso.[16]

A burocratização e a complexidade da sociedade fizeram com que as pessoas abandonassem as autoridades, vistas como indiferentes e incompetentes, procurando proteção particular.[17]

Para essa corrente teórica, a mídia é vista como uma ajuda ao bem-estar das pessoas que passam por dificuldades, mas também como uma poderosa força de controle dos pensamentos, que as desvia da ação política.

Na década de 1910, o psicólogo norte-americano J. B. Watson, influenciado pelo pensamento positivista então preponderante, cria uma abordagem empírica baseada na psicologia: o *behaviorismo*.

Argumentava-se que a identidade do indivíduo seria formada pelas respostas ao ambiente em que estava inserido e que essas respostas poderiam ser observadas publicamente. Inspirado nos experimentos conduzidos pelo médico russo Ivan Pavlov sobre o papel do condicionamento na psicologia do comportamento,[18] Watson concluiu que as complexas estruturas e sistemas que compõem o comportamento humano poderiam ser observados e medidos, prevendo comportamentos futuros.

No campo da criminologia, essas ideias conduziram à crença de que a criminalidade não seria uma questão de livre arbítrio, mas uma consequência de disposições biológicas, psicológicas e sociais, das quais o infrator teria pouco ou nenhum controle. Assim, através do conhecimento de como o comportamento é determinado

16. BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la Edad del Riesgo*. Barcelona: El Roure Ed., 1998.

17. Note-se que, neste contexto de insegurança, muito países, como o Brasil, liberaram o acesso de seus cidadãos a armas de fogo para autoproteção.

18. "Na década de 1920, ao estudar a produção de saliva em cães expostos a diversos tipos de estímulos palatares, Pavlov percebeu que com o tempo a salivação passava a ocorrer diante de situações e estímulos que anteriormente não causavam tal comportamento (como, por exemplo, o som dos passos de seu assistente ou a apresentação da tigela de alimento). Curioso, realizou experimentos em situações controladas de laboratório e, com base nessas observações, teorizou e enunciou o mecanismo do condicionamento clássico. A ideia básica do condicionamento clássico consiste em que algumas respostas comportamentais são reflexos incondicionados, ou seja, são inatas em vez de aprendidas, enquanto que outras são reflexos condicionados, aprendidos através do emparelhamento com situações agradáveis ou aversivas simultâneas ou imediatamente posteriores. Através da repetição consistente desses emparelhamentos é possível criar ou remover respostas fisiológicas e psicológicas em seres humanos e animais. Essa descoberta abriu caminho para o desenvolvimento da psicologia comportamental e mostrou ter ampla aplicação prática, inclusive no tratamento de fobias e nos anúncios publicitários." (PAVLOV, Ivan. *Wikipedia*. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Ivan_Pavlov]. Acesso em: 11.12.2012.)

e sob quais condições, acreditava-se que os problemas de crime e desvio poderiam ser examinados e tratados até mesmo pela medicina.[19]

A partir destas fontes, desenvolveu-se uma técnica denominada de "pesquisa dos efeitos" (*effects research*), que buscava averiguar até que ponto a mídia influenciaria o comportamento desviante.

Um experimento conduzido pelo psicólogo canadense Albert Bandura, vinculado à Universidade de Stanford/Califórnia/EUA, na década de 1950, expôs um grupo de crianças a desenhos com cenas de violência e depois observou seu comportamento enquanto brincavam com bonecos, comparando com outro grupo que não assistira às cenas de violência. O resultado foi a constatação de que a exposição a cenas de violência estimulava a agressividade juvenil.

Na mesma linha, outros estudos demonstraram que a mídia seria responsável por injetar valores, ideias e informações no destinatário, produzindo efeitos diretos e desempenhando uma influência negativa em pensamentos e ações.

Tais pesquisas demonstraram, de uma maneira geral, que a as ansiedades causadas pela ação da mídia possuem três formas: (a) a mídia instiga comportamentos lascivos, indecentes e corrompe as normas de moral e decência; (b) a mídia prejudica a influência civilizatória da cultura erudita (*high culture*) e deprecia os gostos; e (c) a mídia representa a elite dominante e manipula a consciência das massas de acordo com seus interesses.[20]

4. OS MÚLTIPLOS SIGNIFICADOS DA MÍDIA E SEUS EFEITOS SOBRE O COMPORTAMENTO HUMANO

Embora o substancial avanço provocado pelo desenvolvimento da pesquisa sobre os efeitos no tema, alguns pesquisadores, especialmente do Reino Unido, tem resistido em afirmar que existe, de fato, uma ligação direta entre as imagens da mídia e o comportamento desviante. Isso porque há muitos fatores que podem influenciar no comportamento de uma pessoa, de modo que atribui-lo isoladamente à influência da mídia passou a ser considerado um discurso demasiadamente reducionista, até porque os significados da mídia variam conforme o observador.

A linguagem da mídia é uma linguagem naturalmente polissêmica, que dá azo a múltiplas interpretações. A própria origem latina do vocábulo deriva de *media*,

19. As ideias de Césare Lombroso no campo da antropologia criminal sobre as características biológicas do criminoso (*Luomo Delinquente*, 1876) são evidentes até os dias de hoje, particularmente em discursos midiáticos populares sobre mulheres e crianças que cometem crimes violentos.

20. Esta última constatação é inegável quando se observa a propaganda política, especialmente em tempos de guerra, quando mais se precisa do apoio popular.

que significa *meio*, ou seja, um dentre tantos *meios* de transmitir uma determinada realidade ou mensagem.[21]

Além disso, atribuir-se um comportamento exclusivamente à influência midiática desconsidera que o influxo pode se dar justamente no sentido inverso, isto é, os interesses e preocupações da audiência é que podem determinar o que os produtores da mídia irão gerar.

Apesar das críticas, a visão behaviorista persiste, especialmente na mídia popular, que frequentemente invoca seus argumentos para pressionar governos e autoridades. Ainda hoje, predomina o pensamento de que o conteúdo da mídia pode levar à imitação de atos de violência.[22] Alguns teóricos da sociedade de massa passaram a afirmar que as instituições como a família e a religião estão perdendo o poder de formar a consciência dos jovens e que a socialização tem ocorrido por vias externas, especialmente pela mídia.

Alerta-se que algumas políticas implementadas nesse sentido, como, por exemplo, a classificação etária de programas e filmes e os softwares para controle dos pais sobre o conteúdo que os filhos acessam na internet, estão sendo sustentadas em presunções autoritárias, positivistas e limitadas do comportamento humano. O mais grave é que os debates envolvendo censura e controle da mídia tendem a renovar-se apenas quando ocorre algum crime de repercussão.

O apelo ao senso comum é a base da *teoria do crime por imitação* (*copycat theory of crime*). Ocorre que as verdades inquestionáveis por trás do senso comum são, em realidade, culturalmente derivadas de mitologias específicas de culturas individuais circunscritas a determinadas épocas, como demonstram estudos conduzidos por Barthes, Foucault e Geertz.

Após profundas pesquisas, como os da psicóloga britânica Elizabeth Newson, não se chegou a nenhum resultado conclusivo que evidenciasse que a mídia realmente tivesse efeitos nocivos sobre o comportamento humano. Nada obstante, a crença popular permanece inabalável.

5. A MÍDIA COMO POTENCIALIZADOR DA INFLUÊNCIA DO CONTEXTO SOCIAL SOBRE O CRIME

Nas décadas de 1920 e 1930, as abordagens positivistas para explicar o crime tomaram um rumo mais sociológico. Surge a chamada *Escola de Chicago*, com o objetivo de entender o papel do contexto social e das relações sociais no compor-

21. ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

22. Citem-se, exemplificativamente, crimes praticados em escolas e universidades por jovens influenciados por filmes e jogos violentos.

tamento criminoso e desviante. Seus integrantes acreditavam que o ambiente em que a pessoa crescia estaria diretamente associado a sua possibilidade de futuro envolvimento em crimes e de ter um comportamento antissocial.

Pela *Teoria da Tensão*, idealizada pelo sociólogo norte-americano da Universidade de Columbia Robert K. Merton (1938), o declínio da ordem social dá lugar à alienação e à desordem. Embora em um ambiente de anomia, a sociedade como um todo permanece intacta. A coesão social é mantida para a persecução de objetivos comuns. Através da socialização, as pessoas passam a aceitar as metas e os meios de atingi-las ("*American Dream*"). O objetivo maior é se focar em uma meta particular, e não no meio mais adequado de atingi-la. Isso faz com que alguns indivíduos (denominados de *innovators*) perseguiam um meio não usual ou ilegal de atingir o sucesso e a riqueza. Um dos fatores que interfere na internalização das metas culturais é a mídia, que incute nas pessoas desejos que não podem ser satisfeitos, senão por meios criminosos.

Contudo, a partir dos anos 1960 do século XX, os acadêmicos começaram a rechaçar o positivismo e o behaviorismo, acreditando que essas correntes atribuíam muito poder à mídia e subestimavam a importância do contexto social de consumo midiático, das estruturas que intermedeiam os relacionamentos entre o indivíduo e o Estado e a sofisticação e complexidade da audiência.

Na década de 1970, houve um renascimento da *teoria da anomia*, devido ao interesse na nova Criminologia Cultural e no crescimento das comunicações eletrônicas, uma vez que no mundo da realidade virtual, a anomia é tanto uma condição, quanto um prazer.

6. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A MÍDIA

A partir da metade do século XX, o foco da discussão deixou de ser indivíduo e passou a ser a sociedade. Essa mudança levou ao predomínio de modelos marxistas para interpretação do poder da Mídia.

As teorias sociais de MARX e GRAMSCI conduziram ao desenvolvimento do *enfoque da ideologia dominante* (*dominant ideology approach*), cujo interesse dos criminólogos e estudiosos da mídia perdurou da década de 60 até a década de 80.

O *marxismo* entende que a mídia, como qualquer outra instituição capitalista, pertence a uma elite burguesa e opera nos interesses desta classe, negando o acesso a visões opostas ou alternativas.

Gramsci incorporou às teorias de Marx o conceito de *hegemonia* (processo pelo qual as classes dominantes ganham aprovação consensual pelos seus atos, sem ter que recorrer à coerção). A *hegemonia* é atingida por instituições sociais e culturais, como a lei, a família, o sistema educacional e a mídia. Essas instituições reproduzem diariamente representações de uma maneira que pareça natural ou inevitável

a prevalência dos interesses dominantes. Cria-se, assim, uma falsa consciência na população, que passa a adotar passivamente as ideias da elite dominante.

Essas teorias foram redescobertas nas décadas de 1970 e 1980 e utilizadas por uma nova tendência criminológica radical, que visava expor o significado das desigualdades estruturais sobre o crime e sobre a criminalização: a *criminologia crítica*.

Para essa posição extremista, o poder de rotular as pessoas como desviantes ou criminosas, processá-las e puni-las é uma função eminentemente estatal. Determinados fatos são definidos como crime, porque é do interesse da classe dominante assim defini-los, ao mesmo tempo em que é de seu interesse que outras condutas permaneçam impunes.

A criminologia crítica analisou a mídia enquanto instrumento de disseminação pública do pânico sobre o crime e desvio da atenção aos problemas sociais que emanavam do capitalismo.

Os pesquisadores da mídia notaram que as notícias televisivas representavam uma variedade de opiniões em determinadas circunstâncias, reproduzindo a ideologia dominante de acordo com a audiência que almejavam ter e ocultando as vozes contraditórias.

Outra perspectiva que influenciou os estudos da mídia nos anos 1980 foi a da economia política. A larga concentração da propriedade da mídia pela iniciativa privada faz com que sua posição política mude de acordo com a perspectiva de lucro.

Há alguns autores que chegam a afirmar que a vulgarização da cultura é parte de uma estratégia de manipulação da indústria militar para prevenir que as pessoas se engajem em atividades ou pensamentos políticos sérios. Isso demonstra que, no que concerne às estruturas globais de poder, a mídia é altamente seletiva no que reporta.

O grande mérito dos estudos inspirados no marxismo foi investigar o papel da mídia em moldar o entendimento do público, não só do crime e do desvio, como do processo de criminalização. A base desses estudos é que a informação parte do topo, com a mídia representando o ponto de vista das lideranças e reduzindo o expectador a destinatário passivo, premido de suas opiniões, preocupações e crenças.

Os grupos culturalmente dominantes impõem padrões de crenças e comportamentos que conflitam como os comportamentos éticos, culturais e religiosos das minorias.[23] Nesse sentido, a mídia tornou-se um dos mais importantes instrumentos de manutenção do poder hegemônico.

Portanto, a criminologia crítica denunciou que aqueles que estão no poder manipulam a pauta da mídia para obter apoio a políticas que criminalizam aque-

23. As feministas, por exemplo, argumentam que a desigualdade de gênero na sociedade é reproduzida ideologicamente por uma indústria midiática patriarcal.

les com menos poder na sociedade. Além disso, chamou a atenção para os *crimes dos poderosos* (crimes cometidos por corporações, empresários, governos e até mesmo Estados).

Os criminólogos dessa vertente, inspirados pelo marxismo, notaram que a mídia raramente noticia os crimes de colarinho branco ou crimes empresariais, a não ser que haja elementos de interesse jornalístico (*big bang elemento*). O desinteresse em noticiar esses crimes contrasta com o interesse nos *crimes da rua* ("*street crimes*") e reflete um viés de rotulação dos criminosos.

Em anos mais recentes, uma nova geração de criminólogos vem estudando as irregularidades de governos e corporações e rotulando-as como crimes (Steve Tombs, Dave Whyte, Reece Walters). Nesse contexto figura a chamada *criminologia verde* (*green criminology*) que trata dos crimes ambientais.

Normalmente, a mídia demonstra o crime como uma patologia individual e mitiga a investigação e divulgação de irregularidades em grandes corporações. Os crimes corporativos tendem a ser divulgados de uma maneira que reforça sua natureza excepcional em relação aos crimes comuns. Enquanto palavras como *acidente* e *desastre* aparecem no contexto de crimes comuns, as terminologias *escândalo* e *abuso de poder* estão vinculadas aos crimes corporativos.

7. A VISÃO PLURALISTA DA MÍDIA

Nos anos 1980 e 1990 surge um paradigma competitivo e pluralista que tende a ser uma visão mais positiva da mídia de massa como a personificação da liberdade intelectual e diversidade oferecida a uma audiência bem informada e cética.

Os pluralistas passaram a argumentar que os processos de desregulação e privatização da mídia que ocorreram nas últimas duas décadas obtiveram sucesso em diminuir a censura do Estado e encorajar uma competição aberta entre as instituições.

Aumentou exponencialmente o número de canais de televisão e rádio, títulos de revistas e serviços virtuais. Isso possibilitou que aquelas pessoas cujas ideias conflitavam com os meios tradicionais (*counter definers*) passassem a ter voz através da mídia. Graças a uma maior educação, à mobilidade social, à internet e à cultura das celebridades (*celebrity culture*), a classe dominante contemporânea seria mais diversificada culturalmente, de modo que a mídia moderna representaria a vanguarda da erosão dos valores elitistas tradicionais.

Enquanto teoricamente essa teoria é verdadeira, na prática é irrealista, porque desconsidera os interesses ocultos na propriedade e controle da mídia e o fato de que, em sua grande maioria, as indústrias da mídia continuam pertencendo às mesmas corporações de sempre.

A participação do público no discurso midiático pode parecer mais inclusiva. As pessoas tratam de temas mais sérios nos programas e são estimuladas a participar

deles, fazendo ligações e mandando mensagens que são transmitidas quase que instantaneamente. Porém, os 20 ou 30 segundos de contribuição do público não resultam em uma mensagem de pluralismo ou diversidade de conteúdo, porque os críticos argumentam que a mídia continua provendo versões homogêneas da realidade para evitar controvérsia e preservar o *status quo*. Como consequência, a ignorância da audiência é perpetuada, preservando o etiquetamento, a estereotipagem e a criminalização de certos grupos.

A tendência de oferecer sempre os mesmos programas, envolvendo o *chocante*, o *sensacional* e o *real* faz parte de uma estratégia de fórmulas testadas que nivelam a audiência com base na facilidade de identificação e no potencial lucrativo. Até mesmo os serviços de notícias 24h se restringem a noticiar os valores aos quais eles devem se conformar e sofrem a pressão de conviver em um ambiente comercial. A tendência é privilegiar os índices de audiência, o que deixa pouco espaço para explorar múltiplas perspectivas e fomentar o debate a discussões mais aprofundadas de qualquer tema.

A internet parece ser a fonte que melhor dá suporte à crença pluralista, já que facilita o diálogo e a livre troca de ideais. No entanto, ela só está disponível àqueles que têm acesso aos computadores, aos programas necessários e que podem pagar as taxas correspondentes. Além disso, a internet também pode aumentar a disseminação do sensacionalismo e da estigmatização.[24]

Então, o pluralismo é mais uma expressão de como as coisas deveriam ser, do que de como realmente são.

8. A MÍDIA, O REALISMO E A PÓS-MODERNIDADE

A década de 1980 foi marcada por uma perspectiva criminológica denominada de *Realismo de Esquerda* (*Left Realism*). Os realistas acusavam os pensadores de então de adotar argumentos reducionistas sobre o crime, e romantizar os criminosos das classes trabalhadoras, clamando que o cenário político fora deixado aberto para campanhas conservadoras de lei e ordem, que deliberadamente ocultavam o fato de que a maior parte dos crimes é praticada dentro de uma mesma classe social (*intra-class*), e não entre classes sociais distintas (*inter-class*).

Esses criminólogos apregoavam que o foco dos estudos deveria ser a seriedade dos efeitos do crime, especialmente para as mulheres e para as minorias étnicas.

Nesse meio tempo, nos estudos da mídia predominava uma técnica de pesquisa de audiência chamada de *análise de recepção* (*reception analysis*), conduzia pelo sociólogo britânico David Morley. Os pesquisadores repensaram a influência da mídia sobre o indivíduo como um recurso que seria conscientemente usado pelas

24. Não são raros os casos de ofensas raciais por meio das redes sociais.

pessoas. A pergunta deixou de ser "o que a mídia faz com as pessoas?" e passou a ser "o que as pessoas fazem com a mídia?".

O advento do pós-modernismo impactou sobre todas as ciências sociais, tornando-se inevitável após a década de 1990. Frequentemente, ele é apresentado como uma enfática e decisiva ruptura que tudo o que se tinha antes, descartando-se aquelas teorias que pregavam o conhecimento e a certeza.

Alguns estudiosos preferem o termo "modernidade tardia", que estaria a indicar que, embora tenha havido mudanças radicais nos padrões globais de cultura, política e economia, eles não teriam sobreposto inteiramente as características estruturais associadas à sociedade moderna, como as estruturas de classe, o capitalismo, o industrialismo, o militarismo, o Estado-nação etc.

Assim como os realistas, os pós-modernistas veem a audiência de maneira ativa e criativa. Como a mídia sofreu um processo de desregulação, levando a uma explosão de programas, títulos e formatos, tudo está hoje centrado no gosto do consumidor, que tem o poder final de decidir o que irá assistir, ouvir e ler e o que irá descartar.

O pós-modernismo está preocupado com os excessos de informação e entretenimento disponíveis. É a "sociedade do espetáculo", uma "hiper-realidade", na qual a distinção entre a imagem e a realidade não mais existe.

A mídia de massa produziu uma realidade centrada no imediatismo do consumo e no impacto sensacionalista como pouca profundidade de análise. A mídia de hoje caracteriza-se pela fragmentariedade, efemeridade e ambiguidade.

E o abandono da distinção entre informação e entretenimento causou dois problemas fundamentais. Em primeiro lugar, a ameaça ao debate significativo que o pós-modernismo implica, pois o público perde a noção do que é verdade e do que não é. Finalmente, a dificuldade de definição do que é entretenimento, porquanto a violência passou a entreter o público, que tornou-se mais emocionalmente desapegado e insensível à vasta gama de imagens que o bombardeia diariamente.

O exemplo mais convincente da performance da mídia pós-moderna ocorreu nos atentados de 11 de setembro de 2001, nos EUA, porque congregou uma série de fatores que propiciaram uma cobertura midiática sem precedentes. As imagens televisivas daquele dia tornaram-se as mais memoráveis já vistas, lembrando produções cinematográficas famosas, como o filme *Independence Day* (1996). Foi verdadeiramente um espetáculo pós-moderno que exaltou a sensação de insegurança, trazendo a ideia de ataques terroristas contra civis inocentes, na concepção pós-moderna de que todos somos vítimas em potencial.

Os atuais discursos da mídia transformam os observadores em sujeitos do perigo fragmentado e aleatório da criminalidade, proporcionando condições para infindáveis narrativas da criminalidade que perpetuam a sensação de perigo constante. Essa é a explicação que os pós-modernistas dão à fascinação da mídia pelo crime: todos os expectadores são potenciais vítimas.

Outro aspecto da histeria que envolve os casos criminais noticiados é que a mídia não faz a distinção entre o ordinário e o extraordinário. A audiência é bombardeada com a representação de crimes que são muito raros, como, por exemplo, assassinatos em série (*serial killings*) e sequestros de crianças por estrangeiros. Isso provoca um aumento da ansiedade do público e desvia a atenção a crimes mais comuns, cuja reiteração é mais preocupante.

9. A CRIMINOLOGIA CULTURAL E A MÍDIA

Surgida nos EUA no final da década de 1990 com Jeff Ferrell e desenvolvida pelo departamento de criminologia da Universidade de Kent, no Reino Unido, a vertente criminológica que se convencionou denominar de criminologia cultural busca entender a fascinação do público pela violência e pelo crime e sua adoção como prazer e espetáculo.

Para esses criminólogos, todo crime é fundamentado na cultura e as práticas culturais são incorporadas nos processos dominantes de poder. A influência marxista permanece, no sentido de que os atos criminosos são atos de resistência contra a autoridade. Segundo Álvaro Oxley da Rocha,

"(...) a Criminologia Cultural procura aclarar a dinâmica entre dois elementos-chave nessa relação: a ascensão e o declínio desses produtos culturais. O que se busca é focar a contínua geração de significados que surgem: regras são criadas ou quebradas, em uma constante interação entre iniciativas moralizantes, inovação moral e transgressão. Em razão da complexidade desse foco, a Criminologia Cultural é essencialmente interdisciplinar, e se utiliza de uma grande variedade de ferramentas de análise, que se inicia com uma interface direta, não apenas com a Criminologia, a Sociologia e o Direito penal, mas com perspectivas e metodologias advindas dos estudos culturais, midiáticos e urbanos, filosofia, teoria crítica pós-moderna, geografia humana e cultural, antropologia, estudo dos movimentos sociais, e abordagens de pesquisa ativa.[25]

Para Jack Katz, o crime não se trata de aquisição, materialismo e necessidade econômica, mas de presença, status e emoções, como excitação, paixão, ódio, raiva, explosão de adrenalina, entre outros. Muitas atividades criminais envolvem a assunção de riscos e perigo, mas podem, de fato, representar uma tentativa de superação de circunstâncias degradantes, para exercer controle e assumir responsabilidade sobre o próprio destino.[26]

---

25. OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. Crime, violência e segurança pública como produtos culturais: inovando o debate. *RT*, v. 101, n. 917, p. 271-292, São Paulo: Ed. RT, mar. 2012, esp. p. 272.

26. KATZ, Jack. *Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil*. New York: Basic Books, 1990.

Num mundo em que os indivíduos encontram-se controlados e, ainda assim, sem controle, o crime adquire uma natureza sedutora, de quebrar barreiras e romper fronteiras. As pessoas querem viver suas "experiências limites", das quais almejam ter o controle.[27] O paralelo que se faz é que o indivíduo que pratica o crime se sente vivo pela sua prática.

Ao passo que entendem que o crime é uma espécie de performance teatral do criminoso, isto é, uma forma de expressão, os criminologistas culturais evitam a complacência com a visão de que o criminoso seria uma vítima de circunstâncias desvantajosas.

Assim, a criminologia cultural celebra as noções pós-modernas de diferença, descontinuidade e diversidade, rompendo com os estereótipos restritivos e negativos.O que antes eram considerados grupos de interesse não convencionais ou simplesmente perturbações públicas têm sido adotadas em meio a um renovado entusiasmo por pesquisa etnográfica e fascínio pelo poder da imagem.

O grafite, por exemplo, que já foi visto como forma de delinquência juvenil e vandalismo,é uma das práticas que Ferrel trata como forma de expressão cultural que foi apropriada pelas corporações e reembalada para consumo de massa. Hoje, grandes empresas utilizam o grafite para anunciar seus produtos.[28]

O surgimento da criminologia cultural pode ser caracterizado como um desafio à influência persistente do positivismo que teria levado a um vácuo no conhecimento científico em torno da busca do prazer. A preocupação envolvendo a razão e a racionalidade científicas expõem que a criminologia tem sido incapaz de responder por "sentimentos" como excitação, prazer e desejo.

No que pertine às relações entre a mídia e o crime, a preocupação da criminologia cultural reside nas peculiaridades das interações dos indivíduos com o consumismo (relação entre o crime, o contexto cultural, o marketing e a mídia), que, por sua vez, se utiliza da mídia para propagar suas "diretrizes".

Busca-se entender até que ponto a mídia poderia auxiliar e contribuir para mitigar a criminalidade. Isso porque, mesmo que a mídia não tenha o condão de incitar o cometimento de delitos – pois, na maioria das propagandas, não há qualquer menção direta a tal prática –, não se pode negar que indiretamente, de acordo com a cultura em que o sujeito está inserido, as mensagens da mídia podem contribuir para a concretização de determinados crimes.

---

27. Da criminologia crítica à criminologia cultural. Conferência proferida pelo Prof. Dr. Keith Hayward, no 3.º Congresso de Ciências Criminais, no dia 27.09. 2012, na PUC-RS, em Porto Alegre/RS. O professor cita esportes radicais, como o paraquedismo e o *base jump*, como formas de o indivíduo vivenciar tais experiências altamente arriscadas.

28. FERREL, Jeff. *Crimes of Style*. Boston: Northeastern University Press, 1996.

A mídia propaga a ideia de que, para obter sucesso em sua vida, a pessoa precisaria viver de acordo com certos padrões e possuircertos bens de consumo supérfluos. A própria lógica do capitalismo contribui para tanto, organizando-se para incentivar as condutas desviantes.

Recursos financeiros incalculáveis são investidos em campanhas de marketing que associam uma imagem de êxito, prazer e alegria instantâneos a drogas atualmente lícitas e objetos que causam uma fascinação cada vez mais efêmera. Basta observarmos que tipo de ações as pessoas estão dispostas a realizar para, não só obter, mas ser o "primeiro" a possuir o mais novo lançamento de telefone celular, de *tablet*, de modelo de tênis, computador ou videogame. E, tão logo haja um novo lançamento, o que tem ocorrido com uma frequência crescente, o foco é totalmente redirecionado para o novo item de deslumbramento.

A influência desta mensagem sobre o jovem inserido em um círculo de baixa renda acaba propagando a prática delitiva como meio para equipar-se aos modelos propostos pela mídia, visando à alteração do seu status social.

O crime é visto por estes jovens como a única forma de poder usufruir dos benefícios que o dinheiro proporciona. Contudo, a busca por *experiências limites* com assaltos e furtos, por exemplo, torna-se gratificante para obter os recursos necessários a fim de adquirir licitamente o objeto desejado, de modo a representar a inserção do indivíduo no campo social que almeja.

Essa noção de *campo* é explicada pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, como o *locus* onde há uma disputa de interesses determinados, irredutíveis aos objetos e interesses em conflitos de outros campos. Para Bourdieu, o funcionamento do campo depende da existência de um objeto de disputa e de pessoas aptas a disputar o "jogo". Essas pessoas são dotadas do que o autor chama de "habitus", que subentende-se como o conhecimento e reconhecimento das normas do jogo, isto é, dos objetos de disputa.[29]

O *habitus* consiste em um comportamento reiterado, naturalmente incorporado às pessoas de forma durável, mas que, ao longo do tempo, tende a repetir o que já foi adquirido, produzindo uma transformação. Ou seja, encontra novos meios de reforçar as ideias referidas ao grupo, adaptando-se ao contexto, mas não alterando as suas ideias principais. Entretanto, aqueles que não conseguem assumir o exercício do *habitus* na sua realidade objetiva recorrem a meios externos ao seu campo, como à própria mídia, para que seus atos tenham efeito.[30]

Ocorre que o sentimento de pertencer ao novo campo é falacioso, na medida em que o indivíduo nunca participará efetivamente desta outra realidade e, tampouco,

29. BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. In: _____. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983. p. 90.

30. BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 89.

será reconhecido por seus reais integrantes, já que não possui o *habitus*. Por isso, acaba se valendo de práticas criminosas para manter essa falsa sensação. E isso causa uma enorme angústia, que culmina por reproduzir indefinidamente o recurso às práticas ilícitas (reiteração criminosa).

Algumas vezes, essa aflição passa ainda mais dos limites, ao ponto de que furtar e roubar não são mais suficientes para satisfazer a vontade de romper a barreira de classes. Então, o jovem infrator precisar não só subtrair a coisa alheia, mas matar sua vítima, com o intuito de demonstrar sua indignação, seu protesto contra as condições a que é submetido pelo meio em que está determinantemente inserido.

É nesse momento que a população começa a clamar por justiça, mas não como forma de reduzir a desigualdade, fomentar programas que visem à melhoria da qualidade de vida ou oportunizar maiores oportunidades à população mais carente, e sim de punir ao máximo aquele que tirou a vida de um "cidadão de bem", nascido em tal família, com um determinado status social.

Dessa forma, a mídia cria *bodes expiatórios* para delimitar uma parcela da sociedade, deslocando o enfoque de discussão do real problema que ocasionou tais fatos. Ou seja, em vez de discutir os fatores sociais que levaram o agente a cometer tais crimes, a mídia o estigmatiza, o rotula e o "demoniza".

Nesse mesmo embalo, os políticos utilizam dessa comoção geral, causada pela falsa sensação de insegurança, para defender a adoção de penas mais rigorosas, a redução da maioridade penal, a criação de novos delitos ou a mitigação de certas garantias processuais, todas questões facilmente sustentáveis perante a opinião pública.[31]

Assim, a classe dominante, sedenta por justiça, inserida em seu campo social e portadora do *habitus*, manipula os fatos para alcançar seus objetivos. Detentora de um *poder simbólico*, um poder de estabelecer o monopólio sobre o discurso, assentar a sua versão como a *verdade real* dos fatos,[32] ela distorce a realidade, valendo-se da mídia. E, obviamente, os reais interesses por trás dessas mensagens, além daqueles puramente mercadológicos, jamais serão publicamente explicitados.[33]

---

31. MARQUES, Braúlio. A Mídia como filtro do fato social.In: FAYET JÚNIOR, Ney (org.).*Ensaios penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 181.

32. OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. Criminologia e teoria social: sistema penal e mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth (org.) *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 50.

33. OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. *Sociologia do direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 68.

Os que delinquem contra a classe hegemônica são, portanto, amplamente massacrados pela mídia, e suas defesas cerceadas de todas as formas.

Como se observa diariamente, julgamentos de casos de grande repercussão[34] tornam-se grandes escândalos midiáticos, uma vez que seus acontecimentos são amplamente divulgados nos telejornais e comentados como "assunto do dia", gerando diversas opiniões e versões.

Diferenciam-se, no entanto, escândalos *localizados* dos *midiáticos*, uma vez que aqueles são transmitidos em conversas informais, através boatos; enquanto estes tomam grandes proporções, alcançando uma publicidade que é vista não só por integrantes de determinados grupos, mas por uma pluralidade até mesmo distante das ocorrências de tais fatos.[35] Nestes escândalos, há um imenso clamor popular por condenações às mais altas e simbólicas penas.

Deste modo, é possível afirmar que o campo jornalístico luta pelo monopólio discursivo sobre a *verdade* como forma de legitimação sobre a audiência e, por consequência, de consolidação de seu *poder simbólico*.

É certo que a disputa deslegitima ou enfraquece o poder simbólico estatal ou público, criando condições para uma instabilidade institucional e para o agravamento da instabilidade social. Porém, a contenda só se justifica por parte da mídia enquanto orientada para a obtenção de lucro, uma vez que a instituição jamais poderá tomar o lugar do Estado, este sim com a finalidade precípua de promover o bem comum.

Estas são, então, as principais discussões envolvendo o crime e a mídiapara as quais a Criminologia Cultural tenta criar novas perspectivas de enfrentamento.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as diferentes teorias que marcaram o desenvolvimento da criminologia e dos estudos da mídia, não há como afirmar que exista um corpo definido de assertivas que possam constituir uma verdadeira *Teoria da Mídia*.

A violência nem sempre é produto do consumo. Não basta o estudo da influência da mídia para explicar por inteiro a criminalidade, fenômeno de complexidade inesgotável. Contudo, esta é uma das novas formas de enxergar o problema que a Criminologia Cultural traz como um importante contributo à interpretação dos sintomas sociais que constituem nossa cultura.

---

34. Vejam-se os exemplos de casos como o do "Goleiro Bruno", o de "Eloá Pimentel" ou de "Isabela Nardoni", e os outros tantos mais antigos, como o dos "Irmãos Naves", o de "Doca Street", o famoso "Caso Daudt", o tão divulgado assassinato da atriz "Daniela Perez" e o "Caso Escola Base".

35. THOMPSON, John B. *O escândalo político*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 92.

As respostas às imagens de violência, sejam de medo, desconforto ou indiferença, demonstram como se dão as relações interpessoais e sociais atualmente, produzindo, assim, novos sentimentos, que surgem dessa hiperexposição.[36]

É induvidosoque os meios de comunicação transitam hoje por todas as esferas do poder político,interferindo nas ações tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo. E a dimensão do poder de influência dos políticos que atuam neste campo se reflete na busca pela futura reeleição, para a qual se faz necessário o suporte da mídia. De outro lado está o Judiciário, composto por membros teoricamente independentes e que julgam conforme o seu "livre" convencimento.

Todavia, não se pode negar que até os magistrados podem ser influenciados por motivos externos como, por exemplo, a exposição dada pela mídia a determinados casos, dificultando,assim,o trabalho de coleta de provas perante a autoridade policial, ou em casos do Tribunal do Júri, onde os jurados, juízes de fato, estão muito expostos à atuação da mídia.

Portanto, a capacidade de formaropiniões através das notícias propagadas pelos meios de comunicação em massa e comover a população com sensacionalismo transformou o fiscal em guia. Quem deveria limitar, segundo balizas legais e orientações éticas, passou, em muitos casos, a verdadeiramente conduzir o exercício do poder.

Leis passam a ser promulgadas em virtude da pressão provocada pela cobertura midiática – não raras vezes estereotipada e preconceituosa – que os meios de comunicação reservam a determinados fatos, sobretudo no âmbito da delinquência. Atos de gestão pública são executados para afastar a atenção da mídia ou para seduzi-la (o que significa seduzir também o público). Decisões judiciais são proferidas para não contrariar as expectativas criadas e alimentadas pelo discurso dos meios de comunicação.

Basta vermos as ferrenhas disputas travadas em público entre os próprios julgadores e amplamente divulgadas pela mídia no tão propalado caso do *Mensalão*, ainda em pauta.[37] Aquele que deveria estar fora do poder, para vigiá-lo, passa a exercê-lo, de modo sutil e dissimulado.

---

36. CARVALHO, Salo de. Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais. *RBCCrim*, n. 81, p. 294-338, São Paulo: Ed. RT, dez. 2009, esp. p. 321-322.

37. Este, aliás, um dos casos mais emblemáticos do poder de manipulação midiático dos últimos tempos. Basta analisarmos que, por se tratarem de *crimes do colarinho branco*, os meios de comunicação comumente valeram-se das expressões *escândalo, esquema, crise política*, e adotaram a palavra *mensalão* como forma de facilitar a identificação por parte do público. O *Mensalão* foi responsável por um aumento exponencial da audiência dos telejornais e da venda de revistas que, semanalmente, apresentavam algum componente novo ainda mais extraordinário e chocante. A pressão popular por condenações dos su-

O ideal iluminista da imprensa guardiã da democracia, que servia aos interesses e necessidades da cidadania, foi paulatinamente substituído pela essência da indústria cultural, na qual o indivíduo não precisa de informação, e sim de mercadoria, como consumidor que é.

A informação é ofertada nas prateleiras midiáticas (jornais, televisão, rádio, internet etc.) em embalagens muito parecidas, o que limita as opções. E todo aquele que não pode eleger, está sendo, seguramente, dominado, conduzido. Então, *manipular* significa,no contexto da mídia, *dominar* pela informação mercantilizada.

O noticiário sobre a delinquência se vale de clichês e de estereótipos para criar heróis e vilões, personagens com os quais o consumidor certamente irá se identificar. Nesse rumo, a violência das imagens passa para o plano do *imaginário* e produz reflexos nos padrões de comportamento da vida real.

Talvez isso não signifique que as pessoas simplesmente imitem a violência veiculada pelos meios de comunicação, até porque o processo pode ser inverso. Ao invés de agirem com violência, as pessoas simplesmente passam a tolerá-la. Torna-se corriqueiro assistir aos massacres diários veiculados pelos telejornais. Tais notícias já não causam mais o impacto de antigamente. Aceitamos que se trata de fatos do cotidiano e que com eles temos de conviver.

Perdemos a capacidade de indignação. Nossa postura é passiva, de aceitação. Vamos nos acostumando à violência, como se fosse a única linguagem eficiente para lidar com a diferença. "Vamos achando normal que, na ficção, todos os conflitos terminem com a eliminação ou a violação do corpo do outro".[38]

Este é, sem dúvida, um dos fatores que contribui para o período de crise pelo qual passamos. Uma *crise* econômica, em que o jornalismo perde leitores para a internet e outras formas de *entretenimento*. Uma *crise de identidade*, na qual a tendência dos grandes grupos de comunicação em transformar tudo em espetáculo descaracteriza o conteúdo jornalístico. E, não menos, uma *crise profissional*, em que se assiste à diluição das fronteiras entre a publicidade e o jornalismo, assim como à manipulação (consciente ou inconsciente) da informação.[39]

A velocidade do mundo acaba servindo até mesmo de desculpa para a vulgarização da qualidade das notícias que são apresentadas ao público. Nesse ínterim, coloca-se a sedutora ideia da criminalidade urbana violentatrazida pela

---

postos envolvidos ficou explícita na cobertura do maior e mais publicizado julgamento da história do Brasil.

38. KEHL, Maria Rita. Televisão e violência do imaginário. In: BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. *Videologias: ensaios sobre televisão*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 88-89.

39. SANDANO, Carlo. A informação-mercadoria do jornalismo e as novas formas de trocas culturais na sociedade globalizada. In: COELHO, Cláudio Novaes Pinto; CASTRO, Valdir José de (org.). *Comunicação e sociedade do espetáculo*. São Paulo: Paulus, 2006. p. 66.

mídia de massa, incutindo a já mencionada falaciosa sensação de insegurança permanente.

Hoje, o medo constrói muros. Para suportar a ansiedade causada pelo terror, aceitamos depender da ideia de viver em uma fortaleza gradeados. O risco de ultrapassar seus domínios nos é muitas vezes alto demais. Preferimos não sair mais à noite, não estacionar o carro na rua, não frequentar determinados locais. É um preço que julgamos aceitável. Só não conseguimos viver isolados por muito tempo sem informação.

Eis aí a maior vitória da mídia contemporânea, que tem a garantia de audiência em todas as faixas da população e, consequentemente, lucros financeiros e simbólicos incomensuráveis.

Vejamos o recente massacre ocorrido na escola *Sandy Hook*, em Newtown, nos EUA, em que foram mortas dezenas de crianças junto a seus professores por um atirador que, antes de invadir o estabelecimento, teria matados os próprios pais. O fato mereceu uma cobertura midiática global assustadoramente veloz.

Em poucos minutos, a imprensa de todo o mundo já possuía detalhes dos fatos e havia enviado correspondentes ao local, para que houvesse comunicação instantânea. Em questão de horas, a pacata cidade do estado de Connecticut fora invadida por repórteres que buscavam familiares próximos às vítimas para trazer uma imagem de comoção. Imagens de pais em desespero com a notícia da morte de seus filhos circulavam pela internet, quer em sites de notícias, quer em redes sociais.

Não demorou muito para que governantes de todo o planeta se manifestassem. O presidente dos EUA precisou chorar em rede internacional, para transmitir uma mensagem de pesar. Rapidamente, um grupo muito seleto de opositores à posse de armas de fogo por civis iniciou uma campanha ferrenha pela sua proibição. Mais uma vez, os políticos foram pressionados.

Tão rapidamente quanto entraram no ar, as imagens foram substituídas por outras notícias mais atuais, comprovando a carência do imediatismo. Interessa entrar em contato com a informação do agora. O que passou deixamos arquivado nas memórias infinitas dos computadores.

Mas o que é importante ressaltar ao debate trazido pela Criminologia Cultural é que este foi um episódio em que, mais uma vez, o telespectador, ouvinte ou leitor foi reduzido à condição de consumidor por um mercado composto por cartéis, que, com isso, obteve ganhos exorbitantes à custa da tragédia e do sofrimento alheios.

É necessário trazer esta denúncia ao centro do debate envolvendo as relações entre a mídia e o crime. E, em parte, este é um dos pontos dos quais tem se ocupado a Criminologia Cultural nos últimos anos, valendo-se de uma ampla gama de disciplinas acessórias. Por conseguinte, visualiza-se um futuro promissor nesta área de pesquisa, na qual se aguarda o advento de conclusões cada vez mais definidas nos anos que virão.

Referências

Andrade, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Azevedo e Souza, Bernardo de; Soto, Rafael Eduardo de Andrade. Criminologia cultural, *marketing* e mídia. *Boletim IBCCRIM*. ano 20, n. 234, p. 14-15, São Paulo: IBCCRIM, maio, 2012.

Bauman, Zigmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

Beck, Ulrich. *Políticas ecológicas en la Edad del Riesgo*. Barcelona: El Roure Ed., 1998.

Bourdieu, Pierre. A opinião pública não existe. In: _____. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

Carmo, Paulo Sérgio do. *Sociologia e sociedade pós-industrial: uma introdução*. São Paulo: Paulus, 2007.

Carvalho, Salo de. Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais. *RBCCrim*, n. 81, p. 294-338, São Paulo: Ed. RT, dez. 2009.

D'Avila, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 71, p. 44-53. Porto Alegre, dez.-jan. 2012.

Da Criminologia Crítica à Criminologia Cultural. Conferência proferida pelo Prof. Dr. Keith Hayward, no 3.º Congresso de Ciências Criminais, no dia 27.09.2012, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS.

Ferrel, Jeff. *Crimes of Style*. Boston: Northeastern University Press, 1996.

Gauer, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Giddens, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *As conseqüências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

Gomes, Marcus Alan de Melo. Mídia, poder e delinquência. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 238, p. 04-05, São Paulo: IBCCRIM, set. 2012.

Jewkes, Yvonne. *Media & crime*. Londres: SAGE, 2011.

Katz, Jack. *Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil*. New York: Basic Books, 1990.

Kehl, Maria Rita. Televisão e violência do imaginário. In: Bucci, Eugênio; Kehl, Maria Rita. *Videologias: ensaios sobre televisão*. São Paulo: Boitempo, 2004.

Luhmann, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005.

Marques, Braúlio. A Mídia como filtro do fato social.In: Fayet Júnior, Ney (org.). *Ensaios penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

Morin, Edgar. Complexidade e Liberdade. In: _____; Prigogine, Ilya. (org.). *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, 1996.

OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. Crime, Violência e Segurança Pública como produtos culturais: inovando o debate. *Revista dos Tribunais*, vol. 101, n. 917, p. 271-292, São Paulo: Ed. RT, mar. 2012.

_____. Criminologia e teoria social: sistema penal e mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth (org.) *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

_____. *Sociologia do direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

PRIGOGINE, Ilya. O reencantamento do mundo. In: MORIN, Edgar; _____. (org.). *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, 1996.

PAVLOV, Ivan. *Wikipedia*. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Ivan_Pavlov]. Acesso em: 11.12. 2012.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. *A sociedade de risco e a dogmática penal*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. São Paulo: IBCCrim, 2002.

SANDANO, Carlo. A informação-mercadoria do jornalismo e as novas formas de trocas culturais na sociedade globalizada. In: COELHO, Cláudio Novaes Pinto; CASTRO, Valdir José de (org.). *Comunicação e sociedade do espetáculo*. São Paulo: Paulus, 2006.

THOMPSON, John B. *O Escândalo Político*. Petrópolis: Vozes, 2002.

VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A influência dos órgãos da mídia no Processo Penal: o caso Nardoni, de Fábio Martins de Andrade – *RT* 889/480 (DTR\2009\652);
- Crime, violência e segurança pública como produtos culturais: inovando o debate, de Álvaro Filipe Oxley da Rocha – *RT* 917/271 (DTR\2012\2329); e
- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 81/294, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/953 (DTR\2009\636).

66119

O IMAGINÁRIO PUNITIVO NA CONTEMPORANEIDADE: OS PARADOXOS DA DEMOCRACIA EM FACE DOS MOVIMENTOS DE SOBREPENALIZAÇÃO E DA GESTÃO DO RISCO CRIMINAL COM BASE NA SEGURANÇA

THE IMAGINED IDEA OF PUNISHMENT IN CONTEMPORARY SOCIETY: THE PARADOXES OF DEMOCRACY IN RELATION TO MOVEMENTS OF OVERPUNISHMENT AND THE MANAGEMENT OF CRIMINAL RISK BASED ON SECURITY

THIAGO FABRES DE CARVALHO

Doutor em Direito pela UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES).
Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito, Cultura e Sociedade.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O presente artigo pretende analisar as raízes do processo de produção social do medo e oferecer um diagnóstico dos paradoxos da democracia na sociedade do risco, ao avaliar as dimensões autoritárias do câmbio epistemológico que afeta o controle penal no mundo contemporâneo. Busca, ainda, perceber até que ponto o sistema penal é um mecanismo apto, enquanto instrumento de controle social punitivo institucionalizado, a oferecer uma gestão efetiva e democrática dos riscos e conflitos contemporâneos nos marcos de uma sociedade verdadeira histórica e aberta às incertezas das promessas dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade do risco - Medo - Segurança - Cultura do controle.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the roots of the social production process of fear and to offer a diagnosis of democracy paradoxes in risk society by evaluating the authoritarian dimensions of the epistemological change which affects criminal control in the modern world. In addition to that, we seek to understand to what extent the criminal system can be a mechanism which serves as a tool of institutionalized punitive social control able to offer an effective and democratic management of contemporary risks and conflicts of a true and historical society open to the uncertainties of human rights' promises.

KEYWORDS: Risk society - Fear - Security - Culture of control.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A sociedade do risco e a cultura do medo: Urgência, Exceção permanente e a gestão dos riscos criminais com base na segurança - 3. O *Welfare* despedaçado e a construção da República penalizada: os movimentos de sobrepenalização como novas estratégias de criminalização da miséria - 4. Em busca da segurança perdida: do abandono do paradigma reabilitador à pena como (mero) espetáculo sacrificial - 5. Considerações finais - Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos versos sempre candentes de Carlos Drummond de Andrade vemos o alerta do poeta para os paradoxos das angústias produzidas pelo *medo*. Com sua sensibilidade e genialidade inexcedíveis, escreve que:

"Em verdade temos medo. Nascemos escuro. As existências são poucas: Carteiro, ditador, soldado. Nosso destino incompleto. E fomos educados para o medo. Cheiramos flores de medo. Vestimos panos de medo. De medo, vermelhos rios vadeamos. Somos apenas homens e a natureza traiu-nos. Há as arvores, as fábricas, doenças galopantes, fomes. (...) Fiquei com medo de ti, meu companheiro moreno. De nós, de vós; e de tudo. Estou com medo da honra. (...) Vem, harmonia do medo, vem, ó terror das estradas, susto na noite, receio de águas poluídas. Muletas do homem só. Ajudai-nos, lentos poderes do láudamo. Até a canção medrosa se parte, se transe e cala-se. Faremos casas de medo, duros tijolos de medo, medrosos caules, repuxos, ruas só de medo e calma. (...) O medo com sua física, tanto produz: carcereiros, edifícios, escritores, este poema; outras vidas".[1]

Na imortal passagem, o poeta antecipa com extrema habilidade as tensões e contradições da *sociedade do risco* contemporânea. Antecipa, também, por outro lado, as principais temáticas que se apresentam como pano de fundo das presentes reflexões. Partimos da premissa de que a sociedade do risco global, tal qual desenvolvida pelas sugestivas e irrefutáveis análises de Ulrich Beck e Niklas Luhmann, precipita o surgimento de uma sociedade do medo tanto real e inegável quanto ilusório e imaginado, isto é, produto inexorável de certa sensibilidade psicologicamente produzida pelas ameaças dos riscos catastróficos de dimensões globais (riscos ecológicos, sanitários, bélicos etc.) e da insegurança generalizada.

De forma inegável, tais transformações paradigmáticas projetam consequências profundas no âmbito do controle penal. A presente investigação pretende, pois, analisar tais mudanças a partir da seguinte problemática central: em que medida a sociedade do risco, o Estado de exceção permanente e a cultura do medo atingem as representações simbólicas punitivas na contemporaneidade, conferindo à penalidade características de mero espetáculo sacrifical?

A compreensão adequada desse fenômeno, à luz da hermenêutica filosófica, funda-se na hipótese de que o aparecimento do risco como uma nova fonte de mobilização política da sociedade, tende a projetar um cenário social em que a busca desenfreada pelo controle e pela segurança se constitui na principal resposta insti-

1. ANDRADE, Carlos Drummond de. O medo. In:_____. *A rosa do povo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 1996. p. 25-28.

tucionalizada e legitimada em termos exclusivamente procedimentais. Tal hipótese nos conduz a uma constatação inevitável. A necessidade cada vez mais premente de gestão e controle do risco vem promovendo um amplo processo de expansão desordenada e desenfreada do controle penal que, articulada por meio de uma rede jurídica imperial, se apresenta como a forma generalizada de compreensão e tratamento dos conflitos sociais, fulminado as bases de uma legitimidade política efetivamente democrática para o direito.

Isto porque, como nos lembra Chaui, a democracia pressupõe justamente uma sociedade verdadeiramente histórica. E uma sociedade histórica, aduz a autora, não consiste pura e simplesmente numa sociedade que está no tempo, mas sim que se *efetua como* tempo, isto é, "uma sociedade que não cessa de se reinstituir porque para ela sua gênese e sua forma são uma questão incessantemente recolocadas". Com efeito, "somente uma sociedade que vive os conflitos e acolhe a produção interna de suas diferenças, uma sociedade para a qual o poder está sempre na ordem do dia porque suas contradições impedem de fixar-se numa imagem idêntica, é uma sociedade histórica".[2]

A referência salutar aos horizontes democráticos e a sua intrínseca relação com a temporalidade permitem antever que os movimentos de sobrepenalização e de transformação interna do controle penal, amplamente debatidos no presente estudo, pretendem justamente inscrever a negação e a castração da temporalidade no âmbito da instituição do social. Essa tentativa de negação da incerteza e do requestionamento, e, portanto, da própria temporalidade, fica evidenciada pela tentativa de utilização do sistema penal como mecanismo de reafirmação da identidade da sociedade consigo mesma, da hegemonia dos grupos dominantes e da tranquilidade do 'progresso', por meio de um conjunto de representações simbólicas punitivas. Tal fato nos remete a uma completa ausência de confiança no futuro, nas promessas democráticas, entalhando a sociedade numa temporalidade amorfa que François Ost, não sem razão, chama de o "tempo do tirano".[3]

Assim, pretendemos analisar as raízes desse processo de produção social do medo e oferecer um diagnóstico dos paradoxos da democracia na sociedade do risco, ao avaliar as dimensões autoritárias desse câmbio epistemológico que afeta o direto (penal) contemporâneo. Cumpre, ademais, perceber até que ponto o sistema penal é um mecanismo apto, enquanto instrumento de controle social punitivo institucionalizado, a oferecer uma gestão efetiva e democrática dos riscos contemporâneos nos marcos de uma sociedade verdadeira histórica e aberta às incertezas das promessas dos direitos humanos.

---

2. CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortez, 1993. p. 155.

3. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 10 e ss.

2. A SOCIEDADE DO RISCO E A CULTURA DO MEDO: URGÊNCIA, EXCEÇÃO PERMANENTE E A GESTÃO DOS RISCOS CRIMINAIS COM BASE NA SEGURANÇA

As vacilações da democracia como forma de tratamento legítimo dos conflitos inserem-se num amplo espectro de transições e rupturas ocorridas no período contemporâneo. O ponto central dessa problemática reside na crise amplamente difundida e debatida do Estado Social e da emergência e consolidação da sociedade do risco e do Estado de Urgência.

Na definição de Ulrich Beck, o "riesgo es el enfoque moderno de la previsión de control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo".[4] Esse mapa cognitivo decorreria do aprofundamento e da intensificação do processo de diferenciação funcional a fim de gerir minuciosamente as suas próprias consequências.

Segundo Niklas Luhmann,[5] a própria história do conceito de risco, que remonta a documentos medievais, onde a expressão já se encontra usualmente empregada, demonstra que sua utilização "responde a la necesidad de conceptualizar una situación puntual que no puede ser expresada con la precisión requerida por las palabras de que se dispone en ese momento".

Assim, o cálculo do risco sempre esteve presente em diversos sistemas sociais. No sistema feudal, Luhmann[6] percebe que quando a religião cristã institucionaliza a confissão, pretende conduzir o pecador a um estado de arrependimento. O arrependimento funcionaria, portanto, como um instrumento de medida e cálculo do risco. Desde um ponto de vista secular, o cálculo do risco exprime, da mesma forma, um programa de minimização do arrependimento. As ações futuras deveriam ser rigorosamente medidas visando sempre o mínimo de arrependimento. Com efeito, o controle do tempo assume uma importância capital, na medida em que tais ações precisam necessariamente ser antecipadas e congeladas numa temporalidade alheia e incerta.

A rigor, o conceito de risco não pretende expressar um mero cálculo de custos em virtude de um prognóstico seguro. Tampouco alude à clássica super norma ética da modéstia e da justiça com respeito a todos os bens desejáveis. Não se trata, ainda, de modelos ahistóricos de racionalidade com os quais uma sociedade

4. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 5.

5. LUHMANN, Niklas. "El concepto de riesgo". In: GIDDENS, Antony; BAUMAN, Zigmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidade, contigencia y riesgo*. Trad. Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 133.

6. Idem, ibidem.

paralisada no tempo pretende afirmar sua sobrevivência em termos de vantagens e desvantagens, perfeições e corrupções, entre uma vida feliz ou desgraçada. Nas precisas palavras de Luhmann,[7] "lo que subyace a esta idea es que hay demasiadas razones por las que algo de manera improbable puede cambiar su curso como para considerarlas en un cálculo racional".

Trata-se, acima de tudo, de perceber que "las pretensiones de racionalidad se encuentram progresivamente en una relación precaria con el tiempo". Assim, o termo risco sempre está diretamente associado a decisões as quais se vincula o *tempo*, especialmente um futuro no qual não se pode conhecer suficientemente, um futuro que não se quer, nem se deseja como sendo produzido através de decisões estritamente pessoais.[8]

A tradição racional impõe, por seu turno, que os danos devam ser evitados dentro de determinadas possibilidades. Pretende-se, por essa via, acionar limitações às possibilidades de ação, admitindo-se apenas "'arriscar' ações" que podem desencadear, segundo um cálculo de probabilidade, danos evitáveis. Desta forma, o conceito de risco projeta, por intermédio do pensamento racionalista, um contrapondo conceitual, qual seja, a noção de *segurança*. Novamente em termos luhmannianos, poderíamos afirmar que o risco consiste na unidade da diferença entre risco e segurança, ou seja, a segurança só é pensável e desejável a partir de determinadas condições de risco (insegurança).[9]

No erosivo terreno da sociologia, entretanto, a segurança não passa de uma ficção social, uma construção discursiva. Nesse ponto, a análise de Luhmann é decisiva para nos convencer de que se trata apenas e tão somente de uma "categoria que sirve de válvula de escape para exigencias sociales, que en función del nível de pretensión variable se abre un paso en el cálculo de riesgo".[10] A definição dos horários dos vôos nos aeroportos, por exemplo, representa apenas um passo em direção ao cálculo do risco, ante as inúmeras pretensões variáveis, não podendo evitar os inúmeros enlaces e congestionamentos. A segurança de que viajaremos no horário prefixado constitui-se apenas em mera hipótese, um pequeno passo no cálculo dos riscos de atraso.

Nesse sentido, o problema da prevenção se apresenta como problema crucial no instante em que admitimos o risco como fenômeno inerente a qualquer sistema social. A prevenção consiste na preparação contra danos futuros, visando diminuir ou a probabilidade de sua aparição ou mesmo a sua magnitude. No entanto, a pre-

7. Idem, p. 134.
8. Idem, p. 135.
9. Idem, p. 139-140.
10. Idem, p. 142.

venção nunca elimina por completo essa aparição. Ademais, o fato de eliminarmos ou diminuirmos a probabilidade da aparição de um risco, não significa que riscos adicionais não apareçam repentinamente destruindo o nosso esforço preventivo. Um indivíduo pode evitar alimentos gordurosos e praticar exercícios físicos regularmente a fim de manter-se saudável e ser vitimado num acidente de automóvel ou num desastre de avião. Assim, emerge como inevitável o problema da aceitação e valoração dos riscos.[11]

No âmbito das instituições e práticas políticas da modernidade, a questão do risco sempre esteve presente, determinando as facetas das funções assumidas pelo Estado enquanto organização encarregada de construir, por meio de procedimentos livremente estabelecidos, a decisão sobre a valoração desses riscos e a definição de estratégias preventivas destinadas a amenizá-los.

Lembra-nos François Ost[12] que o Estado, no alvorecer da modernidade, sempre se identificou como Estado protetor. No século XIX, esta proteção assumirá a forma minimalista da garantia generalizada da sobrevivência, com o Estado liberal a deixar à esfera privada a gestão das condições materiais de existência. No século XX, as missões do Estado alargam-se, na medida em que ele toma a seu cargo, para além da simples sobrevivência, a garantia de uma certa qualidade de vida: fala-se então do Estado-Providência ou Estado Social. Este modelo pretende dominar os principais riscos sociais impondo a segurança generalizada, a fim de efetivar as promessas de liberdade e igualdade para todos.

Entretanto, este modelo entrou hoje em crise: a sociedade assistencial desagrega-se, a ciência e a lei são atingidos pela dúvida, o mercado e a privatização triunfam, ao mesmo tempo em que o medo regressa. A 'sociedade do risco' toma então o lugar do Estado Social, e volta-se a falar de segurança em vez de solidariedade. Essa nova forma de sociedade globalizada, marcada pela volatilidade e aceleração das trocas econômicas e informacionais, projeta uma rede sistêmica de riscos inusitados, ilimitados e incontrolados, geralmente de dimensões globais.[13]

Historicamente, conforme descrição de François Ost,[14] três etapas marcam as transformações nas formas do risco e da prudência correlativa. Numa primeira fase, da sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma do acidente: acontecimento exterior e imprevisto, acaso, golpe do destino, é simultaneamente individual e repentino. Em face desse risco-acidente, a reação é pois quer curativo-retroativa

11. LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo cit., p. 150-151.
12. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 340 e ss.
13. Idem, p. 342 e ss.
14. Idem, p. 343-345.

(indenização a *posteriori* do dano), quer prudentemente prospectiva (seguro individual e previdência).

A segunda fase da história do risco vê a emergência da noção de prevenção. Entende-se como atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco – um risco doravante objetável e mensurável. No momento em que se lançam as bases do Estado Social e da sociedade assistencial no século XX, a utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma confirma-se em todos os aspectos: "prevenção de doenças" (com a descoberta efetuada por Pasteur), prevenção dos crimes (com a criminologia etiológica positivista e a política de defesa social), prevenção da miséria e da insegurança social (com as seguranças sociais). A este domínio do risco junta-se o domínio jurídico: cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança. O risco assume a figura de acontecimento estatístico objetivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos. Assim, pretendia-se dominar completamente os riscos com o escopo de assegurar a felicidade social.[15]

Hoje, contudo, na terceira da fase da história do risco, temos a ideia do risco enorme ("catastrófico"), irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e domínio. O risco, como sugerem Luhmann e Beck, é um produto derivado, um efeito perverso ou secundário (na acepção de efeitos secundários colaterais ou indesejáveis dos medicamentos) das nossas próprias ações e decisões. A sociedade do risco é uma sociedade que se põe ela própria em perigo: basta pensar no risco sanitário (sangue contaminado), no risco alimentar (vaca louca) e no risco tecnológico (camada de ozônio, aquecimento climático).

Nesse contexto, assistimos a uma avassaladora expansão do controle penal como mecanismo de gestão dos riscos e reafirmação da segurança considerada perdida. Vemos, pois, que essa hipertrofia punitiva globalizada atende às exigências impostas por essa nova etapa do desenvolvimento histórico. Tanto a emergência de novos bens e interesses dignos de tutela, agora caracterizados pela sua natureza difusa e supraindividual (meio ambiente, manipulação genética, espaço virtual ou cibernético, sistema financeiro, armas, drogas, crimes transnacionais, crimes contra a humanidade) quanto a ausência de valores ético-políticos compartilhados de forma durável, parecem depositar no sistema penal a esperança de cura dos sintomas da sociedade do risco e do consequente Estado de Urgência.

Assim, a inflação legislativa em âmbito penal atende ao delineamento do chamado Estado de Urgência e da cultura do medo. Com efeito, "em face da erosão da ideia de progresso e da dificuldade de se pensar o futuro em termos de promessa,

15. Idem, 1999. p. 346 e ss.

é o presente que concentra toda a carga de expectativa normalmente lançada sobre o futuro, e é na injunção imediata do instante – logo, na urgência – que a ação é chamada a produzir-se".[16]

Os efeitos da urgência são extremamente dramáticos. De um lado, temos a desvalorização tanto do passado (decididamente volvido) como do futuro (demasiado incerto e afastado para ser pertinente). Um segundo efeito seria a desqualificação que acarreta da expectativa, da duração e das transições. De fato, a urgência parece comprometer-se na via do provisório permanente, como se, alimentando-se de alguma forma de si mesma, cada uma de suas intervenções pedisse a seguinte.[17]

No âmbito do direito (e do controle penal), a urgência parece se manifestar de variadas formas. O transitório parece ter se tornado o habitual, a urgência tornou-se permanente. Assim, todo o direito se põe em movimento. Fazendo o curto-circuito das formas, dos prazos e dos processos, a urgência, apoiando-se no estado de necessidade (necessidade que faz), transforma-se em exceção generalizada. Daí resulta um risco de tipo novo, a insegurança jurídica: não insegurança econômico-social (perigo externo), mas risco endógeno, produto secundário e indesejável de uma engenharia jurídica cujo ritmo se acelerou. Desse modo, a urgência acelera a produção legislativa, redundando num caos normativo e na deterioração do princípio da legalidade, e concentra o tempo jurídico no imediato, na imposição administrativa sem mediação jurídica. A urgência leva igualmente a simplificar consideravelmente os procedimentos, abreviar os prazos e contornar as formas.[18]

A propósito do direito penal, que é, à sua maneira, o guardião de todos os outros direitos, dois fenômenos merecem destaque: por um lado, o movimento de sobrepenalização (Estado Penal); por outro, a mudança de paradigma interno, com o abandono dos objetivos de tratamento e de reabilitação do condenado em benefício de uma gestão do risco criminal com base na segurança.

Esse movimento de sobrepenalização da realidade social reflete, pois, as exigências de segurança num mundo marcado pela produção de riscos globais inusitados, incalculáveis, imprevisíveis, irreparáveis. Na denominada "sociedade do risco global", tais ameaças e danos aparecem como uma nova forma de mobilização política da sociedade e todas as estratégias destinadas ao seu controle e à "reconstrução do equilíbrio social", ainda que fundadas na exceção e na força, cimentam a legitimidade do exercício do poder.[19]

16. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 352.
17. Idem, p. 356.
18. OST, François. *O tempo do direito* cit., p. 360.
19. BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

O novo paradigma societário origina o fenômeno da "institucionalização da insegurança". A sociedade do risco global é, inegavelmente, uma sociedade da insegurança objetiva, já que a intensa complexidade social gera um aumento vertiginoso de expectativas que se interpenetram e dependem da realização de ações positivas de terceiros.

Ao lado dos riscos reais e objetivos, habita também a produção constante e frenética de uma sensação social de insegurança. Juntamente com a insegurança objetiva, vive-se numa sociedade da 'insegurança sentida', consubstanciada na produção de um sentimento que reflete uma sensação geral de insegurança, isto é, no aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos: o medo. Numa sociedade marcada pela aceleração e pela incerteza, pela obscuridade e pela urgência, produz-se uma profunda desorientação pessoal. Trata-se, acima de tudo, de perplexidade ante a ausência de referenciais éticos duradouros ou de princípios generalizáveis, o que leva o campo penal a afirmar-se como nova pauta de valores na ausência de outros referenciais. Além disso, o papel fundamental cumprido pela mídia de massa na produção e difusão do medo tende a consolidar uma elevadíssima "sensibilidade do risco", além da propagação dos fenômenos da essencialização do outro, da demonização e da construção da monstruosidade.[20]

A cultura do medo é uma característica fundamental da contemporaneidade, constituindo um importante ingrediente de definição das pautas políticas e de construção do consenso em torno de decisões coletivas. O medo, diz Zigmunt Bauman,[21] é um sentimento conhecido de toda criatura viva. Os seres humanos compartilham essa experiência com os animais. Ambos, quando obrigados a enfrentar uma ameaça, oscilam entre as alternativas da fuga e da agressão.

No entanto, a análise de Bauman privilegia e desvenda os medos coletivos, capazes de demonstrar quão frágeis são os laços civilizatórios, os mantos simbólicos que impedem a eclosão do caos. Uma das condições de sua força destrutiva é exatamente o seu grau de dispersão. O medo é profundamente mais "assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivo claros; quando nos assombra sem que haja explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. 'Medo' é o nome que damos a nossa *incerteza*: nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la, estiver além de nosso alcance".[22]

20. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

21. BAUMAN, Zigmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 5.

22. Idem, p. 8.

Em termos políticos e ideológicos, a difusão do medo sempre foi uma estratégia utilizada pelas classes hegemônicas para detonar mecanismos planejados de neutralização, disciplinamento e brutalização das classes consideradas "perigosas", geralmente as massas empobrecidas.[23] De modo que a emergência e a consolidação do Estado penal contemporâneo espelham, inegavelmente, os paradoxos e limites de um imaginário social invadido pelo risco, pela insegurança e pelo medo, imagens cultuadas no altar do capitalismo globalizado.

3. O *WELFARE* DESPEDAÇADO E A CONSTRUÇÃO DA REPÚBLICA PENALIZADA: OS MOVIMENTOS DE SOBREPENALIZAÇÃO COMO NOVAS ESTRATÉGIAS DE CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA

Nas sociedades capitalistas contemporâneas, a hegemonia ideológica do neoliberalismo promoveu, como corolário lógico de sua perversa dimensão econômica, o *neoconservadorismo* como sua indefectível expressão política. Ao destruir as bases assistenciais do Estado, esse modelo não só acentua o *déficit* social nas injustas e cambiantes democracias do capitalismo tardio e periférico, mas estende também a sua devastação aos estáveis modelos democráticos dos países centrais.[24]

Nesse contexto, verifica-se a revelação crescente de situações extremas pelo nítido aumento do fosso entre ricos e pobres, o qual mantém em conjunto convívio dois modelos de sociedades contraditórios e irreconciliáveis, a saber, o da opulência econômica dos setores dominantes e o da crescente miséria social. O primeiro deles gerenciador do capitalismo internacional e da burguesia periférica integrada a ele; o segundo relega 59,3% da população latino-americana a suportarem a existência abaixo da linha de pobreza – segundo relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

Tal quadro, ao irromper uma grandiosa crise das relações de produção e sociabilidade, fulmina a possibilidade da consolidação dos Estados democráticos. A (re) afirmação dos valores de igualdade, liberdade e solidariedade, como fundamentos ético-políticos da justiça e como instâncias estratégicas de (re)distribuição de ingressos e recursos, são violentamente sacrificados e desmantelados "em função do reforçamento darwiniano do mercado, procurando desse modo que o 'virtuoso' afã de lucro dos burgueses não tropece com interferências extra-econômicas que possam frustrar suas potencialidades de crescimento".[25]

---

23. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

24. BORON, Atilio A. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo*: as políticas sociais e o Estado Democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

25. Idem, p 101-102.

Por conta disso, assistimos a uma espécie de guerra social latente, à medida que a radicalização das desigualdades sociais desemboca em antagonismos, rupturas, ódios e choques extremados. Como percebe Octávio Ianni,[26] "a distribuição desigual da riqueza social, desde a mais estritamente econômica à cultural, constitui uma das bases das inquietações e reivindicações, dos movimentos sociais e protestos, do desespero e da violência". E, assim, "de repente, alguns membros das elites governantes e classes dominantes começam e reconhecer, com muita dificuldade, alguma relação entre violência e carência, riqueza e pobreza, prosperidade e terrorismo".

A gestão da segurança, dos antagonismos, das clivagens e dos medos coletivos passa a ser tarefa exclusiva do sistema repressivo. Inegavelmente, os níveis chocantes de pobreza e de marginalização, presentes nas sociedades atuais, tanto no centro como na periferia do planeta, impõem o fortalecimento do controle dos segmentos que possivelmente possam subverter a estabilidade da ordem instituída. Algo que ocorre porque a destruição do trabalho assalariado, protagonizada pelo "horror econômico" neoliberal, tende a germinar no aumento acelerado da violência, do desvio, da incivilidade, da anomia, do terrorismo, da desagregação social.

Nessa conjuntura, a hipertrofia do sistema penal obedece aos fundamentos da própria lógica econômica atual, direcionando suas baterias punitivas à neutralização das "classes perigosas", através de técnicas de "prevenção do risco", as quais se articulam principalmente sob as formas de vigilância, segregação urbana e contenção carcerária.[27]

Isso acontece justamente pelo fato de que, como ressalta Ianni,[28] a violência revela-se uma poderosa força produtiva, uma vez que assegura e reproduz as práticas e instituições necessárias ao desenvolvimento da economia e da exploração capitalistas. Nas precisas palavras do autor,[29]

"(...) mais uma vez está em causa a forma como se processam a realização, a organização, o funcionamento, e o desenvolvimento da propriedade privada, na sociedade burguesa, capitalista. Em princípio todos são proprietários, tanto os proprietários do capital como os da força de trabalho: empresários e assalariados. Entre os que vendem força de trabalho, no entanto, são muitos os que não encontram compradores; condenam-se à inação; são condenados em muitos casos à inação.

26. IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 201-204.

27. DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

28. IANNI, Octávi. *Capitalismo, violência, terrorismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

29. Idem, p. 149.

Nesse sentido é que a violência institucionalizada, traduzida em mecanismos de oferta e demanda no mercado, disciplina rigorosa, praticamente militar, nos locais de trabalho, vigilância policial contínua sobre o desempregado, brutalidade policial relativa ao trabalhador negro, nativo, branco, árabe, asiático ou outro, conforme o país – nesse sentido é que a violência revela-se uma poderosa força produtiva. Sim, ao lado do capital, tecnologia, força de trabalho, divisão do trabalho social, mercado e planejamento, a violência institucionalizada, o Estado como violência organizada e concentrada da sociedade, revela-se poderosa força produtiva".

Além disso, a nova expansão do capitalismo em escala global fomenta toda sorte de rupturas e violências, o que abala instituições, modos e estilos de vida, visões de mundo. A "fábrica da violência" germina, nasce e floresce na própria "fábrica da sociedade". A violência emerge do ventre do tecido social, das formas de sociabilidade e do jogo das forças sociais, que engendram as suas respectivas engrenagens de dominação e exploração e, portanto, também de violência.[30]

Nesse sentido, Christie[31] percebe que "um princípio básico do controle social é de que os que possuem muito e os que nada têm são os dois extremos mais difíceis de governar. Os que muito possuem também têm muito poder, e os que nada têm, também nada têm a perder". Assim, pela sua posição de fragilidade social, as classes subalternas recebem com mais frequência a fúria da violência real e simbólica do sistema penal.

Da mesma forma, De Giorgi[32] assinala que ao se debruçar sobre as tecnologias punitivas que emergem no ocaso do século XX e início do XXI, podemos facilmente falar de um segundo grande encarceramento, como o "grande internamento" vivenciado entre os séculos XVII e XVIII. Tal fenômeno se expressa, pois, sob as formas de um *internamento urbano*, que tem a forma do *gueto*, ou das *favelas* no caso brasileiro; de um *internamento penal*, que tem a forma do *cárcere*, e de um *internamento global*, que assume as formas das inumeráveis "*zonas de espera*", disseminadas pelos confins internos do Império. Porém, adverte De Giorgi,[33] que diferentemente do primeiro grande internamento, a sua reedição contemporânea não parece cultivar nenhuma utopia de tipo disciplinar. Com efeito, afirma o autor[34]

"(...) o novo internamento se configura mais do que qualquer outra coisa como uma tentativa de definir um espaço de contenção, de traçar um perímetro material

30. Idem, p. 149-150.

31. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 56.

32. DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

33. Idem, ibidem.

34. Idem, p. 28.

ou imaterial em torno das populações que são 'excedentes', seja a nível global, seja a nível metropolitano, em relação ao sistema de produção vigente".

De forma nítida e incontestável, para além das cores políticas e ideológicas partidárias, vislumbramos atualmente a progressiva substituição do Estado Social pelo Estado Penal. Loïc Wacquant[35] constatou, em relação ao caso norte-americano, a expressiva alteração de um (semi) Estado-providência em detrimento de um Estado Penal e policial. Configurou-se, assim, nas últimas décadas, uma espécie híbrida de Estado, o "Estado-centauro", guiado por uma cabeça liberal montada sobre um corpo autoritário. Esse modelo estatal liberal-despótico "aplica a doutrina do '*laissez-faire, laissez-passer*' a montante em relação às desigualdades sociais, mas mostra-se brutalmente paternalista a jusante, no momento em que trata de administrar suas consequências".[36]

Cumpre esclarecer que o Estado Social, como explica Rosanvallon,[37] consistiu numa extensão e num aprofundamento do Estado-protetor (liberal) clássico, que acompanha o próprio movimento pelo qual a sociedade deixou de ser pensada com base no modelo de corpo para ser concebida sob o modelo do mercado. A pretensão seria a de substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal, calcada na gestão dos riscos com base na probabilidade estatística. Esse Estado visava, portanto, muito além de suas obrigações clássicas, ações redistributivas, de intervenção e regulamentação das ações sociais e de responsabilização por certos serviços coletivos.

Esse paradigma estatal do projeto modernista pautou-se, pois, pela tentativa crescente de anexar a população à plena cidadania não apenas de direitos formais, mas de incorporação substantiva à sociedade. A sociedade moderna buscou a todo custo manter-se como sociedade inclusiva. A modernidade recente, ao contrário, caracteriza-se por sua natureza excludente, gerando alterações radicais nas formas de criminalidade e de controle social. Nos termos de Young,[38] os processos de desintegração tanto da esfera da comunidade, pelo aumento do individualismo, como da esfera do trabalho, em razão das drásticas rupturas empreendidas pelo mercado globalizado, articulam uma "dialética da exclusão", caracterizada, segundo o criminólogo britânico, por

"(...) uma amplificação do desvio que acentua progressivamente a marginalidade, num processo pírrico que envolve tanto a sociedade mais ampla como, crucial-

35. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2001.

36. Idem, p. 37.

37. ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Brasília: Ed. UnB, 1997.

38. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revam/ICC, 2002. p. 31.

mente, seus próprios atores, os quais, na melhor hipótese, se metem na armadilha de uma série de empregos sem nenhuma perspectiva, ou, na pior, de uma subclasse de ociosidade e desespero".

Consoante adverte Bauman,[39] "poucos de nós se lembram hoje de que o estado de bem-estar foi, originalmente, concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharam mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo".

Os dispositivos da previdência representavam uma rede de segurança; essa estendida a toda comunidade a fim de proteger os seus membros das agruras da sobrevivência e "dos temporários soluços e caprichos das vicissitudes da sorte", previsíveis no contexto de uma sociedade capitalista competitiva. Assim, o "estado de bem-estar não era concebido como uma caridade, mas como um direito do cidadão, e não como o fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de seguro coletivo".[40]

Em razão disso, o campo penal moderno, no período do Estado Social, propõe "um discurso que relaciona criminalidade e desvio com cidadania normal". Se, por um lado, a longa marcha da cidadania é um caminho inevitável e sem retorno, o papel do Estado é intervir de modo a realizar a justiça social e a ordem social, vislumbradas não só como justas, mas obviamente voltadas para o interesse de todos; de outro lado, o desvio não passará de atos de uma minoria, determinado por circunstâncias psicológicas e individuais e o 'outro' desviante como constituído por uma ausência em termos de valores que são absolutos e incontestáveis e, portanto, sujeitos ao objetivo de assimilação ou inclusão, por meio de um discurso tanto penal quanto terapêutico de integração. Com efeito, afirma Young[41] "(...) trata-se de uma sociedade que não abomina 'o outro', nem o vê como inimigo externo, mas muito mais como alguém que deve ser socializado, reabilitado, curado até ficar como 'nós'. O olhar modernista não vê o outro como estrangeiro, mas como algo ou alguém a quem faltam os atributos do observador. Falta-lhe civilização, ou socialização, ou sensibilidades".

No entanto, atualmente, o crescente afrouxamento das relações de trabalho e a minimização da interferência estatal na economia promovem uma acentuada decomposição das redes de proteção social, expressões inexoráveis da própria volatilidade dos fluxos de capital em escala global. Diante do banimento gradativo da

39. BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 51.

40. Idem, ibidem .

41. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*... cit., p. 21-23.

necessidade de trabalho pelas incessantes revoluções tecnológicas e da visualização de que um setor cada vez mais numeroso da população nunca reingressará na produção e que, portanto, não apresente interesse para os que dirigem a economia, quase todos "os dispositivos de previdência, antes um exercício dos direitos do cidadão, transformaram-se no estigma dos incapazes e imprevidentes".[42]

Consequentemente, elimina-se o seguro coletivo contra os riscos e as tarefas de lidar com os riscos coletivamente produzidos terminam privatizadas. Nessa conjuntura, o que se tem verificado cada vez mais, em anos recentes, como criminalidade é precisamente o próprio produto da sociedade de consumidores. No momento em que a mensagem sedutora do consumo é amplamente difundida, amplia-se significativamente o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer os seus desejos. Assim, "a sedução do mercado é, simultaneamente, a grande igualadora e a grande divisora", pois, se a mensagem é dirigida a todas as direções, ela esconde, no entanto, o fato de que existem mais daqueles que podem ouvi-la do que propriamente aqueles que podem agir em conformidade com a mensagem.[43]

Na precisa assertiva de Bauman,[44]

"(...) o consumo abundante, é-lhes dito e mostrado, é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Eles também aprendem que possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana".

Se, na sociedade contemporânea, a dignidade humana e o reconhecimento dependem mais da capacidade de participar da "sociedade de consumidores" do que da autonomia moral e da dialética do reconhecimento (alteridade), o seu fundamento emerge forte e claro: não há mais modelos a seguir, "exceto os de *apoderar-se de mais*", e não há normas, exceto o imperativo de estar apto a participar bem do jogo com as cartas que se dispõe. Desta forma, os inabilitados devem ser mantidos fora do jogo, posto que são o refugo da ordem instituída, servindo, inclusive, de terrível exemplo para os que estão do lado de dentro. Assim, segundo Bauman[45] "dada a natureza do jogo agora disputado, as agruras e tormentos dos que dele são excluídos, outrora encarados como um malogro coletivamente causado e que precisava ser tratado com meios coletivos, só podem ser redefinidos como um crime individual. As 'classes perigosas' são assim redefinidas como classe de criminosos. E, desse modo, as prisões agora, completa e verdadeiramente, fazem as vezes das definhantes instituições do bem-estar".

---

42. BAUMAN, *O mal-estar da pós-modernidade* cit., p. 51.
43. BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade* cit., p. 52-55.
44. Idem, p. 55.
45. Idem, p. 56-57.

Nesse terreno inóspito, o controle das populações marginalizadas fomenta uma verdadeira indústria do controle do crime, que abocanha vultosas somas dos recursos estatais para o setor repressivo. Essa indústria pretende enfrentar os problemas da distribuição (desigual) da riqueza e do trabalho, na medida em que fornece emprego e se constitui numa das atividades mais lucrativas, especialmente no mercado norte-americano. Além da abundante matéria-prima, ou seja, das crescentes hordas de ociosos que irão compor suas fileiras, não existem, como ironiza Christie,[46] "os habituais problemas de poluição ambiental. Pelo contrário, o papel atribuído a esta indústria é limpar, remover os elementos indesejáveis do sistema social".

O pano de fundo dessa nova postura punitiva globalizada, indispensável aos anseios da mundialização sem barreiras da economia, resume-se ao fato de que ao crescimento terrível e avassalador da exclusão social, "o Estado responderá não com um fortalecimento de seu compromisso social, mas com um endurecimento de sua intervenção penal. À violência da exclusão econômica, ele oporá a violência da exclusão carcerária". Isso se dá no momento exato em que se verifica a crescente desagregação social, exigindo que os contrastes sociais violentamente intensificados sejam comprimidos pela violência submissora do despotismo estatal. Em outros termos, "à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro".[47]

A visível expropriação (social) do Estado incita uma extensão hobbesiana do poder punitivo, o que demonstra a prevalência, na vitória do pilar da regulação, dos princípios do Estado e do mercado em detrimento do princípio da comunidade. Fala-se hoje, sobretudo, em segurança em vez de solidariedade. No campo penal, a supremacia da regulação sobre a emancipação no solo erosivo da criminologia implica na superação da criminologia neoclássica pela criminologia administrativa ou atuarial, pela *criminologia da vida cotidiana* (Garland), ou ainda, pela "criminologia da guerra". Como adverte Young,[48]

"(...) tal criminologia administrativa se preocupa em gerir em vez de reformar, seu 'realismo' está em não pretender eliminar o crime (o que ela sabe impossível), mas minimizar riscos. Ela abandonou os objetivos modernistas de mudança através de engenharia social e intervenção judicial, e busca apenas separar o criminoso do cidadão decente, o encrenqueiro do comprador pacífico, e minimizar o dano que o viciado ou alcoólatra pode causar a si próprio, em vez de propor alguma cura ou transformação.

---

46. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime* cit.

47. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*... cit., p. 74.

48. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*... cit., p. 76-77.

Por esse quadro, vê-se que o discurso da segurança e da expansão do campo penal responde ainda ao delineamento atual do chamado Estado de Urgência, ou de Exceção, e da sociedade do risco.

Segundo Young,[49] a combinação explosiva entre insegurança material e ontológica, produtos do mercado de trabalho precário e do relativismo cultural, "legitima tanto o privilégio como a deferência: nos permite manter e aceitar posições de superioridade ou inferioridade". O degrau seguinte facilmente alcançável consiste em "responsabilizar um grupo de dentro ou de fora da sociedade pelos problemas sistêmicos enfrentados por ela". Assim, o essencialismo, o apelo à diferença, baseados em essências fixas e atemporais, afirma-se como um pré-requisito para a demonização, conferindo uma base para projeções das partes mais baixas e desconfortáveis da pessoa mesma sobre o outro. No topo, a fabricação de monstros, "criaturas que são essencialmente diferente de nós" e, portanto, estão além da redenção, pois "tendo sido forjados como monstros, não podem mudar. Nenhum tempo de condenação pode redimir a sua depravação".

4. EM BUSCA DA SEGURANÇA PERDIDA: DO ABANDONO DO PARADIGMA REABILITADOR À PENA COMO (MERO) ESPETÁCULO SACRIFICIAL

Além do movimento de sobrepenalização (Estado Penal) e mesmo como decorrência deste, vislumbramos também um novo retrocesso dos horizontes simbólicos democráticos dos direitos humanos no âmbito da gestão dos conflitos sociais. Essa regressão é caracterizada pela mudança interna de paradigma, com o abandono dos objetivos de reabilitação do condenado e de elaboração de alternativas à pena privativa de liberdade em benefício de uma gestão do risco criminal com base na segurança e, dessa forma, da utilização da pena como mero espetáculo sacrificial, destinada a reativar, pela emoção e pela dor, os elos sociais estilhaçados.

Parece hoje explícito que, na sociedade moderna, o preço a pagar pela liberdade e autonomia individuais foi, sem dúvida alguma, a crescente insegurança e a vulnerabilidade constante, desde o momento em que o homem libertou-se dos laços bem amarrados da tradição. A passagem de uma sociedade de destino para uma sociedade de liberdade relega a dificuldade em existir, e a partir disso transforma a liberdade num fardo extremamente pesado. Com isso, a responsabilidade torna-se insuportável à medida que a consciência da própria pequenez acompanha a de uma responsabilidade cada vez mais esmagadora.[50]

---

49. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*... cit., 2002.

50. BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. In: PRIGOGINE, Ilya; MORIN, Edgar (Orgs.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

Essa "responsabilidade esmagadora" deriva das grandiosas proporções dos riscos produzidos como fruto das nossas próprias escolhas e decisões. O progresso das ciências submete as pessoas a uma responsabilidade desproporcionada. Assim, nas sociedades atuais, a vitimização real e sentida parece ser uma de suas marcas distintivas. No momento em que todos se sentem vítimas, o direito penal passa ser o único meio de resolução dos conflitos. Nele se desvanecem os laços solidários e a ética da responsabilidade; a ameaça da sanção constitui-se no substituto dos valores ético-políticos que instituem o elo social e oferece aos indivíduos os únicos, extremos e desesperados pontos de referência necessários a sua identidade e autonomia. Na expressiva análise de Ost,[51] "de imediato, o direito penal surge como a derradeira expressão da moral comum, a última fonte de sentido num mundo cujas referências móveis e flutuantes aprofundam a inquietude e suscitam o mal-estar, pelo menos tanto quanto libertam. Aos olhos dos indivíduos que se tornaram medrosos, o interdito reafirmado e sancionado parece estreitar os elos sociais e garantir um pouco da segurança perdida".

A única imagem capaz de oferecer aos indivíduos alguma sensação confortável, alguma tranquilidade e alguma confiança na rede simbólica instituída, ainda que ilusória e passageira, posto que facilmente dissolvida, parece ser a caricatural e autoritária figura do Leviatã, de Hobbes. Se o parceiro de interação é sempre um inimigo potencial, capaz de solapar-me a vida e os bens, o refúgio necessário e confortável só poderá ser, efetivamente, os braços robustos do Estado despótico.

Com efeito, como destaca Ost,[52] "esta sobre-solicitação da justiça penal, transformada em instância de reconhecimento das vítimas, e esse apelo reforçado à sanção, sinal inverso da norma comum, dão assim uma resposta à questão de saber se, para existir e identificar-se, uma sociedade não precisa se apoiar em referências fundadoras e experimentar os seus limites. Eis o que poderia explicar o movimento de repenalização da vida social cujos sinais abundam: multiplicação das incriminações, aumento das tarifas repressivas, alongamento da duração média das penas, restrição dos regimes de liberdade condicional, vigilância electrónica ao domicílio: o controle penal estende-se e a repressão endurece".

Sendo assim, no momento em que o risco converte-se numa das principais forças de mobilização política, o valor dado à segurança, precisamente a outra face (conceitual) do risco, assume a primazia como fonte de legitimação de todo o sistema repressivo. A tendência atual das políticas criminais contemporâneas e globalizadas caminha no sentido de, segundo Bauman,[53] "(...) limitar à questão da lei e da ordem o

51. OST, François. *O tempo do direito* cit., p. 379.

52. OST, François. *O tempo do direito* cit., p. 379.

53. BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zaher, 1999. p. 11.

que ainda resta da iniciativa política nas mãos cada vez mais frágeis da nação-estado, uma questão que inevitavelmente se traduz na prática em uma existência ordeira – segura – para alguns e, para outros, toda a espantosa e ameaçadora força da lei".

Se as comunidades de hoje são sinônimos de isolamento, separação, muros protetores e portões vigiados, o equivalente ao abrigo nuclear, as classes hegemônicas pretendem cada vez mais viver sob o regime da secessão, sob a égide do direito de manter-se à distância e viver longe de intrusos. Nesse sentido, a segurança passa ser a mola propulsora das comunidades de ocasião, das comunidades cercadas e vigiadas. E, assim, o campo penal assume todos os encargos da (ilusória) produção da segurança, do deleite da vingança e do sangue prometido.

O sistema penal apossa-se da dissolução das tensões, das clivagens e dos antagonismos sociais, econômicos, políticos, culturais, étnicos, religiosos e morais, que as inseguranças material e ontológica aprofundam e agravam. Esse sistema erigi-se, portanto, no único mecanismo viável de manutenção da segurança dos segmentos dominantes. Sua atuação restringe-se, nesta medida, não a promover a proteção necessária de violações de direitos de absoluta relevância para todos os membros da sociedade e com a devida devoção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, mas a reproduzir brutalmente a conservação de uma ordem social desigual e autoritária.

Sendo assim, ao lado do movimento de sobrepenalização e como corolário deste, assistimos à transformação interna, em termos de segurança, que afeta hoje o direito penal. No âmbito do Estado Social, a repressão prosseguia essencialmente as finalidades preventivas. Tratava-se, num momento em que ainda se tinha confiança no futuro, de implementar penas que simultaneamente dissuadissem os potenciais delinquentes e assegurassem a emenda daqueles que exibiam comportamentos desviantes cuja culpabilidade fosse estabelecida. Tratava-se, pois, menos de punir a falta passada (lógica retributiva) do que de prevenir o mau futuro.

Na linha de um Estado Social preventivo, multiplicam-se as políticas sociais suscetíveis de conter o crime antes de acontecer. De forma geral, a preocupação do socializar, participar e do reabilitar sobrepõe-se, pelo menos no domínio das intenções, ao controle social e à repressão. Porém, com a crise do Estado Social e a emergência do Estado Penal (penitência), tais ideais foram progressivamente abandonados. As preocupações com segurança ocupam hoje a boca da cena: almeja-se uma segurança imediata, mas não a redução da criminalidade em longo prazo. O vocabulário da desconfiança (gestão do risco criminal) substitui as esperanças colocadas, ontem ainda, no tratamento e na reabilitação dos apenados. A lógica do projeto, típica das políticas penais do Estado Social, dá lugar às intervenções de urgência, aos programas a curtíssimo prazo, suscetíveis de produzir resultados rápidos, visíveis e, se possível, midiaticamente rentáveis.[54]

54. OST, François. *O tempo do direito* cit.

Tal fato deriva precisamente dos altos custos e do penoso trabalho que consiste em dedicar aos inadaptados, isto é, ao refugo da sociedade de consumo, uma confiança digna de atenção. Diante de um Estado social em crise e de um mundo marcado por riscos globais, qualquer investimento em indivíduos, vistos pela sociedade como disfuncionais, inaptos, enfim, monstros e inimigos, seria repudiado de forma inequívoca.

Por isso mesmo, como assevera Bauman,[55] "o confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com os setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar".

A história do medievo demonstra que hereges, bruxas, judeus, prostitutas, leprosos e homossexuais foram perseguidos, confinados e executados por não assimilarem passivamente os valores da tradição cristã ou manterem com eles uma relação ambígua. A partir do denominador comum do controle rigoroso da sexualidade dos fiéis, lastreado pela relação heresia-lepra-sexo, a Instituição Eclesiástica fomenta a intolerância persecutória com base na construção de estereótipos que personalizam os temores à ordem autoritária clerical.[56]

É interessante notar que, mais tarde, no período industrial, o Panóptico de Bentham representou, como percebeu o gênio de Foucault, o projeto ideológico punitivo por excelência. Sua missão consistia em produzir um poder disciplinar onipresente configurador da docilidade dos corpos. Isso quer dizer que o poder (de punir) deveria formar "corpos dóceis", que permitissem a extração de sua máxima utilidade econômica. No capitalismo globalizado, ao revés, diante da dispensabilidade dos corpos humanos para a produção da riqueza, o poder (penal) funciona como um mecanismo que (de)limita as fronteiras da estratificação social.

Como lembra Nilo Batista,[57] no momento em que o capital financeiro transnacionalizado abandona o disciplinamento dos corpos, agora indispensáveis tão somente à reprodução do consumo, a máxima que regeria a lógica da punição na sociedade global seria: a imposição de penas alternativas aos potenciais consumidores e o confinamento para os "consumidores falhos".

De fato, o "encarceramento serve bem antes à regulação da miséria, quiçá a sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado". Portanto, as populações marginalizadas, excluídas do ciberespaço da pós-modernidade, disporão dos

---

55. BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade* cit., p. 58.

56. RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. p. 24-32.

57. BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. In:_____. *Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade* (1). Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

únicos espaços que lhe são reservados no mundo globalizado: o do confinamento. Há uma alternativa a ser escolhida entre duas (catastróficas): os guetos como prisões sociais ou as prisões como guetos judiciários.[58]

Nos Estados Unidos, matriz ideológica do mundo neoliberal, a população carcerária atinge índices alarmantes, sendo que um a cada três negros, na faixa etária de 18 a 35 anos, encontra-se sob a tutela da justiça criminal. É fácil ver-se, pois, que o objeto primordial da nova avalanche punitiva são, necessariamente, os indesejados, os supérfluos de que fala Forrester. As prisões transformam-se eminentemente em "fábricas de imobilidade", edificam-se como alternativas à inexistência de trabalho; deixam, assim, transparecer, pela sua cabal evidência, que no âmbito estatal a guerra contra a pobreza deve necessariamente desfigurar-se numa guerra contra os pobres.[59]

Essa nova ideologia punitiva, representada pela "criminologia da intolerância" e pela "política criminal atuarial", sintetiza, pois, a hegemonia ideológica do neoliberalismo, com todo o seu arsenal de neoconservadorismo político e economicista. Contrapondo-se aos pressupostos do campo penal moderno, que assumia o indivíduo e a responsabilidade moral subjetiva (princípio da culpabilidade) como pressupostos irrenunciáveis das funções da pena, o discurso punitivo atuarial, montado sob as premissas das teorias do risco e pós-modernas, funciona com fundamento no princípio de utilidade social e trabalha, não em termos de culpabilidade, senão apenas de risco.

Com efeito, assinalam Riveira Beiras e Nicolás Lazo[60] "(...) el objetivo de la justicia actuarial es el manejo de grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como permenente o puntualmente peligrosos y riesgosos. La identificación y manejo de estos grupos se realiza por medio de técnicas de vigilancia y control, a través de estadísticas de clasificación y agrupación en base de su potencial desestabilizador.

Para esse ideário punitivo, persegue-se mais a pertença de um indivíduo a determinado grupo social, previamente classificado como de alto risco, que condutas ou fatos concretos constitutivos de delitos. A criminalização representa, portanto, apenas uma tática para tratar dos grupos que constituem riscos ou obstruções. Idealizado nos EUA e manifestado nas estratégias punitivas das propostas de Lei e Ordem, Tolerância Zero, *Broken Windows*, *Three strikes and you are out* e *Model*

58. BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade* cit.,

59. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*... cit., p. 33 e 90 e ss.

60. RIVEIRA BEIRAS, Iñaki; NICOLAS LAZO, Gemma. La crisis del welfare e sus reprercuciones em la cultura política europeia. In: RIVEIRA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 236.

Justice, esse novo paradigma foi rapidamente disseminado no cenário europeu e convergiu com o momento de questionamento e obsolescência dos Estados Sociais do velho continente.

No contexto anglo-saxão, essa reviravolta conservadora emergiu com a ascensão de Margaret Thatcher ao poder, no Reino Unido em 1979, e de Ronald Reagan, nos EUA em 1981. Nessa ocasião, dispararam-se duros golpes contra os princípios do *welfarismo* e do Estado Intervencionista, criticaram-se fortemente as políticas fiscais e, especialmente, as políticas criminais, acusadas de brandas, custosas e ineficientes, assim como se combatem violentamente aquilo que consideram uma ruptura da lei e da ordem.[61]

Já no cenário europeu, Riveira Beiras e Lazo[62] descrevem o vigoroso processo de decomposição dos ideais *welfaristas* e a guinada neoconsevadora que deságua no campo punitivo. Na Itália, a "cultura da emergência" também captada por Ferrajoli[63] fulmina as bases do modelo penal de garantias, afetado por um processo de contaminação pelo direito administrativo, o qual era percebido como "un médio más eficaz y más eficiente que el derecho penal para lograr el manejo de poblaciones riesgosas. La consecuencia es la existencia de quasi-delincuentes o quasi-delitos como resultado híbrido de infraciones y sanciones administrativas y/o penales".

Essa tendência também é verificada na legislação brasileira, mais especificamente na nova lei de drogas, que no art. 28 confere, ao uso de entorpecentes, esse mesmo tratamento nebuloso e ambíguo entre o direito penal e o direito administrativo e transforma os usuários regulares ou eventuais em "quase-delinquentes" e os seus atos em "quase-delitos". A partir daí substitui-se a punição classicamente penal (reclusão e detenção) por medidas administrativas compulsórias abertamente atentatórias aos direitos fundamentais individuais.

Ainda no palco europeu, tanto a Espanha quanto os demais países da comunidade europeia assumiram a criminologia da intolerância e a política criminal atuarial no âmbito da regulação da imigração. Com efeito, afirmam Riveira Beiras e Lazo[64] "su filosofia político-legislativa considera la población inmigrante como un grupo social desviado al que hay que prevenir sus comportamientos y limitar sus flujos. Los inmigrantes son representados como portadores de un riesgo en si mismos, pero no como individuos determinados, sino como pertencientes a un colectivo de

61. ZYSMAN QUIROS, Diego. El Castigo Penal en E.E.U.U: teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente. In: RIVERA BEIRAS (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Barcelona: Anthropos, 2004.

62. RIVEIRA BEIRAS, Iñaki; NICOLAS LAZO, Gemma. La crisis... cit., p. 238.

63. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2006.

64. RIVEIRA BEIRAS, Iñaki; NICOLAS LAZO, Gemma. La crisis... cit.,. p. 238.

sujetos en riesgo: los inmigrantes. Se podría afirmar que el inmigrante, por el mero hecho de serlo, se convierte en delincuente, cometa o no algún delicto".

A categoria de risco supõe sempre a classe social, a origem étnico-cultural, a cor, o idioma, entre outros fatores, dependendo do país, mas sempre o fato de que representam "os habitantes de los territorios de la exclusión". Na Espanha, França e Itália, por exemplo, além da política de imigrantes, tal modelo punitivo estampa-se nas leis que determinam toques de recolher para jovens, leis "anti-botellón" (anti-garrafas) e a introdução de câmaras de vídeo-vigilância nas ruas das grandes cidades. Na Espanha, o município canário de Agüines, seguido posteriormente por Madrid e pelas Comunidades Autônomas de Valência, Extremadura e Andalucía sancionaram as leis "anti-botellón", com o intuito de proibir que jovens maiores bebam em locais públicos. O município de Agüines foi o primeiro a estabelecer o "toque de recolher" para que jovens de até 16 anos não permaneçam nas ruas após as 23 horas. Também nos municípios franceses de Orleans, Cannes, Niza e Antibes, o toque de recolher para jovens foi adotado, como forma de "evitar a utilização perversa da liberdade, que leva às drogas e à violência". Nesse sentido, a repressão penal e a restrição da liberdade nascem e incidem sem a existência de qualquer delito, mas muito além e ao largo dele. Eis as novas caricaturas dos Estados Sociais europeus, suas faces fascistas bem estampadas, nas quais os pobres (jovens ou não) e os imigrantes aparecem como as novas classes perigosas e o direito penal como técnica de gestão e "manejo generalizado de los pobres".[65]

Com relação ao caso francês, Garapon percebe que a decadência do modelo do Estado-Providência e o ocaso do político, do espaço público democrático, determinam uma espécie de "regresso da mecânica sacrificial", em que "o direito penal oferece-se como um sentido sempre possível, como último recurso quando a ideologia abandonou o espaço social". A permanente "identificação com a vítima" e a "diabolização do outro" cimentam um "consenso na efusão", à medida que, de acordo com Garapon[66] "o sentimento que reúne de modo muito efêmero as pessoas diante de um horror é suficientemente forte para unir pessoas muito heterogêneas, mas não suficiente para fundar uma comunidade política. O seu objetivo é apenas animar uma comunidade efusional com o único slogan da defesa da vida relativamente à morte".

Sendo assim, o direito penal ressignifica, pelo espetáculo sacrificial da pena e pelo "odor do cárcere, o sentido do social na contemporaneidade, oferecendo-se como o sentido sempre possível, quando os outros modos de regulação são postos

65. Idem, ibidem.

66. GARAPON, Antoine. *O guardador das promessas: o juiz e a democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 101-107.

em causa ou quando a coragem política capitula. O sacrificial é o sentido sempre reativável da justiça", de modo que "essas numerosas solicitações mostram o paradoxo da sociedade democrática que transfere para a justiça as suas necessidades de sentido não satisfeitas".[67]

Ao desativar os princípios democráticos, vistos como forma por excelência da instituição imaginária da comunidade política igualitária, o direito penal consagra a lógica da compaixão e uma "jurisdição de emoções", em que a "excitação extrema da emoção reforça a solidariedade social. Contudo, trata-se de um consenso primário, mesmo primitivo, arcaico e emocional". No palco da "justiça intimista", que revela compaixão pela vítima, "o consenso forma-se em torno dos seus sofrimentos e não em redor de valores comuns". No entanto "este sentimento dificulta a compreensão da pena que apenas aparece como um puro sofrimento e apela por sua vez a uma reação extremista e pouco simbolizada".[68]

Dessa forma, a conclusão do autor francês visualiza o semblante insosso das democracias contemporâneas que, apavoradas pelo "horror político", acenam para a "preferência penal". No dizer de Garapon,[69]

"(...) a identificação com a vítima e a diabolização do outro reforçam-se mutuamente. Os dois fenómenos correspondem ao que podemos chamar 'uma despolitização do sujeito': a fundação política da pessoa é com efeito perdida de vista, ela é reduzida a um indivíduo psicológico, quer dizer, a afetos e ao sofrimento. O sentido da transgressão é relacionado mais a um psiquismo perturbado do que a uma patologia da liberdade. Disto é testemunha o facto de como todas as democracias medicamentaram a toxicodependência. A democracia naturaliza a sociedade, psicologiza o sujeito moderno, quer dizer, despolitiza-o, deforma o direito, privatiza a violência, desconstitucionaliza a justiça e marginaliza a pretensão do político em interpretar a violência".

O motor da criminologia da intolerância e da política criminal atuarial, vestes punitivas do paradigma penal contemporâneo, do modelo de exceção permanente que emerge da crise do *Welfare State*, é a produção social do medo e da insegurança. Nesse sentido, a construção social (da realidade) dos elementos indesejados, por meio de discursos violentamente propagados pela mídia de massa, possui a função de (re)legitimar a crescente onda de hipertrofia punitiva.

Uma postura como essa compõe nitidamente a dinâmica da indústria do controle do crime, que assume hodiernamente patamares imensuráveis de lucratividade, mormente nos Estados Unidos. A própria privatização das instituições prisionais, o desenvolvimento de firmas grandiosas de prestação de serviços com cotações na

67. Idem, p. 111.

68. Idem.

69. Idem, p. 121.

bolsa de valores (entre elas, firmas de vigilância, de arquitetura e de construção, responsáveis pela edificação de novos presídios e de prestação de serviços aos estabelecimentos, como de saúde, alimentação, limpeza, etc.), sinalizam que no outro lado da América – mas não só lá – "prisões significam dinheiro, muito dinheiro".[70]

Assim, opera-se, no apogeu do pilar da regulação no campo penal, a sua completa submissão aos princípios do Estado (Hobbes) e do mercado (Locke), pois da punição corporal, passando pela punição disciplinar, atinge-se, nos tempos atuais, *a punição lucrativa*, como única fonte de (re)criação dos laços sociais duráveis, que, ao contrário, deveriam ser instituídos por relações recíprocas de solidariedade (princípio da comunidade).

Nesse complexo cenário, as políticas de "tolerância zero" e de "lei e ordem", velozmente assumidas como modelos de controle social da ordem jurídica imperial, pretendem, como adverte Wacquant,[71] "efetuar uma 'limpeza de classe' do espaço público, empurrando os pobres ameaçadores (ou percebidos como tais) para fora das ruas, parques, trens, etc". Com isso, as prisões deixam de assumir, consoante destaca Bauman, a função de *fábricas de disciplina* e passam a ser efetivamente planejadas como *fábricas de exclusão*. Para a massa de excluídos, que a debilitação das condições de trabalho e existência produz, remetidos aos espaços de confinamento do sistema prisional, "o que importa é que fiquem ali". O autor ressalta, ainda, que o tema da 'reabilitação' destaca-se muito menos por seu contencioso, isto é, pela constatação por parte da sociologia penal de que a prisão, ao contrário de reabilitar, promove a *prisionização*, ou seja, encoraja os presos a absorverem e adotarem hábitos e costumes típicos do (perverso) ambiente prisional e apenas desse ambiente, do que por sua crescente irrelevância. Isso porque, na atualidade, o confinamento emerge simplesmente como uma alternativa ao emprego, um mecanismo utilizado para neutralizar uma parcela considerável da população que não é mais necessária à produção e para a qual não há trabalho "ao qual se reintegrar".[72]

E, com efeito, as medidas punitivas de um modo geral, pela facilidade e pelo alarde com que são encenadas, aumentam sobremaneira a popularidade dos governos, fornecendo-lhes as imagens de atentos, severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que 'fazem algo' pela segurança dos governados e pela sua própria, e o fazem de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente. Nesse sentido, "a espetaculosidade – versatilidade, severidade e disposição – das operações punitivas importa mais que sua eficácia, que de qualquer forma, dada a indiferença geral e a curta duração da memória pública, raramente é testada".[73]

---

70. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime* cit., p. 101.
71. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres...* cit., p. 138.
72. BAUMAN, Zigmunt. *Globalização...* cit., p. 121.
73. Idem, p. 122.

Portanto, o ideal da segurança ou da gestão do risco criminal termina por promover um redimensionamento (interno) do paradigma penal. A confiança no futuro, inerente ao propósito da reabilitação do condenado, é substituída pela emergência do presente decididamente volvido. A punição, nesse espectro, é pautada pelas políticas de encarceramento, de aniquilamento, de essencialização, de fabricação de monstros necessários à demarcação entre a virtude e o pecado, entre os bons e os maus, entre a pureza e a impureza da sociedade pós-moderna. Desse modo, portanto, não existe lugar para o perdão, a promessa e o requestionamento, mas apenas para a memória autoritária do tempo privado de perspectiva, do "tempo do tirano", como diria Ost.[74]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a dimensão autoritária do câmbio paradigmático do direito penal na sociedade do risco global. Trata-se, acima de tudo, da tentativa de repudiar a todo e qualquer custo a temporalidade aberta e incerta da forma de sociedade democrática. Ao assumir a repressão como única forma de instituição social, as políticas penais atuais acabam por reproduzir justamente a violência que desejavam combater. Desse modo, o sistema penal tende a funcionar ficcionalmente como um catalisador e construtor de uma memória social destituída de sentido democrático, por que retirada de sua temporalidade histórica e social. Como se a repressão pudesse garantir a conservação da sociedade por meio do recalcamento obtuso de seus antagonismos, medos e riscos.

Assim, tanto o movimento de expansão do direito penal quanto a sua mudança interna de paradigma obedecem às linhas mal traçadas pela sociedade do risco e pelo Estado de Urgência, motivadores dos refluxos da produção social do medo. Desse modo, os paradoxos da democracia se tornam uma inevitável consequência. Se de um lado, o direito penal pretende justamente se apresentar como o guardião desses valores comunitários, de outro cumpre uma missão (oculta) perversa de gestão dos refugos da sociedade de consumo (pós-moderna) e da reprodução da violência estrutural por meio do abando da confiança no futuro e pela assunção da exclusão carcerária do confinamento e da neutralização dos transgressores como os únicos sentidos da pena. De instrumento capaz de proteger a sociedade dos ataques aos direitos humanos, o direito penal se converte na forma pela qual as elites pós-modernas pretendem garantir "o tempo do tirano".

No entanto, como imortaliza Drummond nos versos que abrem o presente trabalho, paradoxalmente o mesmo medo que produz "carcereiros, edifícios e escritores, este poema", aduz o poeta, produz em contrapartida "outras vidas", quem sabe

74. OST, François. *O tempo do direito* cit.

de um tempo aberto e incessante de não-violência. Mesmo imersos no medo, ainda é possível vislumbrar algum espaço para a liberdade, até mesmo para o amor. No medo também se ama, pois como alerta a canção do poeta "foi por medo de avião, que eu segurei pela primeira vez na sua mão".

Referências

Andrade, Carlos Drummond de. O medo. In:_____. *A rosa do povo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 1996.

Andrade, Vera. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Arnaud, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Batista, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. In:_____. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

Bauman, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

Boron, Atilio A. A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. In: Sader, Emir; Gentili, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

Bruckner, Pascal. Filhos e Vítimas: o tempo da inocência. In: Prigogine, Ilya; Morin, Edgar (Org.). A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

Chaui, Marilena . Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 1993.

Christie, Nils. A indústria do controle do crime. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

De Giorgi, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

Delmas-Marty, Mireille. *Três desafios para um Direito Mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Dias, Jorge de Figueiredo. Algumas considerações sobre o direito penal na sociedade do risco. In: Valdágua, Maria da Conceição (Coord.). *Problemas fundamentais de direito penal: em homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade de Lusíada, 2002.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2006.

Forrester, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Unesp/Boitempo, 1997.

GARAPON, Antoine. *O guardador das promessas*: o juiz e a democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

_____. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

_____. *Enigmas da modernidade-mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

_____. *Capitalismo, Violência, Terrorismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: GIDDENS, Antony; BAUMAN, Zigmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad*: modernidade, contigencia y riesgo. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

NEGRI, Antonio; HARDT Michael. *Império*. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2003.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, Desvio e Danação*: as minorias na Idade Média. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

RIVEIRA BEIRAS, Iñaki; NICOLAS LAZO, Gemma. La crisis del welfare e sus reprercuciones em la cultura política europeia. In: RIVEIRA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do estado-providência*. Brasília: UnB, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. El derecho penal ante la Globalización y la Integración Supranacional. I*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 24, 1998.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2001.

_____. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

YOUNG, Jock. *Thinking Seriously About Crime: some models of criminology*. Disponível em: www.malcolmread.co.uk/JockYoung. Acesso em: 10.07. 2004.

_____. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revam/ICC, 2002.

_____. *Crime and social exclusion*. Disponível em: [www.malcolmread.co.uk/JockYoung]. Acesso em: 01/07/2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5. n. 20, p. 13-23, São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1997.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. El Castigo Penal en E.E.U.U: teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente. In: RIVERA BEIRAS (coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Barcelona: Anthropos, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A sociedade do risco e a (in)eficiência da expansão do Direito Penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada, de Jardel Sabino de Deus - *RT* 891/477 (DTR\2010\95);
- Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade do risco, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva - *RBCCrim* 46/73 (DTR\2004\13); e
- Direito Penal Ambiental x Sociedade de risco de Ulrich Beck: uma abordagem crítica, de Adriana Pisa - *RDA* 54/9 (DTR\2009\226).

66120

Medicamentos quirais e suas implicações bioquímicas e jurídicas: o caso da talidomida

Chiral drugs and their biochemical and legal implications: the thalidomide case

Edilson Antedomenico
Perito Criminal da Superintendência da Polícia Técnico-Científica/SP.

Claudemir Rodrigues Dias Filho
Perito Criminal da Superintendência da Polícia Técnico-Científica/SP.

Rodrigo Rodrigues Dias
Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Toledo/PR.

Área do Direito: Consumidor; Penal

Resumo: O presente trabalho pretende abordar a polêmica do uso indiscriminado de medicamentos quirais, destacando toda a problemática gerada em torno da utilização do fármaco talidomida. Por meio de uma abordagem bioquímica e jurídica, serão explorados os conceitos de estereoisomeria, quiralidade, mistura racêmica, medicamentos quirais, efeitos teratogênicos da talidomida e direito subjetivo dos portadores da Síndrome da Talidomida. O artigo em tela foi elaborado em virtude das longas discussões jurídicas que resultaram na decisão do TRF da 3.ª Região, em 16.07.2009, na qual a União foi condenada a pagar, por danos morais, aos portadores da Síndrome da Talidomida, indenização de cem vezes o valor da pensão vitalícia que as vítimas já recebiam; além da Lei 12.190, de 13.01.2010, que estabeleceu normas para o pagamento da indenização por dano moral às pessoas que adquiriram deficiência física decorrente do uso da talidomida.

Palavras-chave: Medicamentos quirais - Talidomida - Bioética - Biodireito - Implicações bioquímicas e jurídicas.

Abstract: This paper addresses the controversial indiscriminate use of chiral drugs. It points out to all the problems caused by the use of thalidomide and addresses biochemical aspects, and their legal implications. For that purpose, several concepts, such as stereoisomerism, chirality, racemic, chiral drugs, teratogenic effects of thalidomide and the subjective right of those with thalidomide syndrome will be addressed. This article was written due to the long legal discussions that lead to the decision of the Brazilian Federal Court dated June 16th 2009 that established that the State had to pay moral damages to those with thalidomide syndrome and the compensation had to be 100 times more than what was currently being paid in the form of a lifelong pension. We also address law 12.190, of January 13th 2010, that established standards for the payment of moral damages to people who acquired a disability as a result of the use of thalidomide.

Keywords: Chiral drugs - Thalidomide - Bioethics - Biolaw - Biochemical and legal implications.

SUMÁRIO: Introdução - Química medicinal - Bioética e biodireito - Legislação atrelada à talidomida - Efeitos bioquímicos de medicamentos quirais - Repercussões jurídicas - Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As drogas parecem ter dominado os anos 1960. As primeiras lembranças que vêm à mente poderiam ser substâncias ilegais, como a maconha e o LSD, porém, a mais infame era perfeitamente legal. Era uma droga chamada Talidomida. Se esse nome não gerar alguma agonia ou aflição em nossa memória é porque somos demasiadamente jovens para termos prestado atenção às notícias daquela época (SILVEIRA et al., 2001).

Com a tragédia da talidomida, que originou o nascimento de aproximadamente quatro mil crianças com deformações em todo o mundo, confirmou-se a necessidade de ações precoces para a promoção do uso seguro dos medicamentos na população, disseminando informações sobre reações adversas a medicamentos (FONTELES et al., 2009). Sistemas regulatórios eficientes e transparentes são inquestionavelmente necessários para proteger os pacientes, no que tange ao controle e acompanhamento dos medicamentos disponíveis no mercado (DAINESI, 2005).

Desde então o termo farmacovigilância vem sendo aprimorado. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002), farmacovigilância é a ciência e a atividade relacionada à detecção, avaliação, compreensão e prevenção dos efeitos adversos ou quaisquer outros problemas relacionados a medicamentos.

No Brasil, a responsabilidade pela fiscalização de drogas e medicamentos é incumbência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), criada através da Lei 9.782/1999, cuja finalidade institucional é "promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras".

Os efeitos benéficos potenciais dos fármacos foram percebidos após a introdução dos primeiros antibióticos, no início do séc. XX. Naquela época, porém, já se conhecia a possibilidade dos medicamentos produzirem reações adversas; por exemplo: já haviam sido descritos casos de anemia aplástica e de agranulocitose atribuídos a medicamentos. Entretanto, foi nos anos 1930, após uma epidemia que produziu mais de 100 mortes devido ao uso de dietilenoglicol como excipiente de um xarope, nos Estados Unidos, que o problema das reações adversas passou a ter repercussões sanitárias, a ponto de produzir modificações na legislação farmacêutica norte-americana (ROZENFELD; RANGEL, 1988).

Entretanto, mesmo após episódios históricos de reação adversas, muitos medicamentos foram utilizados sem a devida aprovação sanitária. Vannmacher (2007)

relata que, em 2003, as vendas de medicamentos atingiram US$ 2,7 bilhões, 80% delas correspondendo a usos não aprovados. Um exemplo é o da gabapentina que, apesar de caracterizada como droga de cujos efeitos adversos consta a morte súbita, se fez maciço esquema de propaganda do uso *off-label* (ou seja, de uso não aprovado, que não figura na bula) para dor e ansiedade (RADLEY; FINKELSTEIN; STAFFORD, 2007).

Notavelmente, as reações adversas a medicamentos (RAM) são um problema de saúde pública mundialmente reconhecido e uma importante causa de morte e de internações médicas nos países desenvolvidos, representando cerca de 6,5% do total das hospitalizações. Levando-se em consideração que uma grande parte das reações adversas seja detectada após a aprovação de comercialização, é fundamental levar a cabo uma atitude de vigilância constante ao medicamento após a sua colocação no mercado, por meio de atividades de farmacovigilância (RIBEIRO-VAZ et. al, 2011). A reação adversa reflete uma resposta de um fármaco que seja prejudicial, não intencional, e que ocorra nas doses normalmente utilizadas em seres humanos para profilaxia, diagnóstico e tratamento de doenças, ou para a modificação de uma função fisiológica (DAVIES; FERNER; GLANVILLE, 1998).

QUÍMICA MEDICINAL

Química medicinal é a disciplina que estuda os aspectos relacionados à descoberta ou invenção de fármacos, os aspectos moleculares envolvidos em seu mecanismo de ação e aqueles que governam a absorção, distribuição, metabolismo, eliminação e toxicidade, incluindo a compreensão da relação entre a estrutura química e a atividade terapêutica (IUPAC, 1998).

Em suas inúmeras atribuições, engloba o planejamento racional de novas substâncias bioativas, envolvendo a síntese ou a modificação molecular de substâncias; o isolamento de princípios ativos naturais (plantas, animais, minerais); a identificação ou elucidação da estrutura; a descrição das moléculas desde a sua constituição atômica (passando por relações entre a estrutura e propriedades) até suas características estruturais quando da(s) interação(ões) com os diferentes sistemas biofases/biológicos; a compreensão em nível molecular de processos bioquímicos/farmacológicos, toxicológicos e farmacocinéticos. E, finalmente, a proposição e validação de modelos matemáticos através dos estudos de relações entre a estrutura química e a atividade farmacológica e/ou toxicológica, permitindo então a proposição de novas entidades de interesse para o planejamento de fármacos (AMARAL; MONTANARI, 2002), bem como planejamento e mecanismo de ação de agrotóxicos, previsão da toxicidade de compostos, visando sua aplicação tanto terapêutica quanto ambiental (NOGUEIRA; MONTANARI; DONNICI, 2009).

De acordo com a Lei 5.991/1973, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, "medicamento é todo produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade pro-

filática, curativa, paliativa ou para fins de diagnósticos". São, portanto, responsáveis pela cura de doenças agudas, infecções – outrora mortais – e dores das mais diversas, desde aquela causada por uma topada até as pós-cirúrgicas. Quanto às doenças crônicas, muitas são mantidas sob controle, prevenindo seu agravamento mediante o uso de fármacos. Além de corrigir e resgatar o estado de saúde das populações, os fármacos podem prorrogar a vida em casos de doenças terminais ou preveni-las, salvaguardando a saúde. Em qualquer destas circunstâncias, os fármacos são responsáveis pela melhoria de nossa qualidade de vida, contribuindo também, diretamente, para o contínuo aumento da esperança de vida da humanidade (BARREIRO, 2001).

Apesar do crescente desenvolvimento e dos evidentes avanços científico e tecnológico da indústria farmacêutica, existem ainda inúmeras doenças que necessitam de novos fármacos, com melhor perfil terapêutico para o seu tratamento, como, por exemplo, Aids, Alzheimer, câncer, malária, entre outras. Assim, a busca por novos agentes terapêuticos se faz necessária ainda nos tempos de hoje (WERMUTH, 1996).

A descoberta de novos fármacos para diversas doenças tem sido um grande desafio em química medicinal, constituindo um processo demorado, caro e bastante arriscado. Estima-se que o custo para o desenvolvimento de uma nova entidade molecular (NCE – *New Chemical Entitie*), desde a sua descoberta até a comercialização, seja da ordem de US$ 802 milhões, podendo chegar até US$ 2 bilhões (MUNOS, 2009; ORLOFF et al., 2009).

A procura por novos agentes microbianos é objeto de contínua pesquisa na química medicinal, visto que o arsenal terapêutico antimicrobiano, apesar de extenso, converge para um universo limitado, dado pela ineficácia progressiva de seus agentes farmacológicos, decorrente tanto em função do desenvolvimento de mecanismos bioquímicos de resistência, como pelas frequentes inadequações na indicação e/ou dose terapêutica. Estes dois fatores estão intimamente relacionados e têm resultado na emergência de grande número de micro-organismos patogênicos resistentes a diversos agentes microbianos de uso corrente (ALMEIDA, 2009).

Com o avanço das técnicas computacionais modernas e de modelagem molecular aplicadas à química, que possibilitaram a existência atual de grande variedade de metodologias para a avaliação detalhada da interação droga-receptor, surgiu a possibilidade real de estabelecimento de relações estrutura-atividade quantitativas, colocando a química medicinal moderna como área estratégica para descoberta de novos fármacos com eficiência e rapidez (NOGUEIRA; MONTANARI; DONNICI, 2009).

De acordo com Molfetta (2007), o espaço químico pode ser comparado ao universo em sua extensão, onde os compostos químicos ocupariam a região geográfica ao invés dos corpos celestes. O espaço químico virtual contém aproximadamente 10^{100} possíveis moléculas, sendo que muitas dessas moléculas não podem ser facilmente sintetizadas, são indesejáveis ou impraticáveis. Nem todos os compostos biologicamente ativos têm as propriedades físico-químicas para se tornarem fármacos. Um composto pode ser muito lipofílico para ser absorvido por via oral, ser

muito polar para cruzar a parede gastrointestinal ou ter grupos funcionais que são atacados por enzimas do organismo etc. Na prática, a coleção virtual pode incluir cerca de 10^{15} possíveis compostos disponíveis para o planejamento de fármacos (Lipinski; Hopikins, 2004; Walters; Stahl; Murcko, 1998).

Os principais desafios que a química medicinal poderá experimentar nos anos vindouros podem ser referenciados através da química do século XXI: não basta catalogar informações, é preciso saber como gerenciá-las. Nesse contexto, de acordo com Amaral e Montari (2002), o manuseio de um grande número de dados apresenta especial interesse, que irão permitir:

- apontar (quantitativamente) as características estruturais importantes para a atividade biológica e com elevado poder de predição, deste modo, novas "estruturas-candidato" podem ser propostas;
- avaliar a similaridade/dissimilaridade estrutural, incluindo-se estruturas flexíveis e coleções combinatórias;
- propor métodos experimentais e de simulação da permeabilidade de membranas, partição e solubilidade;
- propor métodos experimentais que possam ser extrapolados, para um grande número de moléculas (> >1000) e com alto poder de previsão;
- realizar ensaio virtual (*virtual screening*);
- construir coleções dirigidas de compostos químicos (*target libraries*);
- identificar e propor novas estruturas mínimas essenciais para a atividade biológica de interesse (*needle structures*);
- reduzir dados sem perda de informação;
- avaliar aspectos metodológicos e teóricos na predição da interação ligante-proteína;
- derivar modelos de QSAR, com o conhecimento da estrutura da proteína, nos dias de hoje, cada vez mais comuns;
- determinar série representativa da estrutura de proteínas que cobre proteínas biologicamente relevantes. Identidade e similaridade na sequência de proteínas;
- propor métodos de predição da função da proteína a partir da estrutura 3D, identificando regiões de interação, através de banco de dados ou *data mining*;
- detectar cavidades na proteína importantes para a atividade. Banco de dados de cavidades para planejamento de fármacos pode ser um novo alvo, pois fornece informação sobre a forma;
- propor novas abordagens em Quimiometria;
- aplicar métodos quimiométricos em ADMET;
- propor estratégias de superposição e alinhamento, incluindo estruturas flexíveis;
- sugerir novas compostos ativos a partir de *structure-based libraries*;

• construção e validação de grande banco de dados e bibliotecas combinatórias (coleções);

• utilizar *data mining* no planejamento de fármacos;

• utilizar métodos computacionais em terapia gênica;

• estender os conhecimentos da Química Medicinal acadêmica para a indústria e vice-versa;

• estender todas as estratégias metodológicas para outras áreas de aplicação da química medicinal, que tradicionalmente se utiliza apenas a medicamentos como, por exemplo, meio-ambiente e toxicologia, agroquímicos;

• definir alvos relevantes para as doenças negligenciadas e de interesse para o Brasil, em especial;

• construir bancos de dados taxio– e quimiotaxonômicos em produtos naturais, com informações biológicas relevantes, como fonte de matéria-prima para a química medicinal. Esses bancos de dados precisarão ser de domínio público.

BIOÉTICA E BIODIREITO

Os recentes progressos científicos e avanços tecnológicos criaram possibilidades novas de interferência na vida humana, que podem significar vantagens ou, contrariamente, riscos e graves prejuízos (DALARI, 2008), a depender da destinação que lhe for dada, não somente pelo pesquisador, mas também por aqueles que detêm o conhecimento da técnica e o poder de sua utilização. Assim, pode-se dizer que o cientista possui grande responsabilidade em sua atividade e a sociedade pelas pesquisas que legitima (MADERS, 2009).

Os avanços alcançados pelo desenvolvimento tecnocientífico nos campos da biologia, da saúde e da vida, principalmente nos últimos anos, têm colocado a humanidade frente a situações até pouco tempo inimagináveis, a exemplo das descobertas de medicamentos mais eficazes e o controle de doenças tidas como incuráveis. Se, por um lado, todas essas conquistas trazem esperanças de melhoria de qualidade da vida humana, por outro, criam uma série de contradições que necessitam ser analisadas responsavelmente com vistas ao equilíbrio e bem-estar futuro não só da espécie, como da própria sobrevivência do planeta (GARRAFA, 2007).

É nesse progresso desenfreado que urge dominar e orientar o seu desenvolvimento, exigindo o estabelecimento prioritário de limites nas áreas de investigação a empreender. O problema do aparente irreprimível progresso científico-tecnológico vem a ser travado pela bioética, entendida então primariamente como um meio de imposição de limites à ciência, através da criação de orientações diversas de pensamento e de ação que determinam modos de pensar e agir, de interpretar e de intervir, às vezes bem distintos entre si, e de normas que regulamentam algumas intervenções (NOGUEIRA; LOUREIRO; SILVA, 2004).

Desse modo, o surgimento de novos medicamentos, resultado do progresso técnico-científico, deve ser controlado e acompanhar a consciência da humanidade sobre os efeitos que eles podem ter no mundo e na sociedade para que as novas descobertas e suas aplicações não fiquem sujeitas a todo tipo de interesse. O direito, portanto, precisa se adaptar (e continuar a se adaptando constantemente, tamanho os progressos da ciência não regulados em lei nesse campo) à essa nova realidade e criou o "Biodireito" (CREMERJ, 2006).

O biodireito é o estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, sendo certo que a ciência não poderá se sobrepor à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade (DINIZ, 2006).

Scofano (2006), discorrendo sobre o tema, questiona como o direito tem se comportado frente ao desafio de formular normas ou encontrar soluções na mesma velocidade com que os problemas gerados pela sociedade biotecnológica se apresentam.

Questão preliminar é reconhecer que o progresso científico deve se orientar não somente na promoção da qualidade de vida individual e social, pessoal e ambiental, mas também nos problemas que tais descobertas podem causar e que o direito é chamado a resolver, elaborando estruturas jurídicas de resposta que se legitimem pelo respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana (AMARAL, 1999).

O direito, compreendido como fenômeno social, cultural e histórico, não pode se manter à margem dos problemas morais e políticos que afetam a sociedade (GARCIA, 1991). O campo do direito, conjugando normatização e coerção, passa a buscar respostas ao andar acelerado das ciências da saúde e das biotecnologias e a trazer maior segurança jurídica. Recebendo a influência das discussões iniciadas no âmbito da bioética, o direito vem refletindo acerca do estabelecimento de limites jurídicos às práticas biomédicas e dando início à sua regulamentação – seja no interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, na forma de legislações sobre temas específicos; seja no plano internacional, por meio de declarações que incorporam valores partilhados por diferentes culturas e sociedades nacionais. Ao que vem sendo considerado como um novo campo do direito, próprio do estudo e da normatização das questões bioéticas, convencionou-se chamar de biodireito (MÖLLER, 2007).

LEGISLAÇÃO ATRELADA À TALIDOMIDA

Por meio de pesquisa junto ao *site* da Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida,[1] foi feita uma revisão sobre as principais normas relacionadas à talidomida e verificou-se que, somente em 1982, foi instituída uma lei para

1. Disponível em: [www.talidomida.org.br].

cuidar do assunto. Trata-se da Lei 7.070/1982, que dispõe sobre a pensão especial para os portadores da deficiência, conhecida como Síndrome da Talidomida, calculada em função dos pontos indicadores da natureza e do grau de dependência resultante da deformidade física, a razão, cada um, de metade do maior salário mínimo vigente no País.

Em 20.07.1993, foi promulgada a Lei 8.686, que dispõe sobre o reajustamento da pensão especial aos deficientes físicos portadores da Síndrome da Talidomida, instituída pela Lei 7.070, de 20.12.1982.

A Portaria, 97 de 30.07.1997 da Secretaria de Assistência à Saúde, do Ministério da Saúde, regulamenta o art. 3.º da Lei 8.686/1993, priorizando a concessão de prótese e demais instrumentos de auxílio às pessoas portadoras de deficiência provocada pela talidomida.

A Portaria 354, de 15.08.1997, da Secretaria de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde, considerando a possibilidade de efeito teratogênico, sobre o concepto proveniente do uso inadequado da talidomida, por mulheres na idade fértil; o crescente espectro de utilização do fármaco, incluídas as novas indicações terapêuticas, ainda em caráter experimental em diversos casos; os estudos em curso sobre os efeitos adversos das substâncias que não se restringem à teratogênese voltados à determinação precisa do respectivo período de eliminação e eventuais efeitos residuais do produto; a descoberta de casos recentes de vítimas de talidomida e as restrições internacionais sobre o comércio e prescrição da talidomida, resolve regulamentar o registro, a produção, a fabricação, a comercialização, a exposição à venda, a prescrição e a dispensação dos produtos à base de talidomida.

A Lei 9.528/1997, que altera as Leis 8.212 e 8.213 de 1991, preceitua em seu art. 8.º que o art. 3.º da Lei 7.070/1982 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

"Parágrafo único: O benefício de que trata esta Lei é de natureza indenizatória, não prejudicando eventuais benefícios de natureza previdenciária, e não poderá ser reduzido em razão de eventual aquisição de capacidade laborativa ou de redução de incapacidade para o trabalho, ocorridas após a sua concessão".

A Lei 10.651/2003 dispõe sobre o controle do uso da talidomida, nos seguintes termos:

"Art. 1.º O uso do medicamento talidomida, sob o nome genérico ou qualquer marca de fantasia, está sujeito a normas especiais de controle e fiscalização a serem emitidas pela autoridade sanitária federal competente, nas quais se incluam, obrigatoriamente:

I – prescrição em formulário especial e numerado;

II – retenção do receituário pela farmácia e remessa de uma via para o órgão de vigilância sanitária correspondente;

III – embalagem e rótulo que exibam ostensivamente a proibição de seu uso por mulheres grávidas ou sob risco de engravidar, acompanhada de texto, em lingua-

gem popular, que explicite a gr ande probabilidade de ocorrência de efeitos teratogênicos associados a esse uso;

IV – bula que contenha as informações completas sobre a droga, inclusive o relato dos efeitos teratogênicos comprovados, acompanhada do termo de responsabilidade a ser obrigatoriamente assinado pelo médico e pelo paciente, no ato da entrega do medicamento.

Art. 2.º A talidomida não será fornecida ou vendida em farmácias comerciais e sua distribuição no País será feita exclusivamente pelos programas expressamente qualificados pela autoridade federal competente, vedado seu fornecimento em cartelas ou amostras desacompanhadas de embalagem, rótulo ou bula.

Art. 3.º Os programas expressamente qualificados pela autoridade federal competente devem oferecer:

I – orientação completa a todos os usuários da talidomida sobre os efeitos teratogênicos prováveis do uso da droga por gestante;

II – todos os métodos contraceptivos às mulheres, em idade fértil, em tratamento de hanseníase ou de qualquer outra doença com o emprego da talidomida.

Art. 4.º Cabe ao Poder Público:

I – promover campanhas permanentes de educação sobre as consequências do uso da talidomida por gestantes e de informação sobre a concessão de pensão especial aos portadores da respectiva síndrome, conforme legislação específica em vigor;

II – incentivar o desenvolvimento científico de droga mais segura para substituir a talidomida no tratamento das doenças nas quais ela vem sendo utilizada.

Art. 5.º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após sua publicação".

Assim, muitas discussões jurídicas foram travadas ao redor da possibilidade ou não da ação de danos morais às pessoas portadores da síndrome da talidomida.

Foi então que em julho de 2009, esse tema foi resolvido, por meio de decisão do TRF da 3.ª Região, na qual a União foi condenada a indenizar, por danos morais, portadores da Síndrome da Talidomida. A indenização foi de cem vezes o valor da pensão vitalícia que as vítimas já recebiam, devendo o pagamento ter sido feito em parcela única. A decisão beneficiou a primeira geração de pessoas com a Síndrome, nascidas entre 1957 e 1965, representadas pela Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida (ABPST).

Em julho de 2010, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou o Decreto Federal nº 7.235, regulamentando a Lei 12.190, de 13.01.2010, e estabeleceu normas para o pagamento da indenização por dano moral às pessoas que adquiriram deficiência física decorrente do uso da talidomida.

Diante de tal decisão, surge um questionamento: como um medicamento, que, como tal, tem a função precípua de melhorar a qualidade de vida das pessoas, pôde

causar tantos malefícios a uma geração de indivíduos? A resposta a essa pergunta está na utilização de medicamentos quirais.

EFEITOS BIOQUÍMICOS DE MEDICAMENTOS QUIRAIS

Um dos capítulos mais fascinantes da farmacologia trata de como uma substância química exerce a sua atividade dentro do corpo humano. A farmacodinâmica, nome dado a este capítulo, estuda do efeito da droga nos tecidos. Em outras palavras, a farmacodinâmica se ocupa dos efeitos fisiológicos dos fármacos nos organismos, seus mecanismos de ação e a relação entre concentração do fármaco e seu efeito (LEES; CUNNINGHAM; ELLIOTT, 2004).

Alguns desses fármacos são quirais ou têm quiralidade, ou seja, têm em sua estrutura um ou mais átomos (na maioria das vezes carbono) que têm a sua orientação tridimensional muito bem definida. Essa orientação pode resultar em uma molécula dita quiral e que recebe esse nome por não se sobrepor a sua imagem especular. A modificação dessa orientação gera moléculas isoméricas[2] e pode levar à diminuição do efeito biológico, à sua total supressão ou ao aparecimento de um efeito biológico adverso (COELHO, 2001).

Estruturas isoméricas que diferem entre si unicamente pelo arranjo tridimensional dos seus substituintes são chamadas de estereoisômeros. O tipo mais comum de uma molécula quiral contém um carbono tetraédrico, no qual estão ligados quatro diferentes grupamentos. O átomo de carbono é o centro estereogênico ou assimétrico da molécula. Uma molécula desse tipo pode existir em dois arranjos espaciais diferentes, que são estereoisômeros um do outro. As duas estruturas, entretanto, não podem ser sobrepostas, já que uma é a imagem especular da outra. Esses tipos de estereoisômeros são chamados de enantiômeros.[3]

O uso de misturas de estereoisômeros em partes iguais (também chamadas de misturas racêmicas) como medicamento é vedado por entidades internacionais de controle. Sendo assim, a separação de isômeros ópticos é importante para o desenvolvimento e a manufatura de numerosos terapêuticos. No intuito de conferir a composição dos fármacos, bem como estudos farmacocinéticos e clínicos mais elaborados, a habilidade para obter quantidades destes isômeros ópticos separadamente tornou-se de essencial importância (SILVA JR., 2009).

Historicamente, um dos episódios mais conhecidos envolvendo o uso de misturas de estereoisômeros como fármaco foi aquele envolvendo a talidomida. Essa substância é derivada do ácido glutâmico e estruturalmente contém dois anéis amida e um único centro quiral. Tal composto existe na forma de mistura racêmica

2. Do grego *isomeres*, que significa partes iguais.

3. Do grego *enantio*, que significa opostos.

dos isômeros S(-) e R(-), conforme ilustra a figura a seguir, que se interconvertem rapidamente em condições fisiológicas. O enantiômero S está relacionado com os efeitos teratogênicos da talidomida, ao passo que o enantiômero R é responsável pelas propriedades sedativas do fármaco (FFUP, 2006).

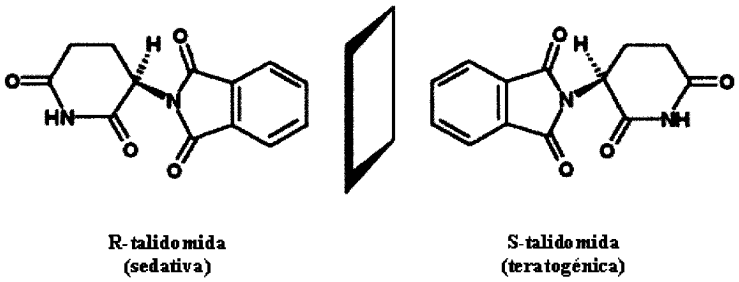

Figura ilustrando os estereoisômeros da talidomida.

No início da década de 1960, a talidomida foi prescrita mundialmente como sedativo e agente antináuseas, indicada no alívio do mal-estar matinal comum em gestantes. Mais tarde, descobriu-se que o medicamento foi responsável pelo nascimento de milhares de crianças com deformações congênitas por possuir efeitos teratogênicos. O termo teratogenicidade provém do grego "*teratos*", que significa monstro. O sentido original da palavra refere-se a malformações anatômicas macroscópicas, embora atualmente tenha se expandido sua definição para englobar anomalias mais sutis como atraso intrauterino e distúrbios bioquímicos e psicomotores. Antes do evento da talidomida prevalecia a ideia dogmática de que o desenvolvimento embrionário de mamíferos, ocorrendo no interior do útero materno, estaria relativamente protegido de efeitos embriotóxicos de agentes ambientais. Após o nascimento de crianças com malformações severas em consequência do uso de um medicamento no início da gravidez ocorreu uma inversão do dogma anterior: em principio, nenhum medicamento seria seguro para o embrião. Uma implicação prática desta presunção de vulnerabilidade é que, via de regra, não se considera eticamente aceitável realizar estudos clínicos de novos medicamentos em mulheres grávidas. Desta forma, quando os fármacos chegam ao mercado, as únicas evidências disponíveis sobre a segurança do uso na gestação são aquelas oriundas de estudos não clínicos de toxicidade reprodutiva (LIMA et al., 2001).

Como a extrapolação de dados obtidos em animais para o homem é cercada de incertezas e persiste a dificuldade ética de realizar ensaios clínicos, as dúvidas quanto aos riscos para o concepto convivem com a necessidade prática de tratar mulheres grávidas que apresentem doenças. Assim, na maioria dos casos, as informações iniciais sobre segurança durante a gravidez humana vêm do empirismo (OSÓRIO-DE-CASTRO et al., 2004).

No período compreendido entre 1962 e 1965, a talidomida foi banida de quase todo o mundo. De acordo com a ABPST, esse medicamento só foi de fato retirado do mercado brasileiro em 1965, ou seja, pelo menos quatro anos depois de seus efeitos sobre o nascituro serem conhecidos (OLIVEIRA; BERMUDEZ; SOUSA, 1999).

Dentre as os efeitos teratogênicos da talidomida sobre os fetos, as malformações dos membros estão entre os mais descritos. O termo "focomelia" é usado para designar a situação de membros curtos ou rudimentares e foi classificada em quatro grupos: focomelia nos quatro membros; focomelia ou amelia (ausência total) de membros superiores com outros defeitos de membros inferiores; focomelia ou amelia de membros superiores com membros inferiores normais; e defeitos de membros inferiores predominantes (hipoplasia femoral ou focomelia de extremidades inferiores), geralmente associados com membros superiores encurvados ou com outros defeitos (VIANNA, 2008).

Mesmo após o longo período da descoberta dos efeitos embriotóxicos da talidomida, o seu mecanismo de ação, no que diz respeito aos seus efeitos teratogênicos, permanece desconhecido. Varias hipóteses, porém, têm sido propostas. As mais plausíveis acerca do mecanismo da ação teratogênica da talidomida foram agrupadas em seis categorias (STEPHENS; BUNDE; FILMORE, 2000):

1) Replicação ou transcrição do DNA;

2) Síntese ou função de fatores de crescimento;

3) Síntese ou função de integrinas;

4) Angiogênese;

5) Condrogênese;

6) Injúria ou morte celular.

REPERCUSSÕES JURÍDICAS

O fato de o uso do fármaco poder provocar danos por força da ação teratogênica, como descrito, enseja que aqueles que apresentaram má-formação congênita decorrente deste fármaco pleiteiem indenização. De tal fato, portanto, surge o direito subjetivo de cada vítima em ser reparada. Tal direito, por óbvio, pode ser exigido individualmente, em juízo, por meio das ações cíveis pertinentes, baseadas, fundamentalmente, na responsabilidade civil.

Em um flanco, a partir de 1976, a proteção foi buscada, de forma individual, com propositura de ações indenizatórias imputando conduta culposa aos laboratórios responsáveis pela talidomida, com base, precipuamente, no art. 159 do revogado Código Civil, reeditado no art. 186 do diploma em vigor.

Recentemente, com base *faute du service*, por decisão do E. Tribunal da Terceira Região, em ação coletiva proposta pela ABPST, em benefício das vítimas "da primeira geração", nascidas entre 1957 e 1965, como alhures dissertado, a União

Federal foi condenada a indenizar os danos morais sofridos. A decisão destacou que "a *grave omissão do Estado em zelar pela saúde de seus cidadãos (...) compromete seriamente o seu direito à vida plena, de forma violar o inciso III da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), segundo o qual toda pessoa tem o direito à vida. As deformações e limitações produzidas pelo uso inadequado da Talidomida, sem dúvida alguma, afetam seriamente os direitos da personalidade, cuja reparação goza da imprescritibilidade*". E, mais adiante, a demonstrar a responsabilidade do ente federal pela sua omissão, caracterizando a falha no serviço público prestado pelas autoridades sanitárias assenta que "*existem evidências de que, nas décadas de 1950 e 1960, as autoridades do Ministério da Saúde demoraram a proibir o uso deste medicamento, mesmo quando já eram amplamente conhecidos os seus efeitos teratogênicos. (...) Fica evidente que houve falha ('faute du service') das autoridades sanitárias ao não impedirem que a Talidomida fosse comercializada no Brasil até o ano de 1965, quando seus efeitos nefastos sobre os fetos já eram conhecidos da comunidade científica mundial, acarretando, em consequência, a responsabilidade pela indenização por dano moral às suas vítimas. Por esta razão, cabe à União Federal indenizar às vítimas da Talidomida; no caso, àquelas nascidas entre 1957 e 1965, conhecidas como 'vítimas de primeira geração'. É inarredável que as deformações provocadas por referido medicamento limitam enormemente a vida das suas vítimas, além de expô-las a constrangimentos no seu cotidiano, suscitando o direito à indenização por danos morais, independentemente da percepção da pensão especial da Lei 7.070/1982*".

A proteção das vítimas também é objeto da Lei 7.070/1982, que garante pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida".

Considerando, pois, o número de vítimas, divididas em três gerações, bem como o fato de seus direitos originarem-se do fato do uso da talidomida, cuja tragédia gerou sensibilização mundial, poderia haver enquadramento como um direito ou interesse transindividual: interesses ou direitos difusos (CDC, art. 81, parágrafo único, I), interesses ou direitos coletivos (CDC, art. 81, parágrafo único, II) ou interesses ou direitos individuais homogêneos (CDC, art. 81, parágrafo único, III)?

Como supra alinhavado, estamos diante de um direito decorrente do fato do uso da talidomida, por gestantes, que implicou danos. É um direito subjetivo típico, pertencente a cada uma das vítimas, que serão, por si e diante de suas peculiaridades, indenizadas.

Tais vítimas são titulares determinados, sem necessária ligação por força de uma relação jurídica base. Não tem caráter de indivisibilidade. Ao contrário, reitere-se, tocam a cada um dos titulares. O traço de coletividade decorre da identidade de origem, ou, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, da circunstância de nascerem a partir de uma origem comum: o uso da talidomida, durante o período gestacional.

A homogeneidade qualitativa, proveniente do fato orígeno comum, faz com que o direito das vítimas ganhe relevância social e coletiva. As consequências de tama-

nha tragédia – como é frequentemente denominado o evento – com o nascimento, segundo reportagens da época, de "pequenos monstros", geraram uma preocupação coletiva de ver as vítimas se tornarem indenes, o que prepondera sobre o próprio interesse delas de ressarcimento.

Com efeito, há, na lição de Athos de Gusmão Carneiro (2005), transcendência da esfera patrimonial individual dos titulares na prestação satisfativa e ocorre uma projeção no universo jurídico de forma a influenciar com relevância as situações análogas.

De todo o exposto, os direitos das vítimas são tipicamente divisíveis, possíveis de defesa pela via, por assim dizer, clássica do Código de Processo Civil. Diferentemente dos interesses indivisíveis, os quais não podem ser atribuíveis para fins de aproveitamento ou fruição, os interesses individuais homogêneos têm titular certo, a quem o bem da vida perseguido pode ser atribuível.

O tônus da transindividualidade faz com que a lei autorize que tais direitos ou interesses sejam coletivamente defendidos. O evento comum recorrente autoriza a defesa como se indivisíveis fossem. Destarte, tem-se uma economia processual e a promoção da segurança e uniformidade das decisões judiciais.

O art. 91 do CDC traz os mesmos legitimados ativos do art. 5.º da Lei da Ação Civil Pública para em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos. Não é difícil a conclusão de que é verdadeira legitimação extraordinária, do art. 6.º do CPC, na qual o legitimado coletivo funciona como substituto processual das vítimas, a quem o direito é, efetivamente, atribuível. É a defesa em nome próprio de direitos alheios.

O fato comum e recorrente do uso da talidomida, no período gestacional, gerou danos a um número muito expressivo de pessoas que fazem jus ao ressarcimento. Tais sujeitos são determináveis e ressarcíveis individualmente, sendo seus direitos defensáveis pela via tradicional do Código de Processo Civil. A origem comum, aliada à preponderância do interesse mais geral em ver as vítimas se tornarem indene, autoriza a sua defesa, pela via coletiva, como se direitos indivisíveis fossem.

A possibilidade de defesa coletiva promove maior segurança de indenização, uniformiza as decisões, ampara um número expressivo de vítimas, as quais, de forma conjunta, poderão ter seus direitos garantidos. A abertura da via do processo civil coletivo, a despeito da natureza individual do direito defendido, em última análise, satisfaz um interesse social de ver pessoas se tornando indenes, diante de fatos de grande repercussão e relevância social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, L. V. *Síntese e determinação da atividade microbiana de 2-[5-nitro-tiofen-2--il]-3-acetil-5-[4-fenil-substituído]-2,3-diidro-1,3,4-oxadiazolinas frente à cepa ATCC 25923 de Staphylococcus Aureus*. Dissertação (Mestrado em Tecnologia Químico-Farmacêutica), Faculdade de Ciências Farmacêuticas, USP, 2009.

ALMEIDA, J.B. A ação civil coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos dos consumidores. *Revista da Procuradoria Geral da República*, n. 1, out.-dez. 1992.

AMARAL, F. O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. *A moralidade dos atos científicos – questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa*. Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 1999, p. 1-10.

AMARAL, A.T.; MONTANARI, C.A. Química medicinal: 25 anos de planejamento racional de fármacos. *Química Nova*, vol. 25, supl. 1, p. 39-44, 2002.

BARREIRO, E.J. Introdução à química dos fármacos. *Cadernos Temáticos de Química Nova na Escola*, n. 3, p. 3, 2001.

CARNEIRO, A.G. Ação Civil Pública – Direitos Individuais Homogêneos, Limitações à sua tutela pelo Ministério Público. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 12, p. 5, jul.-ago. 2001.

COELHO, F.A.S. Fármacos e quiralidade. *Cadernos Temáticos de Química Nova na Escola*, n. 3, 2001.

CREMERJ (Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio De Janeiro). *Bioética e medicina*. Rio de Janeiro: Navegantes, 2006.

DAINESI, S. Como colaborar na implantação da farmacovigilância em nosso país? *Revista da Associação Médica Brasileira*, vol. 51, n. 4, p. 186, 2005.

DALARI, D.A. *Bioética e direitos humanos: a vida humana como valor ético*. 2008. Disponível em (http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari_bio.html). Acesso em: 20.04.2012.

DAVIES, D.M.; FERNER, R.E.; GLANVILLE, H. *Davies's textbook of adverse drug reactions*. 5. ed. Londres: Chapman & Hall Medical; 1998.

DINIZ, M.H. *O Estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FFUP. Faculdade de Farmácia da Universidade do Porto. Disponível em http://www.ff.up.pt/toxicologia/monografias/ano0506/talidomida/estrutur.htm. 2006. Acesso em: 20.04.2012.

GARCÍA, E.F. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1991.

FONTELES, M. M. F. et al. Reações adversas causadas por fármacos que atuam no sistema nervoso: análise de registros de um centro de farmacovigilância do Brasil. *Revista de Psiquiatria Clínica*, vol. 36, n. 4, p. 137-44, 2009.

GARRAFA, V. Bioética e ciência: os limites da manipulação da vida humana. *Novas tecnologias da genética humana: avanços e impactos para saúde*. Rio de Janeiro: GESTEC-Nit, 2007.

GOMES, O. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Atual. Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, A.P. et al.. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

IUPAC (International Union of Pure and Applied Chemistry). Glossary of terms used in medicinal chemistry. *Pure and Applied Chemistry*, vol. 70, n. 5, p. 1129-1143, 1998.

LEES, P.; CUNNINGHAM, F. M.; ELLIOTT, J. Principles of pharmacodynamics and their applications in veterinary pharmacology. *Journal of Veterinary Pharmacology and Therapeutics*, vol. 27, n. 6, p. 397–414, 2004.

LIMA, L. M.; FRAGA, C.A.M.; BARREIRO, E. J. O renascimento de um fármaco: talidomida. *Química Nova*, vol. 24, n. 5, p. 683-688, 2001.

LIPINSKI, C.; HOPKINS, A. Navigating chemical space for biology and medicine. *Nature*, vol. 432, p. 855-861, 2004.

MADERS, A. M. Biodireito: baliza à utilização das novas tecnologias e resposta aos problemas bioéticos. *Revista Direito & Justiça*, ano IX, n. 13, p. 147-167, 2009.

MANCUSO, R. C. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MOLFETTA, F. A. *Planejamento de quinonas com atividade tripanossomicida*. Tese (Doutorado em Físico-Química), Instituto de Química de São Carlos, USP, 2007.

MÖLLER, L.L. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. *Filosofazer*. Passo Fundo, n. 30, 2007, p. 153-172.

MUNOS, B. Lessons from 60 years of pharmaceutical innovation. *Nature Review Drug Discovery*, vol. 8, p. 959-968, 2009. Disponível em (http://www.nature.com/nrd/journal/v8/n12/pdf/nrd2961.pdf). Acesso em: 25.04.2012.

NOGUEIRA, L. J.; MONTANARI, C. A.; DONNICI, C. L. Histórico da evolução da química medicinal e a importância da lipofilia: de Hipócrates e Galeno a Paracelsus e as contribuições de Overton e de Hansch. *Revista Virtual de Química*, vol. 1, n. 3, p. 227-240, 2009. Disponível em (http://www.uff.br/RVQ/index.php/rvq/article/viewFile/55/102). Acesso em: 30.04.2012.

NOGUEIRA, J.R.D.F; LOUREIRO, R.P.C.; SILVA, E.M.V.B. O homem, a ciência e a bioética. *Revista do Instituto Politécnico de Viseu*, n. 30, p. 19-26, 2004. Disponível em (http://www.ipv.pt/millenium/Millenium30/2.pdf). Acesso em: 08.05.2012.

OLIVEIRA, M.A.; BERMUDEZ, J.A.Z.; SOUSA, A.C.M. Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada? *Caderno de Saúde Pública*, vol. 15, n. 1, p. 99-112, 1999.

OMS (Organização Mundial da Saúde). *The Uppsala Monitoring Centre. The Importance of Pharmacovigilance*. Safety monitoring of medicinal products. 2002.

OSÓRIO-DE-CASTRO, C.G.S.; PAUMGARTTEN, F.J.R.; SILVER, L.D. O uso de medicamentos na gravidez. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 9, n. 4, p. 987-996, 2004.

ORLOFF, J. et al. The future of drug development: advance clinical trial design. *Nature Review Drug Discovery*, vol. 8, p. 949-957, 2009. Disponível em (http://www.nature.com/nrd/journal/v8/n12/pdf/nrd3025.pdf). Acesso em: 20.03.2012.

RADLEY, D.C.; FINKELSTEIN, S.N.; STAFFORD, R.S. Off-label prescribing amongoffice-based physicians. *Archives of Internal Medicine*, vol. 166, p. 1021-1026, 2006.

RIBEIRO-VAZ, I.; HERDEIRO, M.T.; POLÓNIA, J.; FIGUEIRAS, A. Estratégias para aumentar a sensibilidade da farmacovigilância em Portugal. *Revista de Saúde Pública*, vol. 45, n. 1, p. 129-135, 20011.

Rozenfeld, S.; Rangel, I.T.M. A farmacovigilância. *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 4, n. 3, p. 336-41, 1988.

Scofano, M.C.C. Biodireito, um novo desafio. *Janus*, ano 3, n. 4, p. 94-111, 2006.

Silva Jr., I.J.; Barreto Jr., A.G.; Santata, C.C. Separação cromatográfica quiral de anestésicos a partir de soluções diluídas e concentradas em escala preparativa. *Química Nova*, vol. 32, n. 2, p. 359-365, 2009.

Silveira, A.R.J.; Pardinho, E.C.; Gomes, M.A.R.; Baptista, E.R. Talidomida: um fantasma do passado – esperança do futuro. *Revista Virtual de Iniciação Acadêmica da UFPA*, vol. 1, n. 2, 2011. Disponível em (http://www2.ufpa.br/rcientifica/ed_anteriores/pdf/ed_02_arjs.pdf). Acesso em: 15.04.2012.

Stephens, T.D.; Bunde, C.J.W.; Filmore, J.B. Mechanism of action in thalidomide teratogenesis. *Biochem Pharmacol*, vol. 39, p. 1489-1499, 2000.

Vannmacher, L. A ética do medicamento: múltiplos cenários. *Uso Racional de Medicamentos: Temas Selecionados*. Organização Mundial da Saúde, Brasília, vol. 4, n. 8, p. 1-6.

Vianna, F.S.L. *Uso atual de talidomida e defeitos congênitos no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Genética e Biologia Molecular). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

Vigliar, J. M. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas,1998.

Walters, W. P.; Sthal, M. T.; Murcko, M. A. Virtual screening – an overview. *DDT*, vol. 3, n. 4, p. 160-177, 1998.

Wermuth, C. G. *The practice of medicinal Chemistry*. London: Academic Press, 1996.

Zanellato, M.A. A defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público. *Revista do Advogado*, AASP, ano XXVI, n. 89, dez. 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Biodireito: a nova fronteira dos Direitos Humanos, de Reinaldo Pereira e Silva – *RT* 816/62, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 2/239 (DTR\2003\585);
- Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito, de Reinaldo Pereira e Silva – *RT* 791/91 (DTR\2001\377); e
- Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da Bioética e do Biodireito. Normas internacionais da Bioética, de José Alfredo de Oliveira Baracho – *RDCI* 56/113 (DTR\2006\434).

66121

O papel da reincidência criminal na aplicação da pena – Reflexões a propósito do Acórdão do RE 453.000 do STF

Adriano Teixeira
LL.M e Doutorando em Direito na Universidade Ludwig-Maximilian, Munique.

Área do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: O texto trata da controversa questão acerca dos efeitos da reincidência na aplicação da pena, a propósito de acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal, em que se declarou, com repercussão geral, a constitucionalidade da agravante prevista no art. 62, I, do CP brasileiro.

Palavras-chave: Aplicação da pena - Reincidência - Agravante - Constitucionalidade.

Abstract: The article addresses the controversial question about the effects of recidivism on sentencing, in the light of the judgment of the Brazilian Supreme Federal Court in which was declared, with general repercussion, the constitutionality of the increase in penalty due to recidivism (art. 61, I, Brazilian Criminal Code).

Keywords: Sentencing - Recidivism - Increase in penalty - Constitutionality.

Sumário: I. Considerações iniciais - II. A decisão: 1. As razões do recorrente; 2. As razões da decisão do STF - III. O papel de condenações pretéritas para a aplicação da pena: 1. Rejeição da agravante da reincidência; 2. Fundamentos para a agravante da reincidência; 3. Efeito atenuante da primariedade - IV. Conclusão - V. Referências bibliográficas.

I. Considerações iniciais

Recentemente, o STF teve oportunidade de se manifestar sobre um tema que, embora intensamente discutido nos últimos tempos, ainda se mostra extremamente controvertido. Trata-se da legitimidade – ou, no caso, da constitucionalidade – da reincidência como fator apto a agravar a pena do condenado. Embora na prática judiciária, historicamente, a reincidência sempre tenha sido um fator fundamental na tarefa de determinação judicial da pena, seu papel no âmbito de um direito penal liberal – ou direito penal do fato, garantista, como se queira – vem sendo colocado em xeque por inúmeras vezes nos últimos tempos. Recentemente, por exemplo, a "Corte Suprema de Justicia de la Nación", da Argentina, também foi chamada a pronunciar-se sobre a questão.[1] Por aqui, justamente devido ao avo-

1. M. 1395. XLII. Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad. Como a nossa, a Corte Argentina confirmou a constitucionalidade da agravante da reincidência. Destaque

lumar de alegações de réus questionando a constitucionalidade da reincidência enquanto agravante (art. 61, I, do CP), é que o STF, que já vinha se posicionando no sentido da constitucionalidade do dispositivo, decidiu dotar a decisão sobre essa matéria dos efeitos da repercussão geral.

O objetivo do presente texto, deve-se conceder, é menos comentar analiticamente a decisão, que é bastante breve e não apresenta grandes novidades ou peculiaridades em termos de argumentação, e mais aproveitá-la como ensejo para retomar a intensa discussão que se trava nos últimos tempos acerca do papel das condenações pretéritas na determinação da pena.

Em um primeiro momento, de modo mais descritivo, serão expostas as considerações trazidas na decisão, tanto pelos autores do recurso, quanto pelos Ministros (II). Em seguida, serão analisados os argumentos desenvolvidos na discussão teórica a respeito da relevância da reincidência para a aplicação da pena (III). Ao final, com o cotejo dos argumentos carreados pelo STF com as considerações teóricas desenvolvidas, poder-se-á chegar a uma conclusão a respeito da correção ou incorreção da decisão (IV).

Antes de iniciar, devo ressaltar que a análise que segue tocará menos a questão da constitucionalidade do instituto da reincidência do que a da sua *legitimidade* face aos princípios gerais do direito penal.[2] O que se pretende é, em primeira linha,

---

para o voto divergente do Min. Zaffaroni. Seus argumentos, em essência, resumem-se às considerações expostas no item III. 1 abaixo, e em grande parte coincidem com as ideias expostas em seu Tratado, igualmente registradas ao longo do texto.

2. Constitucionalidade e legitimidade não são conceitos sinônimos. No desenvolvimento histórico da ciência do direito penal, que já conta com mais de dois séculos, estabeleceram-se princípios fundamentais de limitação e legitimação do exercício punitivo do Estado, como os princípios da legalidade e da culpabilidade. Pode-se dizer que esses princípios – conquistas de uma filosofia moral e política liberais – são, em certo sentido, atemporais, que não dependem da existência de nenhuma ordem jurídica positiva. Assim, denunciar a ilegitimidade de um determinado dispositivo independe do contexto constitucional a que ele pertence. Ou seja, dizer que uma norma é ilegítima não significa dizer *automática* e *necessariamente* que ela é inconstitucional; nem, inversamente, dizer que uma norma é constitucional significa considerá-la legítima. Obviamente, isso não exclui que um determinado dispositivo possa ser concomitantemente ilegítimo e inconstitucional. O que se deve ter claro é a independência lógica e material entre os juízos de legitimidade e constitucionalidade. Sobre a distinção entre um direito penal legítimo e um direito penal constitucional, cf. GRECO, Luís. *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, em: BRÜNHOBER, Beatrice et al. (org.), *Strafrecht und Verfassung. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler*, Berlin: Nomos, 2012. p. 13 e ss; de forma semelhante, apontando para a insuficiência da referência à constituição para a construção de uma teoria da criminalização legítima HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press: New York, 2008, p. 125.

analisar criticamente esse instituto à luz de um direito penal liberal. Naturalmente, os resultados dessa análise poderão dizer algo a respeito da constitucionalidade da agravante da reincidência. No entanto, colher esse resultado de forma definitiva seria um passo adiante, que significaria adentrar na dogmática constitucional, coisa que extrapola os limites e o escopo deste comentário.

II. A DECISÃO

1. *As razões do recorrente*

Nas razões do recurso extraordinário, alega-se transgressão ao art. 5.º, XXXVI e XLVI, da CF. A agravante da reincidência, gravada no art. 62, I, do CP, violaria, portanto, a coisa julgada, pois implicaria em *bis in idem*, e o princípio da *individualização da pena*.

Em relação ao *bis in idem*, aduz-se que a inclusão da reincidência no rol das agravantes significaria "que um mesmo fato é tomado em consideração duplamente, na medida em que o delito anterior produz efeitos jurídicos duas vezes". Traça-se ainda um paralelo com a multa de trânsito, que não é majorada caso a infração se repita.

Diz-se ainda que a agravante da reincidência é instituto típico de um direito penal de autor, pois pune-se a conduta de vida do autor e não o fato típico por ele praticado.[3] Neste ponto parece residir, embora não esteja claro nas razões do recurso, a violação ao princípio da *indivualização da pena*, que impõe que as particularidades do caso concreto sejam as razões fundamentais para a formação da pena do condenado.

2. *As razões da decisão do STF*

De início, o relator, Min. Marco Aurélio, à f.2 aduz um argumento de caráter *pragmático*. Ele alerta que a eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 62, I, do CP, teria que produzir efeitos para além do restrito âmbito do agravamento de pena, eis que a reincidência compõe critério decisivo em diversos institutos previstos no Código Penal e leis esparsas, como a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, estabelecimento do regime de execução da pena, sursis, livramento condicional, prescrição, transação, etc. Percebe-se que esta, em si correta, afirmação do Ministro não possui caráter meramente descritivo, mas já constitui um de seus argumentos *a favor* da constitucionalidade

3. Muito embora algumas das citações de jurisprudência trazidas nas razões sustentem justamente a análise da personalidade e conduta social do autor, como modo de aferir sua periculosidade.

da agravante da reincidência, como resta claro da seguinte passagem: "Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do direito" (f. 4). Esse argumento, no entanto, não deve impressionar aqueles contrários à agravante da reincidência, pois muito provavelmente eles aceitariam de bom grado essas consequências apontadas pelo Ministro relator, ou seja, estariam dispostos a ver todos esses dispositivos mencionados declarados inconstitucionais.[4]

Fora esse argumento, a argumentação do Ministro relator é relativamente sucinta. Por um lado, aponta que a reincidência é um fator importante a compor os parâmetros utilizados pelo magistrado na tarefa de *individualização da pena*. Nesse sentido, a reincidência evitaria "a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa". Tratar-se-ia de fator de discriminação razoável, "seguindo a ordem natural das coisas" (f.).

Ademais, recorre o Ministro relator a um antigo argumento, utilizado pela jurisprudência e doutrina dominantes na Alemanha,[5] ao dizer que o autor reincidente merece maior reprovação porque não tomou a condenação anterior como "*alerta*, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes" (f., meu destaque). Com isso restaria afastada a pecha de *bis in idem*. Nesse mesmo sentido, o voto da Min. Rosa Weber: "Não há bis in idem, que se trata apenas de valorar negativamente a escolha do agente em voltar a delinquir, do que resulta maior o juízo de censura em relação a essa nova conduta praticada, e não uma nova punição em relação ao crime pretérito. Merece maior censura, (...) já que o fato revela maior propensão à prática delitiva e o apenamento anterior não foi suficiente para preve-

4. Por exemplo, expressamente CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal. Parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 570-571, que diz que "a influência irracional da reincidência criminal exclui, reduz ou afeta de modo inconstitucional ou ilegal muitos direitos individuais" e menciona justamente os dispositivos apontados pelo Min. Marco Aurélio.

5. BverfGE, 50, 125 (134); Horstkotte, Harmut. *Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB)*, Juristische Zeitung, 1970, p. 153; Theune, Werner, em: Laufhütte/Rissing-Van Sann/Tiedemann (org.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 2, 12. Aufl, 2006, § 46 Nm. 169; STREE, Walter/KINZIG, Jörg, em: SCHÖNKE/SCHRÖDER (org.), Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Ed., 2010, § 46 Nm. 30; RENZIKOWSKI, Joachim, em: JOECKS/MIEBACH (org.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 3, 2. Ed., 2012, § 176a Nm 13; Sobre isso, extensamente e com mais referências, ERHARD, Christopher. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld – Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie „„Schuld"*, 1992 , p. 61 e ss.

nir e reprimir o crime".[6] O Min. Ricardo Lewandowski, apoiado em Aníbal Bruno (embora no acórdão não se encontre a referência exata), traduz essa ideia para a linguagem da teoria do delito, ao fundamentar a agravação da pena pela maior *culpabilidade* do agente: "Hoje se pode justificar a exarcebação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai, em razão de sua vontade rebelde, particularmente interior e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida, que, para um homem, normalmente ajustável à ordem do Direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática de um novo crime". A esta tese voltaremos adiante (cf. abaixo III. 2.1.1).

Por fim, ressalta o Min. Marco Aurélio o valor da agravante da reincidência enquanto instituto de política criminal *preventiva*,[7] cujo sistema engendrado pelo código penal não deve ser desmantelado "a partir da exacerbação do chamado garantismo penal" (fl. 7). Nessa esteira, os demais votos salientam o valor de prevenção especial que possuiria a agravante da reincidência, como o Min. Luis Fux: "Nós não podemos esquecer que Lombroso, de há muito, afirmava a existência, é certo, do criminoso nato"; e a Min. Cármen Lúcia, para quem o instituto questionado serve para "que se garanta àquele que cometeu um delito, que ele pense sobre isso e não venha a reincidir".

Pode-se, portanto, reconstruir os argumentos acima e distinguir dois tipos de razões que legitimariam a agravante da reincidência: uma ligada à *culpabilidade* – incremento da censura ao agente – e outra ligada à *prevenção* (geral ou especial). A seguir, esses argumentos serão analisados juntamente com a exposição e crítica das demais concepções sobre o papel das condenações pretéritas para a aplicação da pena.

III. O PAPEL DE CONDENAÇÕES PRETÉRITAS PARA A APLICAÇÃO DA PENA

Não é só no Brasil que as condenações anteriores do acusado constituem fator relevante na aplicação da pena, seja na composição do *quantum* da pena, seja na

6. Assim também o voto Min. Luiz Fux, à f.: "E exatamente porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, depois de 1988, tem bases axiológicas é que, por exemplo, muito recentemente, a Primeira Turma decidiu que 'a reincidência revela que a condenação transitada em julgado restou ineficaz como efeito preventivo no agente, por isso merece maior carga de reprovação'".

7. A qual, para ele, tem sido desmantelada por decisões do próprio STF, que tem "fulminado institutos relativos a crime de inexcedível malefício, como é o tráfico de drogas". Ele refere-se à declaração de inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória, da cláusula que impunha a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado e da vedadora da substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos.

determinação do regime prisional, substituição ou escolha da modalidade sancionatória etc. Assim também o é na prática judiciária de várias países. Nos Estados Unidos, por exemplo, os antecedentes criminais têm um peso ainda maior na fixação da pena do acusado, sendo que, em alguns Estados, um indivíduo que comete um furto pela terceira vez pode ser condenado até à prisão perpétua.[8] No entanto, apesar da quase evidente relevância das condenações anteriores para a determinação da pena,[9] ainda se está longe de encontrar uma justificação unívoca e consistente para tanto. Não só distintos (e às vezes contrastantes) fundamentos são oferecidos para legitimar o instituto da reincidência, mas também não são poucos os que questionam a legitimidade de conferir relevância a condenações anteriores na determinação da pena concreta. A imensa relevância prática e a ubiquidade do problema produziram uma discussão que não se prende mais ao ambiente científico doméstico de cada país, senão ganha um caráter cada vez universal.[10]

A seguir, analisarei, primeiro, as posições que dispensam relevância à reincidência ou às condenações pretéritas do acusado[11] para a determinação da pena concreta (1.). Após, analisarei as distintas concepções que, ou buscam justificar o agravamento de pena em razão da reincidência (2.), ou procuram fundamentar a redução de pena para o réu primário (3.).

---

8. Sobre isso cf. DUBBER, Markus Dirk. *The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California's Habitual Criminal Statute*. Stanford Law Review 43 (1990), p. 193 e ss.; BAGARIC, Mirko. *Double Punishment and Punishing Charakter: The Unfairness of Prior Convictions*, Criminal Justice Ethics 2000, p. 12 ("The United States is the least pleasant place for an offender with prior convictions to be."). O Reino Unido também possuiu e, em certa medida, ainda possui uma legislação duríssima contra a reincidência, como registram TONRY, Michael. *The Questionable Relevance of Previous Convictions*, p. 93 e ASWORTH, Andrew/BAKER, Estella. *The Role of Previous Convictions in England and Wales*, p. 185 e ss., ambos em: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011.

9. ERHARD, Christopher. Op. cit., p. 52.

10. V. por exemplo, duas relativamente recentes coletâneas dedicadas especialmente ao assunto, reunindo artigos de autores de diversos países: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011; TAMBURRINI, Claudio/RYBERG, Jesper (org.). *Recidivist Punishments – The Philosopher's View*, Lanham: Lexington Books, 2012.

11. Aqui ignoro conscientemente a distinção entre maus antecedentes e reincidência. O que nos interessa é abordar a questão fundamental de se e por qual razão o comportamento delitivo anterior pode legitimamente influenciar a pena imposta pelo crime atual de um agente. No âmbito, portanto, dessa discussão de caráter mais geral e dogmático, emprego o termo "reincidência" em sentido lato.

1. *Rejeição à agravante da reincidência*

Nesta seção cuidarei apenas dos argumentos que questionam frontalmente a constitucionalidade da agravante da reincidência. Os argumentos que se limitam a colocar em xeque os diversos fundamentos que se oferecem a esse instituto serão analisados no próximo tópico.

Alguns dos argumentos mais correntes que servem para questionar a legitimidade ou constitucionalidade da agravante da reincidência já foram brevemente expostos acima, nas razões do recurso objeto do acórdão em análise (cf. acima II. 1): a violação do princípio da individualização da pena; a lesão ao *ne bis in idem*; a acusação de direito penal do autor; e a desproporcionalidade da pena em relação à gravidade do delito.[12]

1.1 O imperativo constitucional de individualização da pena (art. 5.º, XLVI) impõe que a lei não estabeleça penas absolutas, ou seja, uma só medida e modalidade de pena para cada delito, mas sim prescreve que para cada tipo penal haja um marco dentro do qual o juiz possa fixar a pena concreta atendendo às peculiaridades do caso concreto.[13] No entanto, isso não impede que possa haver regras na lei que, digamos, antecipem e guiem a atuação do juiz. É o caso justamente das agravantes e atenuantes – ao lado das causas de aumento e diminuição –, que, na verdade, são instrumentos ou reforços da ideia de individualização da pena,[14] pois permitem mensurar distintamente realizações típicas de diferentes intensidades. Aduz-se, no entanto, que a reincidência não pode constituir sempre, necessariamente, uma agravante, pois ela pode indicar, ao revés, uma maior vulnerabilidade e estigmatização do agente, de modo a se impor uma redução de pena.[15] No entanto, mesmo que esse raciocínio esteja correto, não creio que isso seja um problema relacionado ao princípio da individualização da pena, mas sim à própria possível ilegitimidade da agravante da reincidência, baseada em *outras* considerações.

---

12. Outras objeções são levantadas como a violação aos princípios da culpabilidade, da lesividade, da legalidade, entre outros. Assim, por exemplo, YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 105 e ss; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: 2013, p. 199. No entanto, nota-se que os argumentos já abarcam ou decorrem dos supramencionados princípios, quando, por exemplo, se diz que a reincidência implica um direito penal de autor, o qual, por sua vez, viola o princípio da culpabilidade pelo fato. O mesmo vale em relação ao princípio da lesividade e da legalidade (YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Op. cit., p. 118, 134, 135)

13. Cf, por todos, CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 261.

14. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 260.

15. YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Op. cit., p. 123.

1.2 Geralmente, a primeira objeção que se faz contra a agravante da reincidência é a de que o acréscimo de pena se dá em razão de um delito que já foi julgado e pelo qual o autor já fora punido, o que importaria em uma dupla valoração do mesmo fato pelo direito penal, uma violação ao *ne bis in idem*.[16] À primeira vista, de fato, o argumento parece fulminar a legitimidade da agravante. No entanto, a violação ao *ne bis in idem* pode ser afastada desde que se logre demonstrar que o fato de o agente delinquir novamente perfaça uma razão *autônoma*, que extrapole o âmbito do delito já julgado, a influenciar a condenação do delito subsequente. Concretamente: a pecha do *bis in idem* só pode ser refutada caso se consiga fundamentar que a reincidência afeta a gravidade do novo delito, seja aumentando-lhe a culpabilidade ou o injusto, ou ainda indique uma maior necessidade de prevenção. Se ambas as formas de fundamentação afiguram-se plausíveis e legítimas é algo que examinaremos abaixo.

1.3 Ainda na linha da objeção de dupla valoração, afirma-se que, uma vez que o agente já foi punido pelo fato anterior, o acréscimo de pena não mais teria como fundamento algo que autor fez, mas sim a sua condução de vida, sua personalidade. Tal apenação baseada na vida pregressa do indivíduo seria típica de um *direito penal de autor*, antiliberal,[17] e naturalmente distinto de um direito penal do fato, calcado nos princípios da legalidade e da culpabilidade (pelo fato). Com efeito, se não se quer abandonar as premissas de um direito penal liberal, em que o agente é punido apenas pelo fato típico e ilícito que praticou, desde que reunisse condições de evitá-lo (culpabilidade), um acréscimo de pena, a princípio, não pode se fundar em algo que o autor fez antes da prática do crime. A não ser, novamente, que se aponte como os delitos ou as condenações pretéritas podem de alguma forma influenciar a gravidade do delito atual.

1.4 Outra objeção que deve ser levada em conta é a possibilidade de o acréscimo de pena em razão da reincidência gerar *desproporcionalidade* entre a pena aplicada

16. KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 06, São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 127; ZAFFARONI, Eugenio Raul / SLOKAR, Alejandro Alagia. *Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Edira, 2002, p. 1057; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Op. cit., p. 126; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 570; SILVA FRANCO, Alberto. *Sobre a não recepção da reincidência pela constituição de 1988. Breves anotações*, em: RIBEIRO, Bruno de Moraes (org.). *Direito penal na atualidade. Escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. p. 6-7; BOSCHI, José Antonio Paganella Boschi. *Das penas e seus critérios de aplicação*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 205; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 395 e ss.; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 891; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Op. cit., p. 199.

17. ZAFFARONI, Eugenio Raul/SLOKAR, Alejandro Alagia. Op. cit., p. 1058 e ss. YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Op. cit., p. 120; SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 8-9; CARVALHO, Salo de. op. cit., p. 399.

e a gravidade do delito cometido.[18] Este problema mostra-se especialmente sensível *nos crimes bagatelares*. Não raro são os casos em que o autor, embora tenha promovido uma ofensa ínfima ao bem jurídico, recebe uma pena alta por conta da reincidência ou de seus antecedentes.[19] O próprio STF vem afastando a aplicação do princípio da insignificância nos casos em que o réu é reincidente. Não posso adentrar aqui na discussão, um tanto mal conduzida, diga-se de passagem, sobre o princípio da insignificância. Admitamos, por exemplo, como quer o STF, que, dada a reiteração dos mesmos delitos, o furto de um porta-moeda contendo R$ 30,00 (trinta reais) e um vale-transporte,[20] ou o furto de barras de chocolate,[21] sejam sim fatos típicos, mesmo sob a ótica da chamada tipicidade material. Isso não significa, no entanto, que se justifique a aplicação de uma pena privativa de liberdade de um ano e quatro meses.[22]

Síntese: Até aqui, pode-se dizer que as objeções do *ne bis in idem* e do direito penal de autor, apesar de não afastarem de antemão a possibilidade de legitimação da agravante da reincidência, impõem um pesado ônus de fundamentação àqueles que pretendem levar a cabo essa tarefa. Por fim, a objeção da desproporcionalidade deve ser sempre levada em consideração e, se não impede completamente qualquer acréscimo de pena com base na reincidência, ao menos limita de forma considerável os efeitos jurídicos desse instituto, impondo que, caso se queira atribuir alguma relevância às condenação anteriores, isso deve ser feito, ao menos *de lege ferenda*, de uma forma muito mais tímida do que atualmente manda a lei e do que ocorre na prática forense.

2. *Fundamentos para a agravante da reincidência*

Na seção anterior mostrou-se que, embora as objeções acima mencionadas não solapem completamente, ou de antemão, a legitimidade do acréscimo de pena em virtude da reincidência – principalmente as objeções do *ne bis in idem* e do direito penal do autor –, elas impõem um pesado ônus de fundamentação àqueles que pretendem justificar a existência dessa agravante. A seguir, cabe verificar se uma tal fundamentação já foi oferecida de modo consistente.

18. YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Op. cit., p. 123 e ss; SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 8.
19. Assim também o diagnóstico de ZIPF, Heinz. *Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen*, in: JESCHECK, Hans-Heinrich/VOGLER, Theo (org.). *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1989, p. 440.
20. STF HC 120.043/DF, rel. Min. Luiz Fux, 19.11.2013.
21. STF HC 101.998/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 23.11.2010.
22. Deve-se reconhecer que esse tipo de resultado decorre da impossibilidade de se aplicar uma pena inferior a 1 ano, dada a mínima do crime de furto (1 ano).

Na discussão científica e na jurisprudência – tal como de certa maneira no acórdão em análise (cf. acima II.2) –, observam-se basicamente duas maneiras de fundamentar a relevância da reincidência na aplicação da pena. Uma tenta demonstrar que o *delito* precedido por uma condenação anterior do mesmo autor é mais grave, porque a reincidência implicaria ou numa *culpabilidade* mais elevada ou num *injusto* mais intenso. Outra recorre à ideia de maior necessidade de *prevenção*, geral ou especial, independentemente de se considerar o delito posterior mais grave ou não.

2.1 Fundamentações ligadas à gravidade do delito

2.1.1 Reincidência como fator elevação da culpabilidade em sentido estrito[23]

O argumento talvez mais utilizado para fundamentar o acréscimo de pena em virtude da reincidência também está presente em vários votos do acórdão em comento (cf. acima II. 2): afirma-se que o autor merece maior reprimenda, pois a pena ou a condenação anterior não lhe ter servido de "alerta", ou, o que é o mesmo, por ele ter resistido à ação inibitória da sanção penal. É por isso que se costuma denominar a doutrina e jurisprudência dominantes neste tema na Alemanha de "teoria ou modelo do alerta" (*Warnungsmodell*).[24] A *culpabilidade elevada* teria por base a superação do poder inibitório das penas anteriormente impostas, como expressamente consignou o Min. Lewandowski (cf. acima II. 2); verificar-se-ia, portanto, uma *energia criminal* intensa por parte do réu.[25] Completa-se ainda o argumento dizendo que o autor reincidente, por já ter sido sancionado anteriormente, possui uma maior consciência da punibilidade de seu comportamento ou um *conhecimento mais apurado da proibição*.[26]

---

23. Refiro-me à culpabilidade em sentido estrito, enquanto terceiro elemento do delito de acordo com a fórmula tripartite (tipo, antijuridicidade e culpabilidade) – ou segundo elemento, caso se prefira a fórmula bipartidade que apenas distingue entre injusto e culpabilidade –, em contraposição à culpabilidade em sentido amplo, referida no art. 59 do CP, que diz respeito à gravidade do delito como um todo, conforme julgo ser a melhor interpretação desse dispositivo. Sobre isso, ver meu estudo anterior: TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470/MG, do STF (Caso Mensalão), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 106, São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 13 e ss.

24. Cf. acima nota 5.

25. HORSTKOTTE, Harmut. Op. cit., p. 153; BVerfGE, 50, 125 (134); criticamente e com outras referências WALTER, Michael. *Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten „kriminellen Energie"*, em: HIRSCH, Hans Joachim *et al* (org.). *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin: De Gruyter, 1986, p. 484 e ss.

26. HILLENKAMP, Thomas. *Zur materiellen Rückfallklausel des § 217 StGB*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1974, p. 215; também assim, mas sob a ressalva da necessidade de apurar o conhecimento elevado da proibição no caso concreto através de uma análise global, MEIER, Bernd. *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin: Springer, 2009, p. 181–182.

Essas justificativas para o acréscimo de pena ao autor reincidente expõem-se, todavia, a diferentes críticas. Por um lado, critica-se o "argumento do alerta" sob um aspecto *empírico-criminológico*.[27] As pesquisas criminológicas mostrariam que o típico deliquente reincidente não apresenta um impulso criminoso mais intenso ou um maior poder ou estímulo de evitar o delito, mas, ao contrário, as condenações anteriores o impulsionam a cometer novos delitos, já que o estigma por elas provocado, a chamada "ação criminógena do cárcere",[28] reduziria-lhe as possibilidades de uma vida conforme às normas do ordenamento jurídico formal. Por isso, afirma-se que esse criminoso, cuja personalidade é deformada pela prisão, seria na realidade menos sensível à função de alerta de uma condenação.[29] Diante disso, do ponto de vista criminológico, o reincidente portaria na verdade uma *culpabilidade menor*, o que antes justificaria uma *redução de pena*.[30] Não penso que esta última afirmação possa ou deva ser generalizável, mas, de qualquer forma, creio que essa

27. Em síntese ERHARD, Christopher. Op. cit., p. 67 e ss.

28. CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 571; KAZEMIAN, Lila. *Assessing the Impact of a Recidivist Sentencing Premium*, em: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 234.

29. BINDOKAT, Heinz. *Zur Rückfallstrafe de lege ferenda*, ZStW 51 (1959), p. 287 e ss..; STRATENWERTH, Günter. *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübinggen: Mohr, 1971, p. 16; MIR PUIG, Santiago. *Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallstrafschärfung*, ZStW 86 (1974), p. 202 e ss.; HAFFKE. *Rückfall und Strafzumessung*, em: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin: De Gruyter, 1084, p. 208; SCHÜNEMANN, Bernd. *Plädoyer für eine Neue Theorie der Strafzumessung*, em: ESER, Albin. et al (org.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987, p. 236; GEITER, Helmut. *Rückfallvorschrift (§ 48 StGB) aufgehoben – Anlaß zum Jubel oder Beispiel für die Funktionalität von Hintertüren?*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1988, p. 378; FRISCH, Wolfgang. *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik: Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellung von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin*, ZStW 99 (1987), p. 774; JANSSEN, Bernhard. *Probleme der Strafzumessung bei Rückfalltätern*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1991, p. 53–54; com ulteriores referências ERHARD, Christopher. Op. cit., p. 71; KUNZ, Karl-Ludwig. *Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsachen*, em: FRISCH, Wolfgang (org.). *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, 2011, p. 143.

30. STRATENWERTH, Günter. Op. cit., p. 23; MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 203; HAFFKE, Bernhard. Op. cit., p. 208; GEITER, Helmut. Op. Cit, p. 378; JANSSEN, Bernhard. Op. cit., p. 54; HART-HÖNIG, Kai. *Gerechte und zweckmässige Strafzumessung: zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 42; VON DANWITZ, Klaus Stephan. *Strafschärfungen für Rückfalltaten: Ein Rückfall des vorgewarnten Gesetzgebers?*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 2005, p. 259; CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 570; KUNZ, Hans-Ludwig. Op. cit., p. 141.

crítica criminológica é suficiente para invalidar a tese generalista de que todo reincidente age com maior deliberação e por isso possui uma maior capacidade de evitar o delito.[31]

Ademais, especificamente contra a ideia de que o reincidente possuiria um conhecimento mais apurado da proibição, objeta-se que uma tal elevada capacidade de evitação do delito também estaria presente em réus primários que profissionalmente "lidam com a fronteira entre o lícito e o ilícito", como juízes, policiais, funcionários da justiça etc., o que levaria à aplicação da tese do alerta também a esse grupo de pessoas.[32] Ou seja, por um juiz ou um policial lidarem com crimes diariamente, ao cometerem um delito possuiriam sempre um alto de grau de consciência da ilicitude, o que, segundo o argumento em análise, lhes imporia, *em qualquer caso*, um aumento de pena já em relação ao cometimento do primeiro delito. Isso significa que, independentemente do delito e das circunstâncias de sua prática, um magistrado, um agente policial ou até mesmo um funcionário da justiça teriam que, forçosamente e de antemão, ter um acréscimo em sua pena. Além disso, pode-se imaginar a situação inversa, ou seja, em que o reincidente, por um determinado motivo ou circunstância, possui uma consciência da ilicitude enfraquecida. Seria a hipótese de um sujeito, dois anos após ter sido condenado por lesões corporais leves, decorrentes de uma briga de bar, vir a cometer, em estado de dúvida sobre a proibição,[33] um delito econômico. Neste exemplo, seria incorreto admitir que durante a prática do segundo delito o indivíduo possuía uma maior consciência da antijuridicidade de seu comportamento em decorrência de ter sido condenado pelo primeiro crime. Isso sugere que a questão da consciência de ilicitude deve ser tratada conforme as regras do erro de proibição, ou seja, caso a caso, e não através de um regra estática como a da reincidência.[34]

Por fim, à "tese do alerta" opõe-se uma crítica *normativa*, sob o ponto de vista do conceito de culpabilidade. Afirma-se, de forma correta, que a inclusão da reincidência na culpabilidade somente pode ser aceita por aqueles que apreendem a culpabilidade como valoração *do ânimo ou atitude interna* do autor.[35] A maior censura traduzida em acréscimo de pena só tem lugar de acordo com o que *Hörnle* chama de concepção "antiquada" da culpabilidade, que, em contraposição a uma concepção

31. Cf. nesse sentido TONRY, Michael. Op. cit., p. 110.

32. MIR PUIG, Santiago. Op. Cit, p. 34; FRISCH, Wolfgang. Op. cit., p. 774.

33. O que é muito comum no âmbito da criminalidade econômica, sobre isso, profundamente, ver LEITE, Alaor. Dúvida e Erro sobre a proibição no Direito Penal. A Atuação nos Limites entre o Permitido e o Proibido. São Paulo: Atlas, 2013.

34. Nesse sentido, provavelmente ZAFFARONI, Eugenio/SLOKAR, Alejandro Alagia. Op. cit., p. 1058.

35. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 195; também assim KUNZ, Karl-Ludwig. Op. cit., p. 146.

mais moderna de culpabilidade da teoria do delito, infelizmente ainda é dominante no âmbito da aplicação da pena.[36] Em um direito penal liberal, que pune agressões a bens jurídicos e não estados mentais, a análise inerente à categoria da culpabilidade, ultrapassada a aferição do injusto (tipicidade e antijuridicade), consiste apenas em constatar se o agente pode ser responsabilizado individualmente pelo injusto (imputação subjetiva),[37] concretamente, se, sendo imputável (no sentido do art. 26 do CP), ele podia conhecer a norma de proibição e evitar o delito.[38] O reproche de culpabilidade não significa então, como pertinentemente aponta *Horn*, reproche da culpabilidade e sim *reproche do injusto na presença de culpabilidade*.[39] Portanto, no âmbito da aplicação da pena, a culpabilidade não é uma grandeza variável *para cima*.[40] Por conseguinte, ou há culpabilidade em forma plena ou há culpabilidade em forma reduzida[41] – casos, por exemplo, em que o agente sofre uma grande pressão ou é induzido a cometer o delito, mas não a ponto de configurar a coação irresistível de que fala o art. 22, do CP. Somente adicionando-se um reproche extra – provavelmente de cunho moral e não jurídico[42] – à capacidade individual de evitação do delito, é que se pode justificar a elevação da culpabilidade sob o "argumento

36. HÖRNLE, Tatjana. *Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und –lehre*, Juristische Zeitung, 1999, p. 1080 e ss.

37. HÖRNLE, Tatjana. *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 49.

38. SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland*, em: HIRSCH/WEIGEND (org.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, p. 154, 155; assim também CARVALHO, Salo de. Op. Cit, p. 363 e TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena*, em: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 133, 136.

39. HORN, Eckhard, em: idem et al (org.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7. ed. Frankfurt a.M.: Metzner Verlag, 2001, § 46 Nm. 42; nesse sentido fala HÖRNLE, Tatjana. Kriminalstrafe... cit., p. 50, de um reproche do injusto personalizado (personalizierter Unrechts*vorwurf*).

40. Contrariamente MEIER, Bernd. Op. cit., p. 170.

41. FLETCHER, George P. The recidivist Premium. *Criminal Justice Ethics*. vol. 1. issue 2. p. 40-59. Oxford: Routledge, 198,. p. 54; ERHARD, Christoph. Op. cit., p. 161; HORN, Eckhard. Op. cit., n. 44; CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999. p. 243; HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis.... cit., p. 1085; PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 618; agora inadmitindo *qualquer* variação de pena com base na disposição interna do agente HÖRNLE, Tatjana. *Kriminalstrafe*... op. cit., p. 76 e ss.

42. Com isso viola-se a necessária separação entre direito (penal) e moral. Sobre isso, extensamente e com várias referências, GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*

do alerta".[43] Assim, escapa-se, contudo, de uma concepção de culpabilidade mais adequada a um direito penal liberal do fato.[44]

2.1.2 Condenações anteriores como fator de elevação do injusto[45]

O que foi dito no parágrafo anterior a respeito da culpabilidade não se pode dizer a respeito do injusto. Este sim, que trata dos limites da interação entre as esferas de liberdade dos cidadãos, é um conceito graduável em ambas as direções.[46] Concretamente, em relação ao nosso contexto: pode-se lesionar um bem jurídico – ou a ordem jurídica, se o queira – de forma mais ou menos intensa.[47] Coerente com essa ideia é que se busca justificar a agravante da reincidência sob o argumento de que a

---

– *Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 108 e ss.

43. Criticamente nesse sentido STRATENWERTH, Günter. Op. cit., p. 17; HART-HÖNIG, Kai. Op. cit., p. 41 e ss.; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999,p. 161–162.

44. Assim PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 31, Logroño (La Rioja): Dialnet, 2008, p. 618.

45. Sobre isso, extensamente, ERHARD, Christopher. Op. cit., p. 258.

46. SEEBALD, Rudolf. *Das mißverstandene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, p. 230-236. Heidelberg: R. v. Decker, 1975. p. 232; HETTINGER, Michael. *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB)*. Berlin: Dunker & Humblot, 1981. p. 105; MEIER, Bernd-Dieter. Op. cit., p. 166; HÖRNLE, Tatjana. Tatproportionale Strafzumessung, cit., p. 196-197; SILVA SÁNCHEZ. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, *Revista para el Análisis del Derecho – InDret*. n. 2., p. 5; PERALTA, José Milton. Motivos reprochables...cit., p. 128.

47. É possível ainda, por exemplo, vislumbrar uma diminuição do injusto – e, portanto, de pena –, em razão da realização parcial de alguma causa de justificação. É a hipótese, por exemplo, de situações próximas à legítima defesa, como a provocação da vítima, ou de casos de consentimento imperfeito da vítima. Embora o agente não reste impune, por não estarem reunidos todos os pressupostos da causa de justificação, sua pena deve ser atenuada por conta da presença de alguns desses pressupostos (cf. MEZGER, Edmung. *Strafrecht – Ein Lehrbuch*, 3. Ed., München: Duncker & Humblot, 1949, p. 499; HILLENKAMP, Thomas. *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttungen: Schwartz, 1981, p. 239 e ss..; GÜNTHER, Hand-Ludwig. *Grade des Unrechts und Strafzumessung*, em: KERNER/KAISER, Kriminalität. *Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten. Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag*, Springer-Verlag: Berlin/Heildelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hong Kong, 1990, p. 460 e ss; FRISCH, Wolfgang. *Straftatsystem und Strafzumessung*, em: WOLTER, Jürgen (org.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heildelberg: Decker, 1993, p. 14; PERALTA, José Milton. Doxa 31... cit., p. 616–617; MEIER, Bernd. Op. cit., p. 167; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 434; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*... cit., p. 287 e ss.).

reiteração da conduta criminosa intensifica a gravidade do injusto atual. A validade desse argumento depende, contudo – a exemplo da culpabilidade – do conceito de injusto de que se parte.

Partindo de uma concepção ideal (ou idealista) de injusto – injusto não como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (doutrina dominante),[48] mas como *dano à validade da norma*,[49] *perturbação da paz jurídica*[50] – *Frisch* sustenta que a repetição do delito significa um *questionamento mais ostensivo do direito*, o que, a princípio, reclamaria uma reação mais forte por parte do Estado.[51-52]

Próximo a essa ideia, enxerga-se na reiteração do crime uma intensa desconsideração tanto dos bens jurídicos em geral, quanto dos bens jurídicos especificamente postos em perigo ou efetivamente lesionados com a conduta do delito atual,[53] além da presença de uma maior energia criminal.[54] Nesse sentido, afirma *Armin Kaufmann* haver uma *dupla violação de dever ou dupla lesão a bem jurídico*, que consistiria, por um lado, na violação da proibição referente ao delito que ora se pune e, por outro, na violação da proibição de reiteração da prática criminosa.[55]

Embora não possa aqui neste espaço tratar mais a fundo da discussão acerca do conceito de injusto penal, devo externar meu ceticismo em relação a essa concep-

48. Sobre o conceito de injusto da concepção dominante cf. por todos ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil.*, Band I. München: C. H. Beck, 2006, § 7 Nm. 23 e ss.

49. FRISCH, Wolfgang. ZStW 99 (1987)... cit., p. 781.

50. FRISCH, Wolfgang. *Straftatsystem und Strafzumessung*... cit., p. 17; criticamente BRUNS, Hans-Jürgen. *Neues Strafzumessungsrecht?*, Köln/München (et al): Heymann, 1988, p. 61; ERHARD, Christopher. Op. cit., p. 167 (nota de rodapé n. 551).

51. FRISCH, Wolfgang. *Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – Eine kritisch-konstruktive Würdigung*, em: ROXIN, Claus (org.), *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, t. IV, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, p. 291; próximos a essa posição KÖHLER, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 1997, p. 364 e ss., 604, 612; JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991, 17/26; FREUND, Georg. *Straftatbestand und Rechtsfolgenbestimmung – Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der 'harmonisierten' Strafrahmen für die Strafzumessung*, Goltdammer's für Strafrecht, 1999, p. 528-529.

52. Como se verá logo abaixo, a posição de *Frisch* quase não se distingue de uma fundamentação preventivista. Recentemente, o autor deixou isso ainda mais claro, cf. FRISCH, Wolfgang. *Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2009, p. 389.

53. MIR PUIG, Santiago. ZStW 86 (1974). cit., p. 193, 197.

54. STRENG, Franz. *Strafrechtliche Sanktionen: die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart: Kohlhammer, 2012, Rn. 568.

55. KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen: Schwarz, 1988, p. 212.

ção idealista, com base na qual se busca fundamentar a agravante decorrente de condenações pretéritas.[56] Não existe, de forma *autônoma*, uma metanorma jurídico-penal "não se deve violar a norma".[57] A proibição de violar a norma consubstancia-se justamente no tipo penal e vale igualmente para o agente isento de condenações anteriores e para o cidadão com um passado de crimes.[58] Em um estado de direito constitucional, afronta a ideia de legalidade postular um dever de obediência ou uma proibição adicional, *para além do bem ou do direito protegido pela norma do tipo penal realizado*. Além disso, isso significa fazer da desobediência um ilícito próprio, algo mais próximo de um Estado autoritário do que de uma ordem liberal.[59]

Até aqui, pode-se concluir que, no marco de um direito penal liberal, em que vige o princípio da culpabilidade (pelo fato) e o princípio da legalidade, não se vislumbra fundamentação convincente para a agravante da reincidência com base na gravidade do delito, seja por meio da culpabilidade *strictu sensu*, seja através do injusto.

2.2 *Fundamentações ligadas à prevenção*

Aponta-se que por trás dos argumentos ligados ao injusto e à culpabilidade, em realidade, escondem-se, irrefletidas, razões de prevenção a justificar a majorante da reincidência.[60] A ideia é que a reiteração do crime não mais – ou não só – afeta a gravidade do delito, mas desencadeia uma maior necessidade de

56. Nesse sentido, também ERHARD, Christopher. Op. cit., p. 262 e ss.; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*... cit., p. 162.

57. FLETCHER, Georg. *Rethinking Criminal Law*, Boston: Little, Brown, 1978, p. 465; REICHERT, Christoph. *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien – Eine Untersuchung mit Bezug auf die "sentencing guidelines" in den USA*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, p. 154; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*... cit., p. 162; ZAFFARONI/SLOKAR. Op. cit., p. 1058; SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 3, nota 2.

58. Assim TONRY, Michael. Op. cit., p. 104.

59. Nesse sentido FLETCHER, Georg. *Rethinking Criminal Law*... cit., p. 464 e ss.; KARAM, Maria Lúcia. op. cit., p. 125; PFEIFFER; Cristian. *Zur Strafschärfung bei Rückfall – dogmatische Prämissen, kriminologische Befunde, kriminalpolitische Folgerungen*, em: SCHWIN, Hans-Dieter (Org.). *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1985, p. 300; HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*... cit., p. 162; VAN DANWITZ. Op. cit., p. 258; BENNET, Christopher. *"More to Apologize For": Recidivist Premium Be Found within a Communicative Theory of Punishment?*, em: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 80; TONRY, Michael. Op. cit., p. 104.

60. FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*..cit., p. 466; WALTER, Michael. Hilde Kaufmann-GS... cit., p. 505; ERHARD, Christopher. Op. cit., p. 162; HART-HÖNIG, Kai. Op. cit., p. 41.

prevenção, ou perante a coletividade (prevenção geral) ou diante do criminoso (prevenção especial).

2.2.1 Argumentos de prevenção geral

Apoiando-se na ideia de lesão à validade da norma ou perturbação da paz jurídica, extrapola-se o terreno da fundamentação da majorante de reincidência com base no aumento do injusto (cf. acima) e recorre-se à ideia de *prevenção geral positiva*. De acordo com a formulação tradicional dessa teoria, a pena tem a função de reafirmar ou confirmar a vigência da norma perante toda a sociedade.[61] Tendo isso em vista, argumenta-se que a persistente insurreição contra a ordem jurídica materializada pela reincidência revela uma maior necessidade de confirmação da norma através de uma pena correspondentemente mais intensa.[62] Outrossim, poder-se-ia imaginar um aumento de pena pela reincidência com base na ideia de *prevenção geral negativa*. Nesse caso, o acréscimo de pena anunciado pela lei teria como função inibir os indivíduos, que já cometeram um ou mais de um fato delituoso no passado, a praticar mais um delito. Aqui, na hipótese da agravante da reincidência com base na prevenção geral negativa, o alvo da prevenção restringir-se-ia ao grupo de indivíduos não primários, ao contrário do escopo da majorante fundada na ideia prevenção geral positiva, em que se pretende atingir todos os cidadãos, incluindo aqueles que nunca cometeram um delito.[63]

Sem neste espaço poder adentrar no mérito da correção das teorias da prevenção geral positiva e negativa, limito-me a apontar o que é, ao meu ver, o problema central da fundamentação da agravante da reincidência com base na ideia de prevenção geral. Trata-se do já acima mencionado risco da *desproporcionalidade das penas em relação à gravidade do delito cometido*. Caso o raciocínio preventivo seja levado às últimas consequências, o acréscimo de pena deve crescer proporcionalmente ao número das infrações reiteradamente praticadas, pois quanto mais vezes violada a norma, maior a necessidade de sua confirmação (prevenção geral positiva), ou

61. Sobre o conceito de prevenção geral positiva, ver ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München: C. H. Beck, 2006, § 3 Nm. 26 e ss; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 46; PERALTA, José Milton. *Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. A su vez, una distinción analítica entre distintos conceptos de "prevención general positiva"*. Revista para el Análisis del Derecho – InDret. n. 2. p. 3 e ss. Barcelona: Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra, 2008. Disponível en: [http://www.indret.com/pdf/529.pdf]; críticos GRECO, Luís. Op. cit., p. 396 e ss., 453 e ss.; HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 35 e ss.

62. STRENG, Franz. Op. cit., Nm. 565; semelhantemente ERHARD, Christopher. Op. cit., p. 319-320,; cético KUNZ, Karl-Ludwig. Op. cit., p. 143; crítica HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*... cit., p. 163-164.

63. HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*... cit., p. 25.

quanto mais vezes o sujeito infringe a regra jurídico-penal, mais pena é necessária para intimidá-lo. A aplicação desse raciocínio levaria, por exemplo, a punições de pequenos delitos patrimoniais com penas privativas de liberdade superiores a uma década, como infelizmente sói ocorrer nos EUA e Reino Unido (cf. acima).

Além disso, há de se relevar o fato de que, por a prevenção pretender um fim estatal, a eficiência do meio escolhido para atingir esse fim – na hipótese que aqui interessa: o acréscimo de pena –, tem de ser lastreada empiricamente.[64] Deixando aqui de lado a questão mais fundamental de se a prevenção como fim geral da pena pode ter sua eficiência comprovada empiricamente e atendo-se apenas à questão da agravante da reincidência, tem-se que basta o registro da alta taxa de múltipla reincidência, não obstante a imposição de pena mais duras, para colocar em xeque a eficácia empírica desse específico incremento sancionatório.[65]

No entanto, creio que a ideia de prevenção geral como fundamento da majoração pela reincidência não é de todo descabida, desde que aplicada racional e moderadamente. A eficiência do incremento punitivo passa a ser intuitivamente mais plausível quando se imaginam grupos de casos ou delitos nos quais a pena se afigura para o criminoso como um "preço facilmente pagável", um mero "custo operacional" para a empreitada criminosa. Pense-se, por exemplo, em um crime ambiental ou financeiro, em que comumente aplica-se apenas multa ou pena restritiva de direitos. Pegue-se o crime de "cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente", previsto no art. 38 da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), apenado com detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Imagine-se que o mais comum na prática judiciária seja a aplicação da multa para o cometimento desse delito. Nessa hipótese, não é absurdo imaginar que um empresário possa refletir que, em vista dos ganhos que irá obter com o delito (lucro, competitividade etc.), valha a pena sempre "pagar a pena de multa". Para evitar isso, a reincidência poderia servir de critério para se aplicar a pena de detenção no lugar ou cumulativamente com a pena de multa.

Restringindo o fim da majorante a casos dessa natureza, é natural que ela idealmente fique adstrita à *reincidência específica* e a alguns tipos de delitos. Seria pensável, portanto, *de lege ferenda*, deslocar a previsão de aumento de pena pela reincidência da parte geral para a parte especial do Código Penal, sendo que apenas determinados delitos seriam tocados pela majorante. Para se postular os critérios corretos a orientar tal tarefa – que no âmbito deste estudo não pode ser realizada – o legislador e a jurisprudência devem valer-se dos conhecimentos criminológicos disponíveis.

64. Nesse sentido TONRY, Michael. Op. cit., p. 103.

65. Cf. por exemplo, com várias referências a estudos empíricos KAZEMIAN, Lila. Op. cit., p. 240.

2.2.2 Argumentos de prevenção especial

O argumento de prevenção especial que busca justificar a majorante da reincidência é simples: a reiteração do delito revela a periculosidade do agente e prenuncia que o mesmo irá cometer novos delitos no futuro. Para evitar isso, seria preciso que o Estado atue sobre o agente através da imposição da pena criminal.[66] Esta atuação pode se dar tanto para que o autor "aprenda" com o que fez,[67] seja "ressocializado" – *prevenção especial positiva* –, ou para que a maior reprimenda iniba o condenado de cometer mais delitos ou o isole por mais tempo e poupe a sociedade dos possíveis crimes que o agente poderia cometer quando em liberdade – *prevenção especial negativa*, incapacitação seletiva (*selective incapacitation*).[68]

Críticas não faltam contra essa fundamentação do acréscimo de pena com base na prevenção especial. Primeiro, não é mais necessário recorrer a nenhum estudo empírico-científico para colocar em xeque os supostos *efeitos ressocializantes* da pena, tendo em vista sobretudo a deplorável situação das prisões brasileiras. Hoje sabe-se que um acréscimo de pena tem o poder de promover, na verdade, uma mais forte *dessocialização* do condenado.[69] Isso sem mencionar a ilegitimidade ética da pretensão de corrigir ou melhorar o indivíduo por meio de coação.[70]

Igualmente problemática é a ideia de isolamento ou neutralização do condenado. Esse fim de proteção da sociedade contra o sujeito reincidente é construído sob uma presunção de que o agente irá cometer mais crimes futuramente.[71] Essa pre-

66. SPENDEL, Günter. *Zur Lehre vom Strafmass*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1954, p. 205; com ulteriores referências *Bruns. Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, Köln/München: Heymann, 1985, p. 224; BGHSt 38, 71 (73); crítico MEIER, Bernd. Op. cit., p. 197–198.

67. Cf. acima em II. 2 o trecho transcrito do voto da Min. Cármen Lúcia.

68. Cf. acima em II. 2 parte do voto do Min. Luiz Fux, que cita as (já há muito questionadas) lições de Lombroso sobre o delinquente habitual. Também SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität*, em: FRISCH, Wolfgang/VON HIRSCH, Andrew/ALBRECHT, Hans-Jörg (org.), *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, 2003, Heildelberg: Müller, 2003, p. 191, vê na ideia de incapacitação seletiva, a ser usada pelo legislador de forma bastante limitada e moderada, o único fundamento da majorante da reincidência. Esse fundamento na ideia de incapacitação seletiva teria valor autônomo, não teria conexão com ao por ele defendido princípio da proporcionalidade pelo fato.

69. GEITER, Helmut. Op. cit., p. 379; HORNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*... cit., p. 163; ZAFFARONI/SLOKAR. Op. cit., p. 1059; KUNZ, Karl-Ludwig. Op. cit. p. 143; CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 569-570.

70. SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Akzeptanz*... cit., p. 190; HART-HÖNIG, Kai. Op. cit., p. 59 e ss; CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 458; GRECO, Luis. *Feuerbach*...cit.., p. 436 e ss.

71. SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Akzeptanz*... cit., p. 195.

sunção só pode ser sustentada, contudo, caso se investigue fatores outros ligados à personalidade e história de vida do agente – como emprego, relações familiares e sociais etc. Isso iria, contudo, extrapolar o âmbito da pena correspondente à culpabilidade pelo fato, pois, à parte do acesso ilegítimo a segmentos da vida do réu, o acréscimo de pena não teria como fundamento algo que o agente fez, mas sim o que se espera dele no futuro.[72] Por isso é que se pugna, corretamente, que a resposta estatal à periculosidade do agente deva restringir-se ao campo de incidência das *medidas de segurança*,[73] cuja aplicação depende de outros pressupostos legais (art. 96 e ss., CP) e de legitimidade.[74]

3. *Efeito atenuante da primariedade*

No Código Penal Brasileiro, o fato de o réu ser primário, embora não constitua exatamente um fator minorante da pena – o que sucede, no entanto, com o § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006[75] (Lei de Drogas) –, é pressuposto da concessão de variados benefícios, como iniciar a execução de pena privativa de liberdade em regime semiaberto ou aberto; obter a substituição da pena privativa de liberdade pela restritivia de direito ou pela de multa (art. 44, II) e o *sursis* (art. 77, I) etc.[76] Além disso, na prática judiciária, não raro, a primariedade é razão fundamental (ou uma das principais razões) para fixar a pena no mínimo legal. De fato, o efeito atenuante da primariedade apresenta-se quase como algo intuitivo, óbvio, e, ao que parece,

---

72. HORSTKOTTE, Harmut. *Gleichmäßigkeit und Schuldangemessenheit der Strafzumessung*, em: JEHLE, Jörg-Martin (org.), *Individualprävention und Strafzumessung – Ein Gespräch zwischen Strafjustiz und Kriminologie*, Wiesbaden, 1990, S. 169–17; SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 11; também preciso TAMBURRINI, Claudio. *What's wrong with Recidivist Punishments?*, em: TAMBURRINI, Claudio/RYBERG, Jesper (org.). *Recidivist Punishments – The Philosopher's View*, Lanham: Lexington Books, 2012, p. 73: "But the penal surplus – the extra punishment inflicted upon a repeater because s/he is supposed to recidivate – *cannot reasonably be said to be enacted for something the offender did, but for what s/he is expected to do in the future*" (meu destaque).

73. Assim JANSSEN, Bernhard. Op. cit., p. 54; cf. ainda STRATENWERTH, Günther. Op. cit., p. 35; cf. ainda CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 395., que aponta corretamente para a "aproximação de dois modelos sancionatórios absolutamente distintos: os sistemas de pena, baseados na responsabilização pela *culpalidade*, e os sistemas de medidas de segurança, estruturados na valoração da *periculosidade*".

74. Sobre isso, cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 499 e ss.

75. "§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

76. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Aplicação da pena*, 5. ed, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2013, p. 81.

poucas são as vozes que se levantam contra isso. No entanto, caso se queira guardar coerência com a posição acima defendida, segundo a qual a existência de condenações pretéritas não influencia a gravidade do delito, o mesmo deve-se dizer, a princípio, a respeito da ausência de condenações anteriores. Portanto, a exemplo do verificado acima, cabe analisar os argumentos que pugnam por uma redução de pena com base na primariedade do condenado e que pretendem afastar essa cética presunção inicial.

Defende-se, por exemplo, principalmente pelo autor britânico *Andrew von Hirsch*, a chamada teoria da "progressiva perda de atenuação" (*Progressive-Loss-of-Mitigation*),[77] segundo a qual se deve sempre conceder um desconto ou abatimento na pena ao réu primário, como concessão à falibilidade humana e com base na ideia de tolerância perante a fraqueza inerente do ser humano.[78] Presume-se que o primeiro delito constitui um lapso do agente, que, por isso, mereceria complacência do Estado.[79] Esse desconto, conferido a todo réu primário – ou seja, sem que haja um seleção com base em características pessoais ou prognósticos acerca de seu comportamento futuro –,[80] também valeria para o segundo delito, deve cessar, entretanto, após um determinado número de repetições.[81]

Sem mencionar a questionável pertinência de uma tal fundamentação extrassistemática, quase *ad-hoc*, esse abatimento concedido ao réu primário baseia-se numa presunção de caráter especulativo, que no caso concreto dificilmente se confirma. A presunção contrária implícita nessa teoria – a de que a "fraqueza" deixaria de ser determinante conforme o número de infrações aumenta – também pode ser facilmente refutada. Pense-se em um homem de negócios, que frequentemente comete delitos econômicos, mas um dia surpreende sua esposa na cama com o vizinho e a mata. Nesse caso, o assassinato seria completamente independente da prática dos

77. VON HIRSCH, Andrew. *Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen*, em: FRISCH, Wolfgang/VON HIRSCH, Andrew/ALBRECHT, Hans-Jörg (org.), *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, 2003, Heildelberg: Müller, 2003, p. 72 e ss.; idem. *Proportionality and Progressive Loss of Mitigation: Further Reflections*, em: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 7 e ss.;

78. VON HIRSCH, Andrew. *Proportionality*... cit., p. 11.

79. Idem, ibidem.

80. Idem: "Let me also emphasise that theory is not about the individual offender's of personal culpability – e.g. of his degree of intent, consciousness of wrongdoing, or the like. The underlying conception is a different one: of affording a limited tolerance for human fallibility."

81. Também assim ASHWORTH, Andrew. *Kriterien für die Proportionalität der Strafe*, em: FRISCH, Wolfgang/VON HIRSCH, Andrew/ALBRECHT, Hans-Jörg (org.), *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, 2003, Heildelberg: Müller, p. 92.

delitos econômicos, e poderia, pois, ser considerado, sim, fruto da fraqueza humana e e também mereceria compreensão a ensejar um abatimento na pena idêntico ao que se concede ao réu primário.[82] Por outro lado, dificilmente poder-se-ia aceitar uma redução de pena com fulcro na tolerância perante a suscetibilidade humana, por exemplo, no caso de delitos longamente elaborados, como, por exemplo, um assalto a banco detalhadamente planejado por anos.[83] Logo, não seria justo, sob o fundamento da presunção geral admitida pela teoria, garantir a todo réu primário um desconto na pena.[84]

Uma outra fundamentação para a redução de pena para o réu primário pode ser vista como o reverso da medalha da "tese do alerta" ou da teoria do conhecimento elevado da proibição, utilizada para fundamentar a majorante da reincidência (cf. acima III. 2.1.1), ou seja, a ideia segundo a qual o agente primário possuiria uma reduzida percepção das consequências jurídicas de sua ação, o que constituiria um fator de atenuação da culpabilidade.[85] Esta atenuação é, de fato, plausível, mas não deve valer para todos os casos. Não é concebível ou normativamente aceitável admitir que o indivíduo, apenas pelo fato de ser primário, possui um conhecimento reduzido da ilicitude em casos de delitos graves contra bens jurídicos elementares – delitos que se costuma denominar de *mala in se*, como homicídio, lesão corporal, roubo, etc.[86] A reduzida percepção da proibição que se presume deve ser analisada normalmente, no caso concreto, de acordo com as regras do erro de proibição (a exemplo da suposta apurada consciência da ilicitude do agente reincidente – cf. acima III. 2.1.1).

Uma variação mais modesta – e talvez mais plausível – dessa teoria é oferecida pelo penalista sueco *Petter Asp*.[87] Como *von Hirsch*, parte *Asp* da premissa de que haveria boas razões para um tratamento mais brando do réu primário: a falibilidade humana e a danosidade da privação de liberdade. Essa indulgência, no entanto, deveria ser concedida apenas no momento da decisão de substituição de uma mo-

---

82. In diese Richtung RYBERG, Jesper. *Recidivism, Retributivism and the Lapse Model*, em: TAMBURRINI, Claudio/RYBERG, Jesper (org.). *Recidivist Punishments – The Philosopher's View*, Lanham: Lexington Books, 2012S. 43 ff.

83. HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*... cit., p. 166; RYBERG, Jesper. Op. cit., p. 45–46.

84. RYBERG, Jesper. Op. cit., p. 47.

85. ROBERTS, Julian. First-Offender Sentencing Discounts: Exploring the Justifications, em: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 19.

86. Nesse sentido ROBERTS, Julian. Op. cit., p. 31; BENNET, Christopher. Op. cit., p. 80.

87. ASP, Petter. *Previous Convictions under Swedish Law*, em: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 219 ff.

dalidade de pena mais gravosa por uma mais branda ou por ocasião da decisão de concessão da suspensão condicional da pena. Assim, o efeito jurídico da reincidência ficaria adstrito às decisões de concessão de tratamento mais benéfico ao réu.[88]

Esta solução também poderia ser fundamentada sob um *ponto de vista preventivo*. Aqui, a escolha de um tipo de punição mais gravoso ou a negação da suspensão condicional da pena representaria uma razão prundencial adicional para que o autor não volte a cometer aquele delito. Isso seria coerente com a ideia acima esboçada de restringir os efeitos da jurídicos da reincidência a um veículo que busca evitar que o tratamento mais benéfico previsto na lei afigure-se meramente como um preço que compensa ser pago pelo criminoso. Este caminho teria a vantagem de conferir à reincidência um papel transparente e restrito no âmbito da aplicação da pena. O desenvolvimento desta solução reclama, contudo, um estudo mais detalhado sobre a *ratio* e a sistemática dos mecanismos de substituição de pena, o que, todavia, deve ficar reservado a outro estudo.

Das considerações acima extrai-se uma *conclusão intermediária*: apesar da evidência quase intuitiva da importância de condenações pretéritas para a determinação da pena – seja como majorante pela reincidência ou atenuante pela primariedade –, indicar uma justificação racional e legítima para tanto mostra-se tarefa difícil. Verificou-se que a importância das condenações pretéritas para a determinação da pena não é justificável sob o ângulo da gravidade do delito atual. Os argumentos de prevenção, outrossim, esbarram em dificuldades, principalmente à luz da ideia de proporcionalidade entre gravidade do delito e pena. No entanto, desde que usada pelo legislador apenas como mecanismo para evitar uma "banalização" da pena, principalmente da sanção alternativa, mostra-se plausível atribuir efeitos jurídicos à reincidência.

IV. CONCLUSÃO

Verifica-se que as considerações apresentadas pelo STF para justificar a constitucionalidade da agravante da reincidência coincidem em grande parte com os argumentos tradicionalmente formulados na doutrina e jurisprudência, e, como esses, não se mostram compatíveis com os fundamentos de um direito penal liberal. De um lado, os argumentos ligados à gravidade do delito – pune-se a "vontade rebelde" do agente, que não tomou a consideração anterior como "alerta" – partem de uma concepção antiquada, moralizante da culpabilidade. De outro turno, as considerações relacionadas à prevenção especial são ingênuas, empiricamente insustentáveis e, ademais, distantes de um direito penal do fato. Das considerações relativas à prevenção geral, no entanto, resta um núcleo, muito embora reduzido, verdadeiro.

88. ASP, Petter. Op. cit., p. 223.

Foi visto que o grande problema de ancorar a majorante da reincidência na ideia de prevenção reside no perigo de desproporcionalidade das penas em relação à gravidade do delito cometido. As considerações do Min. Marco Aurélio apontando a multiplicidade dos efeitos jurídicos da reincidência em nosso sistema jurídico-penal, que são corretas do ponto de vista descritivo, indicam justamente o peso exagerado que as condenações pretéritas podem ter na punição de um condenado. No entanto, como dito acima, "punir" a reincidência afigura-se necessário nas hipóteses em que a pena passa a ser vista pelo criminoso como mero "custo operacional", "pago" sem muita dificuldade. Em suma, isto implica dizer que não se deve despir a reincidência de quaisquer efeitos jurídicos. Impõe-se, todavia, reduzi-los consideravelmente em relação ao posto que ocupa em nossa legislação e, especialmente, à magnitude que lhe tem sido dada no dia a dia forense.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASWORTH, Andrew; BAKER, Estella. *The Role of Previous Convictions in England and Wales*, em: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 185-205.

BAGARIC, Mirko. *Double Punishment and Punishing Charakter: The Unfairness of Prior Convictions*, Criminal Justice Ethics 2000, p. 10-23.

BENNET, Christopher. *"More to Apologize For":Recidivist Premium Be Found within a Communicative Theory of Punishment?*, In: ROBERTS, Julian; VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 73-89.

BINDOKAT, Heinz. *Zur Rückfallstrafe de lege ferenda*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 51, 1959, p. 281-291.

BRUNS, Hans-Jürgen. *Neues Strafzumessungsrecht?*, Köln/München (et al): Heymann, 1988.

BOSCHI, José Antonio Paganella Boschi. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal. Parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

DUBBER, Markus Dirk. *The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California's Habitual Criminal Statute*. Stanford Law Review 43 (1990), p. 193-240.

ERHARD, Christopher. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld – Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie "Schuld"*, 1992.

FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.

_____. *The recidivist Premium*, Criminal Justice Ethics, vol. 1, issue 2, Oxford: Routledge, 1982, p. 40-59.

FREUND, Georg. *Straftatbestand und Rechtsfolgenbestimmung – Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der 'harmonisierten' Strafrahmen für die Strafzumessung*, Goltdammer's für Strafrecht, 1999, p. 509-538.

FRISCH, Wolfgang. *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik: Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellung von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 99, 1987, p. 349-388 (parte 1), p. 751-805 (parte 2).

_____. *Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – Eine kritisch-konstruktive Würdigung*, em: ROXIN, Claus (org.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Tomo IV, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, p. 269-368.

GEITER, Helmut. *Rückfallvorschrift (§ 48 StGB) aufgehoben – Anlaß zum Jubel oder Beispiel für die Funktionalität von Hintertüren?*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1988, p. 376-381.

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

_____. *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, em: BRÜNHOBER, Beatrice et al (org.), *Strafrecht und Verfassung. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler*, Berlin: Nomos, 2012, p. 13-36.

HAFFKE. *Rückfall und Strafzumessung*, em: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin: De Gruyter, 1984.

HART-HÖNIG, Kai. *Gerechte und zweckmässige Strafzumessung: zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

HETTINGER, Michael. *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB)*. Berlin: Dunker & Humblot, 1981.

HILLENKAMP, Thomas. *Zur materiellen Rückfallklausel des § 217 StGB*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1974, p. 208-219.

HORN, Eckhard, em: idem et al (org.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7. ed. Frankfurt a.M.: Metzner Verlag, 2001, § 46.

HÖRNLE, Tatjana. *Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und –lehre*, Juristische Zeitung, 1999, p. 1080-1099.

_____. *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Baden-Baden: Nomos, 2013.

_____. *Straftheorien*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

_____. *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

HORSTKOTTE, Harmut. *Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB)*, Juristische Zeitung, 1970, p. 122-128.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press: New York, 2008.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

JANSSEN, Bernhard. *Probleme der Strafzumessung bei Rückfalltätern*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1991, p. 52-54.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 6. p. 117-132. São Paulo: Ed. RT, 1994.

KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen: Schwarz, 1988.

KAZEMIAN, Lila. *Assessing the Impact of a Recidivist Sentencing Premium*, em: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 227-250.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1997.

KUNZ, Karl-Ludwig. *Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsachen*, em: Frisch, Wolfgang (org.). *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, 2011.

MEIER, Bernd. *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin: Springer, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallstrafschärfung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 86, 1974, p. 175-210.

PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 31. p. 599-624. Logroño (La Rioja): Dialnet, 2008.

_____. Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. A su vez, una distinción analítica entre distintos conceptos de "prevención general positiva". *Revista para el Análisis del Derecho – InDret*. n. 2, p. 3 e ss. Barcelona: Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra, 2008. Disponível em: [http://www.indret.com/pdf/529.pdf]

_____. *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

PFEIFFER; Cristian. *Zur Strafschärfung bei Rückfall – dogmatische Prämissen, kriminologische Befunde, kriminalpolitische Folgerungen.*. In: SCHWIN, Hans-Dieter (org.). *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1985, p. 291-308.

REICHERT, Christoph. *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien – Eine Untersuchung mit Bezug auf die "sentencing guidelines" in den USA*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

RENZIKOWSKI, Joachim, em: JOECKS/MIEBACH (org.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 3, 2. Ed., 2012, § 176a.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: 2013.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil.*, Band I. München: C. H. Beck, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Plädoyer für eine Neue Theorie der Strafzumessung*, em: ESER, Albin. et al (org.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987, p. 209-238.

_____. *Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland*, em: HIRSCH/WEIGEND (org.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 148-176.

SEEBALD, Rudolf. *Das mißverstandene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, p. 230-236.

SILVA FRANCO, Alberto. *Sobre a não recepção da reincidência pela constituição de 1988. Breves anotações*, em: RIBEIRO, Bruno de Moraes (org.). *Direito Penal na Atualidade. Escritos em Homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p.1-14.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. Revista para el Análisis del Derecho – InDret. n. 2. p. 8 e ss. Barcelona: Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra, 2007. Disponible en: [www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78588/102664].

STRATENWERTH, Günter. *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen: Mohr, 1971.

STREE, Walter/KINZIG, Jörg, em: SCHÖNKE/SCHRÖDER (org.), Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Ed., 2010, § 46.

STRENG, Franz. *Strafrechtliche Sanktionen: die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart: Kohlhammer, 2012.

TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena*, em: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. *Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470/MG, do STF (Caso Mensalão)*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 106, São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 13-44.

THEUNE, Werner, em: LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SANN/TIEDEMANN (org.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 2, 12. Aufl, 2006, § 46.

TONRY, Michael. *The Questionable Relevance of Previous Convictions*, em: ROBERTS, Julian/VON HIRSCH, Andrew (org.). *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland/Oregon: Hart Publishing, 2011.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

VON DANWITZ, Klaus Stephan. *Strafschärfungen für Rückfalltaten: Ein Rückfall des vorgewarnten Gesetzgebers?*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul/SLOKAR, Alejandro Alagia. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Edira, 2002.

ZIPF, Heinz. Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen. In: JESCHECK, Hans-Heinrich; VOGLER, Theo. *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1989, p.439-451.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aplicação da pena: confissão e reincidência, de Leonardo Sica e Luisa Moraes Abreu Ferreira – *RT* 925/453 (DTR\2012\450915);
- Estudo sobre a reincidência, de José Carlos Scalambrini Carneiro – *RT* 732/496 (DTR\1996\462); e
- Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno, de Gabriel Vieira Berla – *RBCCrim* 82/295, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/387 (DTR\2010\14).

66122

Inconstitucionalidade da Consideração da Reincidência como Agravante

Comissão *Amicus Curiae*

Excelentíssimo Senhor Ministro Cezar Peluso, Digníssimo Relator do Recurso Extraordinário 591.563-8.

Área do Direito: Penal; Processual; Constitucional

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (adiante, tão somente, IBCCRIM), entidade de âmbito nacional, inscrita no CNPJ/MF 03.763.804/0001-30, com sede estatutária na Rua Onze de Agosto, 52, Centro, São Paulo – SP vem, por seus procuradores (*documentos anexos*), nos autos do Recurso Extraordinário acima identificado, requerer seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, com fulcro no art. 543-A, § 6.º, do CPC, e no art. 323, § 2.º, do RISTF, pelas razões a seguir aduzidas:

I. Da relevância da matéria

Trata-se de matéria relevante, a ensejar a admissão de *amicus curiae*, vez que o objeto do recurso extraordinário versa sobre a inconstitucionalidade de regra de aplicação de pena prevista no ordenamento pátrio, sob a ótica de princípios elementares como a culpabilidade e a vedação do *bis in idem*.

A importância do tema é tal que essa própria egrégia Corte reconheceu a repercussão geral no recurso em tela, nos termos de manifestação de V. Exa., que merece destaque pela propriedade com a qual aponta a relevância da controvérsia:

"*A questão suscitada versa sobre importantíssima matéria, que demanda reflexão da Corte, acerca da admissibilidade constitucional do agravamento da pena criminal*, imposta por certo fato, em virtude de o réu já ter sido condenado por fato diverso. Ou seja, trata-se de indagar se a norma de agravamento da pena por reincidência não significa autorização de dupla punição pelo mesmo fato (o réu seria punido duas vezes pelo fato objeto da primeira condenação, cuja pena já se exauriu), isto é, *bis in idem*. *A questão, embora nem sempre considerada pela doutrina nem pelos tribunais, envolve o alcance de relevantíssima garantia constitucional*, a cuja luz deve ser aferida a subsistência, ou não, de normas do Código Penal. Este tema tem profundo reflexo no *ius libertatis*, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-lhe de repercussão geral" (trecho de voto do e. Min.

Cezar Peluso, relator, na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 591.563-8, *DJe* 24.10.2008, sem grifo no original).

Resta clara, portanto, a relevância da controvérsia apresentada nos autos em discussão, a invocar a admissão de *amicus curiae* para colaborar com esta E. Corte no aprofundamento de um debate fundamental para a consolidação das garantias constitucionais na aplicação do direito penal brasileiro.

II. DA REPRESENTATIVIDADE E CAPACIDADE DO POSTULANTE

A legitimidade do *amicus curiae* decorre de sua capacidade de "*contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento da melhor decisão jurisdicional*",[1] razão pela qual passamos a expor a experiência institucional do postulante e sua capacidade de contribuição para o debate.

O IBCCRIM é entidade nacional fundada em 14.10.1992, que congrega advogados, magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, policiais, professores, pesquisadores, estudantes, juristas e outros profissionais dedicados ao debate sobre Ciências Criminais e, especialmente, à defesa dos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito.

Com mais de 4.600 associados em todo o território nacional, o Instituto desenvolveu, desde sua fundação, inúmeras atividades que permitiram o acúmulo de conhecimento e a sistematização de dados e informações relevantes sobre o funcionamento do sistema penal no Brasil.

Dentre tais atividades, destaca-se a realização de 15 seminários internacionais com a presença de importantes juristas de vários países, e de mais de 150 cursos, em todo o território nacional, dentre os quais curso próprio de Pós Graduação *Lato Sensu* em Criminologia (autorizado pelo MEC, Processo 23000.012195/2005-59), o curso Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal Econômico e Europeu com a Universidade de Coimbra, além da manutenção de convênios com Universidades para especialização em ciências criminais.

No que se refere à produção científica, acadêmica e cultural, o Instituto publicou, desde sua fundação, 82 (oitenta e duas) edições da Revista Brasileira de Ciências Criminais, com artigos científicos de renomados juristas nacionais e internacionais, 04 edições da revista eletrônica Liberdades, voltada à discussão de temas vários relativos às ciências criminais, e mais de duzentas edições de boletim mensal com artigos e jurisprudência de referência para atividades profissionais e acadêmicas ligadas ao direito penal. Ademais, desde 1997, o IBCCRIM publicou mais de cinquenta monografias científicas, de reconhecido valor, muitas fruto de

1. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p.147.

dissertações de mestrado e doutorado, apresentadas em renomadas universidades nacionais e estrangeiras, que são distribuídas gratuitamente a seus associados a fim de difundir o conhecimento científico no campo das ciências criminais.

O Instituto trabalha em conjunto com instituições brasileiras e estrangeiras para intercâmbio técnico, científico e cultural, com o escopo de expandir quantitativa e qualitativamente atividades e ensino, pesquisa e extensão no âmbito das Ciências Criminais, como o Max-Planck Instituto, o Centro de Estudios de Justicia de Las Americas – Ceja, o Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur, o Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, dentre outras.

Além da produção e difusão de conhecimento, o Instituto é polo de referência em pesquisas, vez que possui biblioteca com mais de 40 mil itens cadastrados e videoteca com cerca de 2.200 DVDs, que contribuem para seu protagonismo na apresentação de ideias, teses e propostas político-criminais e acadêmicas de aprimoramento do sistema penal brasileiro. Protagonismo respaldado pela implementação do Laboratório de Ciências Criminais – curso de formação complementar destinado a estudantes de graduação voltado à iniciação científica por meio de discussões dos grandes temas das ciências criminais da atualidade – do Concurso de Monografias, para incentivar a produção de trabalhos científicos, e de inúmeros Núcleos de Pesquisa que oferecem dados, informações a análises sobre temas específicos de notável relevância, como: *Justiça e Segurança na Periferia de São Paulo*, as *decisões judiciais da Vara das Execuções Criminais da capital no Estado de São Paulo*, *Mulheres negras e Justiça Penal*, a *punição às mulheres negras*, a *implementação de programas de prestação de serviço à comunidade*, *as medidas sócio-educativas em meio aberto*, dentre outras relevantes contribuições para o conhecimento sobre o funcionamento da Justiça Criminal no Brasil.

III. DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

No que concerne à pertinência temática,[2] verifica-se estrita relação entre o objeto do recurso extraordinário e os interesses e atribuições do postulante.

Consta do estatuto do postulante sua finalidade de "Defender o respeito incondicional aos *princípios, direitos e garantias fundamentais que estruturam a Constituição Federal*", "Defender os princípios e a efetiva concretização do *Estado Democrático e Social de Direito*", "*Estimular o debate público* entre os variados atores, jurídicos e não jurídicos, da sociedade civil e do Estado sobre os problemas da violência e da criminalidade e das *intervenções públicas necessárias à garantia da segurança dos cidadãos no exercício de seus direitos fundamentais*" e "Contribuir, com

2. Exigida para admissão como *amicus curiae* (cf. *ADI 3.931*, rel. Min. Carmen Lúcia, decisão monocrática, *DJe* 19.08.2008).

uma visão interdisciplinar, para a produção e a difusão de conhecimento teórico e empírico, especialmente a respeito dos temas da violência e da criminalidade, e das estratégias voltadas à prevenção e à contenção desses problemas" (Estatuto, art. 4.º, doc. XX, *documento anexo*, sem grifo no original).

O pronunciamento dessa egrégia Corte sobre a não recepção ("inconstitucionalidade") da reincidência como elemento agravante da pena tem relação direta e imediata com as garantias constitucionais e o exercício de direitos fundamentais, vez que o cerne da discussão diz com o instituto da coisa julgada, do *ne bis in idem* e do princípio da culpabilidade.

Em sendo diretriz de atuação do Instituto postulante a defesa de dos direitos e garantias constitucionais, bem como a contribuição científica ao debate de temas relacionados à ciência penal, resta demonstrada a pertinência temática, pelo que se requer sua admissão no presente feito, na qualidade de *amicus curiae*.

VI. PEDIDO

Por todo o exposto, o IBCCRIM requer sejam deferidos os seguintes pedidos:

a) seja admitida sua participação como *amicus curiae* nos autos do RE 591.563;

b) sejam juntados aos autos os memoriais anexos com subsídios ao julgamento;

c) seja o postulante intimado, por meio de seus advogados, de todos os atos do processo;

d) seja autorizada a realização de sustentação oral na sessão de julgamento.

Nestes termos,

Pede deferimento.

De São Paulo, 11 de agosto de 2010, para Brasília.

ANEXO

MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES

OAB/SP 155.546

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO

OAB/SP 200.793

DIOGO RUDGE MALAN

OAB/RJ 98.788

HELOISA ESTELLITA

OAB/SP 125.447

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

OAB/SP 163.657

SALO DE CARVALHO
OAB/RS 34.749
THIAGO BOTTINO DO AMARAL
OAB/RJ 102.312

Supremo Tribunal Federal
RE 591.563-8.
Relator: Ministro Cezar Peluso

MEMORIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

I. DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL POSTA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Ministério Público do Rio Grande do Sul ingressou com Recurso Extraordinário contra decisão da 5.ª Câm. do Tribunal gaúcho que, entendendo não ter sido recepcionado o art. 61, I, do CP pela Constituição Federal, afastou a aplicação da agravante da reincidência no momento de quantificação da pena provisória.

Conforme narra o Min. Cezar Peluso na decisão que reconhece a repercussão geral, o recurso foi interposto com fundamento no art. 102, III, a, alegando ofensa ao art. 5.º, XLVI, da CF, que dispõe sobre a individualização da pena: "*a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.*"

O eminente relator entendeu ser importantíssima a matéria, acolhendo a repercussão geral questionando-se "(...) *se a norma de agravamento da pena por reincidência não significa autorização de dupla punição pelo mesmo fato (o réu seria punido duas vezes pelo fato objeto da primeira condenação, cuja pena já se exauriu), isto é,* bis in idem.".

Ao verificar que o tema gera reflexos profundos no direito de liberdade em geral, o e. Relator admitiu que a matéria transcende os limites subjetivos do processo específico.

II. DO DEBATE ACERCA DO AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA EM RAZÃO DE SUA NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O caso que está na base do recurso extraordinário bem representa os argumentos contra e a favor da não recepção da agravante da reincidência pela Constituição Federal de 1988.

Na ApCrim 70016965345, os integrantes da 5.ª Câm. Crim. do TJRS acordaram, à unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso de defesa para manter a condenação do réu, mas reduzir a pena aplicada e manter as demais cominações do

julgador singular. Da motivação para o afastamento da agravante da reincidência colhem-se os argumentos em prol de sua não recepção:

(1.º) *Violação ao princípio da proibição da dupla incriminação pelo mesmo fato ou circunstâncias (ne bis in idem)*: os julgadores ponderam que a reincidência viola abertamente o princípio *ne bis in idem*, uma das bases fundamentais das legislações criminais contemporâneas, ao estabelecer aumento de pena por fato anterior processado, julgado e punido.

Outrossim, os julgadores apresentam uma série de vedações de direitos outros decorrentes da aplicação da reincidência como, p. ex., a suspensão condicional da pena, o aumento do prazo para deferimento de livramento condicional entre outros. No entanto, *limitam a não aplicação do instituto à quantidade de pena, visto definirem regime de sanção mais grave em razão da mesma circunstância.*

(2.º) *Violação ao princípio da igualdade*: a decisão traz o argumento de que punir com maior rigor aquela pessoa que foi punida anteriormente pela prática de delito coloca o reincidente em posição de inferioridade em relação aos demais cidadãos, ademais de gerar estigmatização que prejudica sua incorporação à vida em liberdade – uma das finalidades contemporâneas da pena.

(3.º) *Violação ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*: os Magistrados consideram que a incidência da circunstância reincidência (meio) provoca resultado (fim) com consequências demasiado gravosas ao réu (aumento de pena e demais efeitos da agravante). Assim, haveria desproporção entre meio e fim, fato que caracterizaria ofensa à proporcionalidade das penas.

As razões recursais do Recorrente, por seu turno, apresentam os argumentos em prol da recepção da agravante: (a) ela atenderia ao postulado da isonomia; (b) atenderia o postulado da proporcionalidade das penas; e, sobretudo, (d) atenderia ao princípio da individualização da pena, pois inadmissível que se iguale "*réus com situações pessoais diferentes, privilegiando o delinquente contumaz.*"

III. Da disciplina e dos fundamentos da reincidência no Código Penal brasileiro

A reincidência está prevista como agravante genérica obrigatória no art. 61, I, do CP. Seu primeiro e mais relevante efeito, portanto, é o de aumentar a quantidade da pena na segunda etapa do processo de dosimetria/individualização estabelecido pelo art. 68 do CP.

Ademais, a reincidência produz efeitos legais subsidiários ao acréscimo de pena, todos previstos no Código Penal, dentre eles:

(a) definição de regime de cumprimento de pena mais severo (art. 33);

(b) vedação da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, II);

(c) vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela multa (art. 60, § 2.º);

(d) obstrução do *sursis*, quando da prática de crime doloso (art. 77, I);

(e) aumento do lapso de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II);

(f) aumento e interrupção do prazo prescricional (arts. 110 e 117, VI);

(g) revogação do *sursis* (art. 81), do livramento condicional (art. 87) e da reabilitação (art. 95); e,

(h) obstrução de diminuição da pena em delitos específicos (arts. 155, § 2.º; 170 e 171, § 1.º).

Em termos processuais (i) impede a prestação de fiança (art. 323, III); (j) não permite apelação em liberdade (art. 594) – ambos dispositivos do Código de Processo Penal; e (k) impossibilita a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995).[3]

Conforme observa Zaffaroni, é muito difícil fornecer um conceito satisfatório de reincidência, pois toda e qualquer construção dogmática sobre o instituto tende a se centralizar nas definições tradicionais de reincidência genérica ou específica, ficta ou real, ou nas diferenciações como institutos análogos como multirreincidência, habitualidade ou continuidade delitiva.

Segundo o art. 63 do CP brasileiro, "*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*". O Código Penal não define, portanto, o que é reincidência, apenas indica as condições de sua verificabilidade. A regra do art. 64 do CP estabelece que o efeito da reincidência opera quando existe, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, lapso temporal inferior a 05 (cinco) anos. Assim, a reincidência, como nota Zaffaroni, "*não é uma relação entre o primeiro e o segundo delito, mas sim entre o segundo delito e a condenação anterior.*"[4]

Maria Lúcia Karam entende que "*nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência consegue esconder sua irracionalidade.*"[5]

A assertiva da estudiosa decorre da constatação de que a justificativa da agravante da reincidência em nossa estrutura legal decorre, direta ou indiretamente, de concepções jurídico-penais e criminológicas que acabam por realizar a vinculação

3. Sobre os efeitos jurídicos e sociais da reincidência, conferir a análise político-criminal do instituto realizada por Cezar Bitencourt (BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 106-109).

4. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, vol. 5, p. 360.

5. KARAM, *Aplicação da pena*, p.125.

entre dois sistemas absolutamente distintos, a dizer, entre o sistema de penas baseado na reprovabilidade pela *culpabilidade* e o sistema de medidas de segurança estruturado na valoração da *periculosidade*.

A conclusão é possível em razão de a Reforma de 1984 atribuir relevância à reincidência "*tendo em vista a supressão do duplo binário, que conduzia a se descuidar da majoração na aplicação da pena, dada a obrigatória imposição da medida de segurança.*"[6]

O item 59 da Exposição de Motivos da Lei 7.209/1984, que veiculou a nova Parte Geral do Código Penal, revela que "com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a liberação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade".

No sistema da Parte Geral do Código Penal de 1940, um dos fatores de presunção da *periculosidade* era, justamente, a reincidência em crime doloso (antigo art. 78). Seriam presumidamente perigosos: (a) os inimputáveis, (b) os semi-imputáveis, (c) os condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, se habitual, (d) *os reincidentes em crimes dolosos*, e (e) os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha.

Presumida a periculosidade, sobreviria o *estado perigoso*. "*A reincidência* – dizia Hungria – *é sinal de periculosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte.*"[7]

Em 1984, com a vedação da possibilidade de imposição da medida de segurança (sistema do duplo binário) ao reincidente, a agravante permanece como forma de prolongar sua pena. Nota-se, pois, que apesar da orientação da Reforma em direção à implementação da responsabilidade penal baseada na culpabilidade, o fundamento periculosista, típico do sistema de *direito penal de autor*, é mantido.

A constatação do caso brasileiro encontra eco na leitura do instituto realizada por Zaffaroni, para quem a reincidência só se explica "*na medida em que se abandona o direito penal do ato, embora, às vezes, nem mesmo nestas posições a explicação se mostre coerente. Ao contrário, as tentativas de explicá-la dentro dos limites de um direito penal do ato são todas insatisfatórias.*"[8]

---

6. REALE JR. et al. *Penas e medidas de segurança no novo Código Penal*, p. 178.
7. Apud MARQUES, *Tratado de direito penal*, vol. 3, p. 121.
8. ZAFFARONI, *Reincidência: um conceito do direito penal autoritário*, p. 53.

IV. A CRÍTICA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA À NÃO RECEPÇÃO DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A posição jurisprudencial discutida no presente recurso extraordinário foi fixada, em 1999, pela 5.ª Câm. Crim. do TJRS, no julgamento de recurso de apelação proposto pelo Ministério Público em razão de o Magistrado de primeiro grau ter afastado a aplicação da agravante da reincidência em caso de condenação do réu por furto.

"Furto. Circunstância agravante. Reincidência – inconstitucionalidade por representar '*bis in idem*'. Voto vencido. Negaram provimento ao apelo da acusação por maioria" (TJRS, ApCrime 699291050, 5.º Câm. Crim., j. 11.09.1999, rel. Amilton Bueno de Carvalho).

Após a inédita decisão, o entendimento foi compartilhado pela 6.ª Câm. Crim. da Corte gaúcha em dois julgados de referência:

"Pena. Porte ilegal de arma. Dosimetria. As penas para as hipóteses de porte ilegal de arma são graves. Deste modo, o apenamento só deve sair do patamar mínimo, quando houver circunstância demonstrando a gravidade no caso concreto. Se a infração penal se traduz no simples portar, situação que não reflete nenhuma outra periculosidade, a pena justa é a mínima cominada. Diferente seria, e aí se justificaria uma punição maior, se o agente estivesse usando a arma com a intenção declarada de cometer outro crime. Abortada sua ação ainda nos atos preparatórios e, portanto, impunível, o porte ilegal de arma se apresenta com circunstâncias graves, recomendado um apenamento adequado, ou seja, acima do mínimo. Pena. Dosimetria. Circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social. Impossibilidade de agravar a punição. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5.º da CF. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se sua conduta (*lato sensu*) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos são legais) elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. Pena. Dosimetria. Reincidência e confissão espontânea. Preponderância da última. Tendo em vista o moderno entendimento a respeito da reincidência – o 'bis in idem' e que nem sempre o reincidente tem mais culpabilidade que o primário – e a obrigatoriedade da atenuação pela confissão espontânea em razão de seu valor – ela gera uma decisão judicial mais rápida para o caso concreto e complexo e afasta a incerteza da decisão – é de se afirmar que a atenuante citada prepondera sobre a agravante mencionada e (se for aplicada) deverá, sempre,

ter um peso maior na fixação da pena" (TJRS, Ap Crime 70001004530, 6.ª Câm. Crim., rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 25.05.2000).

"Pena. Furto qualificado. Dosimetria. Isonomia ao roubo de igual qualidade. Tendo em vista os princípios da proporcionalidade e isonomia previstos de forma imanente na Constituição Federal, e diante da necessária releitura do Código Penal face aos novos mandamentos constitucionais, a punição pela prática de furto qualificado deve ser idêntica ao do roubo com a mesma qualidade. Ao invés de um apenamento fixo como estabelece o § 4.º, tem-se que aplicar a pena da modalidade simples e aumentá-la de um terço à metade. Pena. Dosimetria. Circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social. Impossibilidade de agravar a punição. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5.º da CF. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato senso') for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. Pena. Dosimetria. Reincidência. Desvalor de agravamento. Afasta-se o agravamento da punição pela reincidência, pois, além do *bis in idem*, incluí-la como causa de agravação da pena, não leva em conta que o delinquente reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o acusado primário. Depois, não pode o próprio Estado, um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o condenado a um processo dessocializador, exigir que se exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, desprezou a formal advertência expressa nessa condenação e, assim, revelou uma culpabilidade mais intensa" (TJRS, Ap Crime 70001014810, Sexta Câm. Crim., rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 08.06.2000).

O posicionamento das Câmaras levou o debate ao 3.º Grupo Criminal do TJRS, sendo a tese acolhida por maioria:

"1. Roubo majorado. Caracterização. Emprego de arma. 2. Roubo. Emprego de arma. Arma desmuniciada. Disposições jurisprudenciais. 3. Roubo. Emprego de arma desmuniciada. Majorante. Reconhecimento. Impossibilidade. 4. Roubo. Emprego de arma desmuniciada. Majorante. Reconhecimento. Possibilidade. 5. Celso Delmanto. Código Penal Comentado, 1986, p. 275. 6. Pena. Fixação. Agravante. Reincidência. Constitucionalidade. 7. Pena. Fixação. Agravante. Reincidência. Princípio do non bis idem. 8. Princípio do non bis idem. Aplicação. Proibição da dupla valorização fática" (TJRS, EI 70000916197, 3.º Grupo Criminal, rel. Des. Paulo Moacir Aguiar Vieira, j. 19.05.2000).

Dentre os argumentos que ampararam a tese, para além do reconhecimento de que a reincidência ofende o princípio da proibição da dupla valoração, está a constatação de que a reprovabilidade (culpabilidade) da conduta daquele que comete novamente delito não necessariamente é mais grave que a do réu primário. Apenas o procedimento judicial de individualização permitiria esta conclusão, sendo, portanto, generalizadora a agravante que, além de impor dupla punição, inviabiliza análise do caso concreto, ou seja, a efetiva individualização da pena.

Nos termos analisados pelos julgadores "*o delinquente reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o acusado primário*" (TJRS, Ap Crime 70001014810, Sexta Câm. Crim., rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 08.06.2000).

A análise do caso de referência, que gerou o reconhecimento da repercussão geral no presente Recurso Extraordinário, em conjunto com a série de decisões da Corte gaúcha acima referidas, permite que sejam especificados os argumentos que depõem contra a recepção do instituto pela Constituição Federal de 1988.

V. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA EM CONFRONTO COM AS REGRAS DA COISA JULGADA E DO *NE BIS IN IDEM*

É matéria incontroversa na doutrina e na jurisprudência que o *princípio constitucional da coisa julgada* (art. 5.º, XXXVI, da CF), garante que ninguém pode ser processado e julgado, em mais de uma ocasião, pelo mesmo fato. Trata-se de postulado universal de justiça consolidado nos distintos sistemas do direito ocidental: na tradição anglo-saxônica por meio da fórmula do *double jeopardy*[9] e na cultura romano-germânica instrumentalizado no princípio *ne bis in idem*.

O princípio constitucional é reforçado, em nosso sistema legal, pelo Dec. 678/1992, o qual, em razão da EC 45/2004, tem *status* constitucional, ou, no mínimo, supralegal.[10] Segundo o art. 8, n. 3, do Dec. 678/1992, Convenção Intera-

9. A cláusula do *double jeopardy* está prevista na 5.ª Emenda à Constituição Norte-Americana: "*Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb.*" Seu sentido tradicional é expresso por LaFave, Israel e King: "(...) *here is concerned less with avoiding the costs of redundant litigation and relieving crowded dockets and more with protecting the defendant against the opression of prosecution.*" (LAFAVE, ISRAEL & KING, *Criminal Procedure*, p. 1.162). Explica Adauto Suannes: "*o sistema anglo-saxão alude à impossibilidade do* double jeopardy, *isto é, um mesmo fato típico somente pode dar origem a um único processo criminal contra o mesmo réu, garantia que provém das primeiras contemplações da* due process clause [5.ª Emenda à Constituição Norte-Americana]" (SUANNES, *Os fundamentos éticos do devido processo penal*, p. 245).

10. Cf. STF, RE 349.703, rel. originário Min. Carlos Britto, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, *DJe* 05.06.2009, e RE 466.343, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, *DJe* 05.06.2009.

mericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): "*o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.*"

A proibição do duplo julgamento é especificada na ordem jurídico-penal, sobretudo na sentença penal condenatória, na fase de aplicação da pena, através da proibição de dupla valoração de idêntica circunstância, objetiva ou subjetiva. Efeitos que também podem ser percebidos nos sistemas penais alienígenas.[11]

Assim, assevera Alberto Silva Franco que "*o significado fulcral do princípio constitucional* ne bis in idem *reside no seu caráter bifronte: uma face processual e outra material. Sob a primeira perspectiva, o princípio inadmite uma persecução penal múltipla, isto é, que uma mesma pessoa e um mesmo fato sejam, de novo, aferidos judicialmente. Com razão, assevera-se que tal princípio 'representa fechar definitivamente as portas de um episódio que já foi objeto de um processo penal'. Sob a angulação material, proíbe a dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza, de novo, consequências penais.*"[12]

O comando de *ne bis in idem* é evidenciado na previsão das agravantes, quando se determina que as circunstâncias previstas no art. 61 e 62 do CP "sempre agravam a pena, *quando não constituem ou qualificam o delito*" (grifamos). Assim, se determinada circunstância *constitui* (elementar do tipo) ou *qualifica* (qualificadora) o crime, deve ser excluída como causa de agravamento na valoração da pena. Ao contrário, se a circunstância *constitui* ou *qualifica* e, ao mesmo tempo, *agrava* a pena, gera dupla valoração, ofendendo o princípio *ne bis in idem* decorrência, na especificidade da aplicação da pena, da *coisa julgada*.

Note-se que esta lógica de não proliferação de valoração de circunstâncias não é residual ou se encontra isolada na arquitetura da aplicação da sanção no Código Penal brasileiro. O art. 68, que determina o método trifásico que quantificação da pena – superando o clássico debate entre Nélson Hungria e Roberto Lyra –, em seu parágrafo único prevê que "no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte geral, *pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição*, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumento ou diminua" (grifamos). Ou seja, mesmo em caso de circunstâncias distintas, o Código faculta ao juiz a aplicação de apenas uma causa, reforçando o entendimento da proibição da dupla valoração.

---

11. "*Although this language might seem to limit only the retrial of a person for the same crime, its influence extends far beyond that setting. As a result, discussions of the Double Jeopardy limitation occur throughout this treatise. The most important and direct impact of the Double Cause Jeopardy Clause is in the area of retrials* (...)" (LAFAVE, ISRAEL & KING, *Criminal procedure*, p. 1.161-1.162)

12. FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988: breves anotações. *Direito Penal na Atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8.

Neste quadro em que os ordenamentos constitucional e legal brasileiro vedam a dupla incriminação e a dupla valoração das mesmas circunstâncias objetivas e subjetivas, indaga-se acerca da constitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência. Eis a indagação posta ao Plenário desta egrégia Corte Constitucional: *seria admissível o aumento da pena de um crime em razão de o mesmo autor ter sido processado, julgado e condenado por outro delito no qual houve execução e extinção de pena criminal*?

Desde o ponto de vista do princípio constitucional da *coisa julgada* e de suas decorrências penal e processual penal de *vedação da dupla incriminação* e de *proibição da dupla valoração de circunstâncias negativas*, a possibilidade do acréscimo sancionatório decorrente da reincidência inegavelmente constitui *bis in idem*. Não por outra razão constata-se a não recepção do art. 61, I, do CP pela Constituição Federal de 1988.

A sentença penal condenatória é o mecanismo processual penal de exposição do juízo de reprovabilidade ao autor do injusto. Nela estão contidos todos os elementos de valoração do ilícito praticado pelo autor. Com o trânsito em julgado da decisão – e o posterior cumprimento da pena no devido processo de execução penal – o juízo de censura ganha fixidez, impedindo que nova apreciação sobre o mesmo fato seja realizada. Desta forma, em um sistema constitucional penal que é regulado pelo princípio da coisa julgada, está vedada revaloração jurídica de fato anteriormente apreciado e, após o trâmite processual, estabilizado com o trânsito em julgado da decisão.

A conclusão, portanto, é de que a agravação da pena em decorrência de condenação por fato diverso do analisado produz *bis in idem* que se reflete na violação da coisa julgada constitucional.

Questão análoga, mas que remete ao mesmo raciocínio é a vedação da *reformatio in pejus* no processo penal ou a proibição de revisão criminal em desfavor do réu.

O entendimento é partilhado por parcela substancial e relevante da doutrina penal.

Zaffaroni constata que "*a agravação da pena do segundo delito é dificilmente explicável em termos racionais, e a estigmatização que sofre a pessoa prejudica sua incorporação à vida livre*".[13] Pierangelli, ao rejeitar as tentativas teóricas de justificar a agravação da penal pela reincidência, sem violar o *ne bis in idem* e a intangibilidade da coisa julgada, conclui que "(...) *a agravação da reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível.*"[14]

13. ZAFFARONI, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, p. 89.

14. ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 795.

Juarez Cirino dos Santos entende que "*a reincidência (ficta ou real) significa dupla punição do crime anterior: a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o* quantum *de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência.*"[15]

Alberto Silva Franco alerta que "*a reincidência, enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente, através de manifestação judicial no segundo processo, o rótulo de reincidente ao condenado por fato criminoso anterior, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença condenatória anterior como pressuposto do* plus *punitivo. É evidente que um mesmo fato não pode ser duplamente aferido, posto que 'a maior gravidade da pena do segundo delito é um* plus *de gravidade por causa do primeiro', o que faz, 'no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes' e que haja assim 'uma inadmissível reiteração no exercício do* ius puniendi *do Estado.'*"[16]

Adauto Suannes, de longa data,[17] pondera que a reincidência é "*impassível de levar ao agravamento da nova pena por força do* ne bis in idem *e da imutabilidade, como garantia dos réus, das decisões penais condenatórias.*"[18]

Também Paulo Queiroz, ao confrontar a reincidência com o sistema constitucional, conclui que "*a reincidência não passa, como assinala Muñoz Conde, de uma pena tarifada, na medida em que ela atua como causa de agravamento da pena fundada em fato diverso, gerador de culpabilidade e de responsabilidade próprias, de modo que o* plus *de gravidade decorrente da reincidência equivale à pena sem culpabilidade, estranho ao fato e que importa dupla valoração da mesma causa, constituindo* bis in idem."[19]

E na esteira destes importantes autores das letras jurídicas nacionais, o entendimento de inúmeros pesquisadores de relevância acadêmica e importantes operadores jurídicos brasileiros.[20]

---

15. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Lumen Juris, p. 570.
16. FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988: breves anotações. *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8-9.
17. SUANNES, *A reincidência, autêntico "bis in idem"*, p. 7.
18. SUANNES, *Os fundamentos éticos do devido processo penal*, p. 240.
19. QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*, p. 343.
20. Exemplificativamente, em ordem alfabética, é possível referir, André Copetti: "sob o aspecto meramente jurídico, conduzem estas referências a situações delituosas anteriores a um plus de punição, atingindo frontalmente o princípio do ne bis in idem, fundamental no momento da aplicação da pena. Ao aumentar-se a pena do delito posterior pela existência da circunstância agravante da reincidência, em realidade se está punindo novamente a situação anterior já sentenciada" (COPETTI, *Direito penal e Estado Democrático*

A questão, portanto, sob o ponto de vista da intangibilidade da coisa julgada e da proibição do *bis in idem* parece, salvo melhor juízo, direcionada à resolução pela incompatibilidade da agravante da reincidência com a Ordem Constitucional de 1988.

Em síntese: "*reconhecer a reincidência significa alargar o raio de abrangência da decisão de condenação do processo, em que foi proferida, para o efeito de atingir a pena a ser fixada em outro processo, movido em virtude de novo fato criminoso praticado pelo mesmo condenado.*"[21]

VI. OUTRAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE APONTAM PARA A NÃO RECEPÇÃO DA AGRAVANTE

Não só o respeito à coisa julgada e a vedação do *bis in idem* maculam a referida agravante, também o princípio da *dignidade humana*, do qual é corolário o *princípio da culpabilidade pelo fato*, é ofendido quando se agrava a pena em função de condenação anterior. De um lado, porque a agravação implica punição *pelo que se é* e não *pelo que se fez*, traduzindo-se, pois, em ingerência no foro íntimo, na intangível esfera da personalidade protegida pelo postulado da dignidade humana (art. 1.°, III, da CF).

Por sua incongruência com o princípio da culpabilidade pelo fato é que, na Alemanha, o instituto foi derrogado em 1986, sob a pressão da crítica ao instituto, como anota Claus Roxin:

---

de Direito, p. 194); Cândido Furtado Maia Neto: "o instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um '*plus*' para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o *quantum* da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime" (MAIA NETO, *Direitos humanos do preso*, p. 147); Adauto Suannes, uma vez mais: "em caso onde não havia reincidência, mas o julgador tinha levado em conta os maus antecedentes do condenado para fixar a pena acima do mínimo, levantamos em recurso, a questão da inconstitucionalidade dessa considerações, na medida em que por força do devido processo legal, a cada crime deve corresponder um processo, no sentido de que não é possível, constitucionalmente, que um mesmo fato seja levado em conta em dois ou mais processos, como se dá com a valorização dos chamados maus antecedentes. É o *ne bis in idem*." (SUANNES, *A reincidência, autêntico "bis in idem"*, p. 7); Lenio Streck: "no nosso Código Penal, a reincidência, além de agravar a pena do (novo) delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais (...). Esse duplo gravame da reincidênca é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito" (...) (STRECK, *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*, p. 66).

21. FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988: breves anotações. *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

"Lo propio sucede en la agravación de la pena por reincidencia del § 48 v.a., que pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho; pues bien, tal precepto fue derogado, bajo la presión de la crítica contra el mismo, por la 23.ª StrÄG de 13-4-1986."[22]

Argumenta-se, ainda, que o encarceramento anterior, quando existente, *deveria ser considerado fator de redução da culpabilidade*, e não de aumento, dado o notório efeito criminógeno das instituições totais carcerárias.

Por isso, observa Mir Puig, "no obsta a que pueda reputarse 'constitucionalmente inconveniente' la agravación de pena por reincidir. Es, em efecto, rechazable que agrave la pena, en un Derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida, cuando, por otra parte, tal actitud suele ir acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) em quien ha pasado por la experiencia carcelaria".[23]

Foram tais ordens de considerações, observam Zaffaroni e Pierangeli, que "levaram o legislador colombiano, por exemplo, a eliminar a reincidência, e, muito embora no nosso país não se a tenha excluído, parece terem pesado considerações deste tipo para limitação do seu alcance, numa comparação com o Código de 1940. Algo similar passou-se na Argentina, com a reforma de 1984, que restringiu consideravelmente os seus efeitos."[24]

VII. Os fundamentos invocados para sustentar a constitucionalidade ou a recepção do agravamento da pena pela reincidência

O principal argumento invocado para reivindicar a aplicação da agravante da reincidência é a violação ao princípio da individualização da pena.

E é o argumento invocado no caso concreto, no qual se postula que, ao não ser aplicada a agravante, não seria possível adequar a pena ao autor do caso em concreto (*negativa à individualização*) e, subsidiariamente, diferenciar a sanção entre primários e reincidentes (*ofensa à igualdade*).

---

22. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 186.

23. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*:Parte Geral. Barcelona: [s.n], 1998. p. 653-4.

24. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 795-796.

No entanto, análise ponderada do sistema de aplicação de pena brasileiro permite perceber, claramente, a existência de complexo mecanismo de individualização da pena, no qual a reincidência aparece como uma das inúmeras variáveis. Ou seja, o raciocínio somente seria válido se a agravante fosse a única circunstância de incremento de pena, o que não é correto.

Conforme demonstrado, o art. 68 do CP estabelece método trifásico para quantificação da pena dividido em pena-base, pena provisória e pena definitiva. Na primeira fase (pena-base), o Magistrado, iniciando o procedimento de individualização imposto pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição, e em observância ao princípio da motivação (art. 93, IX da Constituição), valora 8 (oito) circunstâncias (circunstâncias judiciais) de ordem objetiva e subjetiva previstas no *caput* do art. 59 do CP: *culpabilidade*, *antecedentes*, *personalidade*, *motivos*, *conduta social*, *consequências*, *circunstâncias* e *comportamento da vítima*.

Definida a pena-base, o segundo momento é o de determinação da pena provisória, na qual serão valoradas as atenuantes e as agravantes. Dentre as agravantes, o Código prevê a agravante genérica e obrigatória da reincidência.

Neste aspecto, é interessante notar a importante diferenciação entre a natureza da reincidência em relação às demais agravantes. Leciona Alberto Silva Franco que, em geral, "as agravantes exprimem, de forma categórica (art. 61, II, do Código Penal), *condutas atuais justificadoras de maior punição*, ou seja, meios e modos de execução embaraçosos à defesa da vítima ou produtores de perigo comum, motivos mais reprováveis, finalidades censuráveis ou direcionamento da ação a parentes ou a pessoas fragilizadas. Já a *reincidência 'é fruto de uma conduta anterior'* '(...) que já foi objeto de consideração judicial e que somente depois de tal consideração se converte numa qualificação subjetiva do autor'."[25]

Após ponderar atenuantes e agravantes, a legislação penal determina sejam avaliadas as causas especiais de aumento e de diminuição da pena, dispostas nas Partes Geral e Especial do Código e nas leis especiais.

Ao final, em momento posterior à quantificação da pena, ainda no procedimento de individualização, cabe ao magistrado estabelecer o regime de pena (art. 59, III, do CP) e verificar a possibilidade de substituição da pena prisional por outras modalidades sancionadoras (penas restritivas de direito ou multa), nos termos do art. 59, IV do CP.

Equivocado, portanto, o argumento da individualização da pena, visto ser tal procedimento altamente complexo e repleto de variáveis que permitem o ajuste da pena ao fato criminoso praticado pelo condenado. Assim, excluída a agravante da

25. FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

reincidência por representar violação ao *ne bis in idem*, permanecem inúmeras circunstâncias que permitem individualizar a pena e diferenciar a sanção entre aquele que cometeu novo crime e aquele que pela primeira vez violou o ordenamento penal.

Neste ponto, novamente as palavras de Alberto Silva Franco: "a recaída em crime, depois de sentença condenatória transitada em julgado, poderá ser livremente avaliada pelo juiz caso a caso em procedimento de individualização da pena, a título de mera circunstância judicial facultativa (art. 59 do CP)."[26]

No entanto, outro argumento, ainda desde o ponto de vista do próprio princípio da individualização, torna mais evidente a inadequação de tal tipo de fundamentação.

É que *determinar aplicação universal e obrigatória de aumento de pena para os reincidentes ofende a lógica individualizadora*. Isto porque a individualização implica análise criteriosa do caso concreto, pressupondo que cada caso é distinto e cada autor é um universo em si mesmo. Assim, obrigar ao Juiz a que, em todos os casos de reincidência, estabeleça pena superior, ofende o conteúdo constitucional que emana do próprio princípio da individualização.

A propósito, foi exatamente este o argumento utilizado pelo Min. Cernicchiaro para, na época em que jurisdicionava no STJ, propor a relativização da agravante. Defendia que a circunstância do art. 61, I, do CP brasileiro não fosse interpretada de forma meramente objetiva e mecânica. Sustentava, naquele momento, que a adequação do instituto ao princípio constitucional da individualização judicial da pena implicaria a facultatividade de sua aplicação: "a reincidência, assim, não é imperativo de aumento, baseada em dados meramente objetivos. Afetaria até o princípio da individualização da pena. Não faz sentido a cominação ofertar grau mínimo e grau máximo, e a agravante não ensejar oportunidade de análise específica. A reincidência, assim, há de ser analisada pelo juiz; decidirá ser ou não, no caso em julgamento, causa de majoração da pena (...). As considerações invocadas são ajustáveis ao Código brasileiro, o texto, sem dúvida, impõe ponderar a condenação anterior. Afaste-se, todavia, a mera interpretação literal. A lei deve ser analisada segundo princípios, momento de um sistema. O juiz tem a nobre missão de fazer a tradução sistemática, atualizar, se necessário, a norma posta pelo legislador (...)".[27]

VIII. A POSIÇÃO DO STF E AS PERSPECTIVAS DE ALTERAÇÃO NO ENTENDIMENTO

Como se sabe, essa Suprema Corte vem, ao longo dos últimos dez anos, rejeitando a tese da não recepção da agravante da reincidência (tratada, por vezes, como questão de inconstitucionalidade), como no seguinte caso:

---

26. FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações, p. 16.

27. CERNICCHIARO, *Questões penais*, p. 221/2.

"*Habeas corpus*. Penal. Roubo consumado ou tentado. Controvérsia. Ausência de identidade de situação fática com precedente desta corte. Reincidência *bis in idem*. Não configuração. Fixação da pena abaixo do mínimo legal. Vedação.

1. O crime de roubo consuma-se com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posso da coisa subtraída, ainda que esta tenha sido retomada logo em seguida por perseguição imediata.

2. Invocação de precedente desta Corte, firmado no HC 88.259, em que foi reconhecido o crime de roubo tentado e não o delito de roubo consumado. Inocorrência de identidade de situação fática: no HC invocado o agente subtraiu um passe de ônibus utilizando-se de arma de brinquedo. Considerou-se a particularidade de ter sido ele todo o tempo monitorado por policiais que se encontravam no local do crime. No caso sob exame os bens subtraídos permaneceram com o paciente, ainda que por pouco tempo. As vítimas chamaram policiais que passavam pelo local, quando já ocorrido o roubo. A ação policial foi concomitante ao roubo, no primeiro caso; posterior, no segundo.

3. O reconhecimento de reincidência não configura bis in idem. O recrudescimento da pena imposta resulta da opção do paciente em continuar delinquindo. Precedentes.

4. A pena cominada para o tipo penal não pode ficar aquém do mínimo legal.

5. Ordem denegada" (STF, HC 92203, 2.ª T., Min. Eros Grau, *DJe* 20.05.2008).

No entanto, a admissão da Repercussão Geral no presente Recurso Extraordinário parecer indicar, no mínimo, a possibilidade de reflexão mais aprofundada e possível revisão do entendimento.

Já há, inclusive, manifestação nesse sentido da eminente Min. Carmen Lúcia no **HC 93.969**, *verbis*: "*não desconheço a crítica acirrada de parte da doutrina, que inspirada por alguns dos princípios orientadores do Direito Penal, notadamente pelo repúdio do denominado direito penal do autor, defende ser inadmissível o agravamento obrigatório da pena em razão da reincidência. A tese de ineludível fascínio, jamais obteve, contudo, o beneplácito da jurisprudência deste Supremo Tribunal, que sempre reputou válida a fixação daquela agravante, reconhecendo, inclusive, que, ao contrário do que decido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se justificaria o 'recrudescimento da pena imposta ao paciente' em razão da reincidência, pois isto resultaria de sua 'opção por continuar a delinquir' (...) Assim, rendo-me, por ora, à jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal.*" (STF, HC 93.969, 1.ª T., Min. Cármen Lúcia, *DJe* 22.04.2008).

Estes, pois, os suprimentos que o IBCCRIM oferece à Corte, na qualidade de *amicus curiae*.

De São Paulo, 11 de agosto de 2010, para Brasília.

MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES

OAB/SP 155.546

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO
OAB/SP 200.793
DIOGO RUDGE MALAN
OAB/RJ 98.788
HELOISA ESTELLITA
OAB/SP 125.447
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI
OAB/SP 163.657
SALO DE CARVALHO
OAB/RS 34.749
THIAGO BOTTINO DO AMARAL
OAB/RJ 102.312

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Proibição de submissão a novo julgamento - Regra do *ne bis in idem* - O sistema interamericano de direitos humanos e o direito comparado, de Priscila Akemi Beltrame - *RBCCrim* 80/407, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/1311 (DTR\2009\517);
- Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno, de Gabriel Vieira Berla - *RBCCrim* 82/295, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/387 (DTR\2010\14); e
- Teses da reincidência criminal, de Leonardo Isaac Yarochewsky, *RCP* 1/295 (DTR\2011\2215).