63417

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 103 • jul.-ago. / 2013

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 103 • jul.-ago. / 2013
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 – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Ana Messuti, André Augusto Mendes Machado, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, Bruno Shimizu, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Danyelle da Silva Galvão, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, 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, Giovani Agostini Saavedra, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Helena Regina Lobo da Costa, João Daniel Rassi, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Juliana Garcia Belloque, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcelo Almeida Ruivo, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Lopes, Marina Pinhão Coelho Araújo, Marta Machado, Marta Saad, Pedro Vieira Abramovay, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, 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, 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 21 • vol. 103 • jul-ago. / 2013

Coordenação
HELOISA ESTELLITA

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões.

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 21 • vol. 103 • jul.-ago. / 2013

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 respansável
GISELLE TAPAI

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)

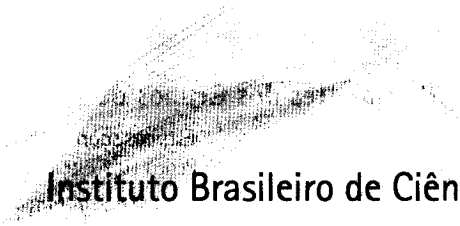
Tel. 0800-702-2433

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: [07-2013]
Profissional
Fechamento desta edição: [18.07.2013]



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
Assessor da Presidência
Rafael Lira

Conselho Consultivo

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

Ouvidor

Paulo Sérgio de Oliveira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
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
Ana Carolina Carlos de Oliveira

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

Tribuna Virtual IBCCrim
Bruno Salles Pereira Ribeiro

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

Justiça e Segurança
Alessandra Teixeira

Política Nacional de Drogas
Sérgio Salomão Shecaira

Sistema Prisional
Fernanda Emy Matsuda

Presidentes das Comissões Organizadoras

17.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais - IBCCrim
Fernanda Regina Vilares

19.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Ana Lúcia Menezes Vieira

Secretário-geral
Rafael Lira

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 21 • vol. 103 • jul.-ago. / 2013

Diretora Responsável
Giselle Tapai

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
Juliana Mayumi Ono

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

Equipe de Produção Editorial

Coordenação Editorial
Juliana De Cicco Bianco

Analistas Documentais: Emine Kizahy Barakat, Luara Coentro dos Santos, Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Roberta Grigoletto Corrêa de Araújo, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Coordenação Editorial
Luiz Carlos de Souza Auricchio

Analistas Documentais: Caroline Neves da Silva, Diego Garcia Mendonça, Fernando Cavazani Damico, Juliana Cornacini Ferreira, Juliana Teles Pontes e Patrícia Melhado Navarra

Assistente Editorial: Maurício Zednik Cassim

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Coordenação Administrativa
Renata Costa Palma e Rosangela Maria dos Santos

Assistente: Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Coordenação
Roseli Campos de Carvalho

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu e Vera Lúcia Cirino

Produção Gráfica

Coordenação
Caio Henrique Andrade

Auxiliar: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

TEORIA GERAL

1. Os princípios penais no *network* multinível: transplante, palingênese, *cross-fertilization*
   VITTORIO MANES
   Traduzido por ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO 13

DIREITO PENAL INTERNACIONAL

1. La "contribución en el crimen cometido por un grupo" como forma de atribución responsabilidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional
   ALEJANDRO KISS 59

2. A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidas durante as ditaduras dos países do Cone-Sul
   KATHIA MARTIN-CHENUT
   Traduzido por PRISCILA AKEMI BELTRAME E PEDRO AUGUSTO SIMÕES DA CONCEIÇÃO 97

DIREITO PENAL ECONÔMICO

1. A crise financeira de 2008: cinco anos depois
   ALBERTO SILVA FRANCO 131

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

1. O ato infracional e as medidas de proteção – Entre garantia e restrição de direitos – Uma reflexão sobre o fundamento da lei em psicanálise
   ADRIANA SIMÕES MARINO 161

PROCESSO PENAL

1. Subjetividade e processo penal: assumindo a complexidade ínsita à decisão
   THIAGO ALESSANDRO FATTORI 191

CRIME E SOCIEDADE

1. Criminalização dos movimentos sociais: a experiência do movimento estudantil chileno sob a ótica dos escritos do jovem Marx
AMANDA BESSONI BOUDOUX SALGADO E MARIA EDUARDA RODRIGUES 249

2. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal
JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LIRA 289

3. Quando o poder da palavra constrói a palavra do poder
MAÍRA CARDDSO ZAPATER 323

4. Sobre o fio da navalha: a Justiça Criminal entre a eficiência e os direitos fundamentais
ROSIVALDO TOSCANO DOS SANTDS JÚNIOR 353

SISTEMA PRISIONAL

1. Are alternative sanctions an effective *civil remedy* to overcrowding prison population in Brazil?
MARCELO BERDET 383

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1. La pugna entre el orden internacional y el nacional en relación a los derechos humanos. Comentario a la Sentencia 20 de 22.02.2013 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay
PABLO GALAIN PALERMO 411

RESENHAS

1. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal – A atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, de Alaor Leite
Resenha por BRUNO MOURA 423

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 433

TEMAS 435

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 441

63418

1 OS PRINCÍPIOS PENAIS NO *NETWORK* MULTINÍVEL: TRANSPLANTE, PALINGÊNESE, *CROSS-FERTILIZATION*

Principles of criminal law in the multilevel network: transplantation, palingenesis, cross-fertilization

VITTORIO MANES

Professor Associado de Direito Penal da Universidade do Salento (Lecce – Italia). Colaborador do Escritório de Estudos da Corte Constitucional italiana.

Traduzido por

ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.

MARIANA TUMBIOLO TOSI

Mestranda em Direito Penal na Faculdade de Direito da USP. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O atual panorama de interações entre diferentes fontes do direito em âmbito nacional e supranacional tem gerado perplexidade e tornado mais complexa a atividade interpretativa, notadamente no campo da tutela de direitos fundamentais, em que princípios e garantias penais assumem particular relevo. Frequentes são as situações de sobreposições normativas, real-

ABSTRACT: The present interactions among different sources of Law at the national and supranational level has generated perplexity and become more complex the interpretation activity, especially in the field of the protection of fundamental rights, in which penal principles and guarantees are of particular importance. In this regard, there has been frequent situations of

çadas ainda, nas Cortes europeias, pelo diálogo entre as culturas de *civil law* e *common law*, com reflexo direto no âmbito de incidência de princípios e garantias, e ocasionando fenômenos como derrogações, mutações, expansões verticais e horizontais, e mesmo variações entre o âmbito de incidência de princípios em sede supranacional e aquele em sede doméstica, com grandes reflexos na funcionalidade do sistema. Nesse mister, podem ocorrer cooperações ou conflitos entre normas principiológicas emanadas de diferentes fontes, e ainda fenômenos como a palingênese, quando se passa a aplicar determinado princípio em um novo terreno institucional, ou a fecundação cruzada, resultante de interações recíprocas entre o conteúdo de um mesmo princípio em âmbito interno e internacional. Necessário, de todo modo, que se adote a proteção internacional como um *standard* mínimo – e não um teto – de tutela de princípios e garantias fundamentais, e que o jurista contemporâneo, imerso nesse complicado cenário, compreenda sua condição de *bricoleur* da interpretação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios penais – Garantias penais – Expansão das fontes – Circuito multinível – Internormatividade – Âmbito de proteção.

overlapping regulations, sometimes highlighted by the dialogue between the civil law and common law cultures in the European Courts, reflecting directly in the principle and guarantees bounds, and giving raise to phenomena like legal derogations, mutations, vertical and horizontal expansions and even variations in the contents of principles both in national and supranational levels – affecting the legal system's functionality. Likewise, there may occur cooperation or conflicts between principles deriving from different sources, and yet phenomena such as palingenesis, when a certain principle comes to be used in another institutional ground, or cross-fertilization, which results from reciprocal interactions between the content of a principle in the national and supranational spheres. In any case, international protection must be taken as a minimum standard – not a ceiling – of protection of fundamental principles and guarantees, and the contemporary jurist must be one who, being inside this difficult scenario, understands his condition of a bricoleur of legal interpretation.

KEYWORDS: Principles of Criminal Law – Penal guarantees – Spreading of sources – Multilevel circuit – Internormativity – Extent of protection.

SUMÁRIO: 1. Movimentos telúricos: 1.1 As fronteiras das garantias penais em âmbito doméstico; 1.2 A tendência do circuito multinível: expansão vertical e horizontal das garantias – 2. Dinâmicas multinível: 2.1 Transplante jurídico: a epifania da jurisprudência como "fonte"; 2.2 Palingênese: 2.2.1 O princípio de retroatividade da *lex mitior*; 2.2.2 O princípio da proporcionalidade; 2.2.3 O princípio do *ne bis in idem*; 2.3 *Cross-fertilization* – 3. As insídias do laboratório multinível: desanalogias, *cherry-picking*, falsos silogismos – 4. "Máximo nível de proteção" *vs.* lógica N.I.M.B.Y – 5. Duplo cenário e *chilling effect* – 6. O jurista *bricoleur*.

1. MOVIMENTOS TELÚRICOS

O terreno dos princípios constitucionais em matéria penal é atravessado por movimentos telúricos, e seus contornos, frutos de uma tessitura secular, são sempre mais desgastados e modificados por contínuas tensões provenientes do universo jurídico supranacional e por dinâmicas circulares que o interligam aos sistemas domésticos.

Com efeito, essas tensões já há tempos têm contaminado o tecido constitucional,[1] conseguintemente à progressiva expansão dos pactos internacionais na esfera dos *Grundrechte* – até o "triunfo global" do "right-based discourse"[2] – e às correspondentes mudanças de perspectiva, fazendo-se emergir situações jurídicas subjetivas para os indivíduos;[3] exsurge daí a pretensão de incidência também sobre as garantias fundamentais em matéria penal – outrora medidas da aceitação da potestade punitiva doméstica, e ora lançadas ao centro do *network* multinível[4] e do "europeísmo judiciário".[5]

1.1 As fronteiras das garantias penais em âmbito doméstico

A conformação dos princípios penais jamais se manteve regular, mesmo em sua dimensão "doméstica": como tem sido observado, o quadro emergen-

1. Texto referente à apresentação realizada pelo autor no seminário internacional de estudos sobre "Direito constitucional transnacional", organizado pelo Prof. L. Mezzetti, na Universidade de Bologna, aos 06.03.2012.
   No contexto de uma literatura jamais acabada, ver, recentemente, as diversas contribuições reunidas na preciosa antologia de M. Rosenfeld; A. Sajo (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*. Oxford University Press, 2012.
2. Cfr., a respeito, W.-C. Chang; J.-R. Rong. Internationalization of Constitutional law. In: M. Rosenfeld; A. Sajo (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative constitutional Law*. Oxford University Press, 2012. p. 1166, 1171 ss.; acerca da imponente ascensão dos direitos fundamentais – uma *língua franca* entre jurisdições, alimentada pela fragmentação interna e pela agregação externa dos ordenamentos –, sugestivos apontamentos também em M. Lasser. *Judicial Transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*. Oxford University Press, 2009; uma instrutiva síntese é oferecida em trabalho recente de A. Cardone. Diritti fondamentali (tutela multilivello dei). *Enc. dir.* Milano, 2010. IV, p. 335 ss.
3. A referência principal, sob esse ponto de vista, é obviamente ao sistema do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e ao instituto do recurso individual à Corte de Estrasburgo, porquanto com isso o direito internacional parece haver atingido maturidade plena, transformando-se de sistema de acordo entre Estados soberanos (e portanto de *ius inter potestates*) a um instrumento capaz de impor obrigações sempre mais penetrantes aos mesmos Estados (*ius super potestates*), e até mesmo de conferir uma autônoma "subjetividade de direito internacional" aos indivíduos, consentindo-lhes fazer valer diretamente os direitos de que são titulares em face do Estado inadimplente (ver, a respeito, a elevada reflexão de A. Cassese. *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*. Napoli, Esi, 2009).
4. Ver E. Andolina. Nuovi scenari nella tutela penale dei diritti fondamentali in Europa. *DPP*, 2012. p. 764 ss.
5. M. Donini. *Europeismo giudiziario e scienza penale*. Milano, 2012. esp. p. 43 ss.

te esboçado pela jurisprudência constitucional deixa entrever – além de uma "Constituição invisível" não menos importante do que aquela "escrita" – paradigmas diferenciados e heteróclitos, uma "sindicabilidade" mutável, e diversidades também nas funções normativas e nos destinatários.[6]

Demais de princípios *expressos*[7] e princípios apenas *implicitamente* extraídos de uma leitura evolutiva ou de uma articulação sistemática dos primeiros,[8] há os *princípios gerais* do sistema – ou "grandes princípios constitucionais de caráter geral",[9] aos quais se atribui até mesmo um nível "supraconstitucional" – que todavia encontram, em matéria penal, pontuais e peculiares declinações;[10] mas há também *subprincípios* setoriais, ou ainda verdadeiras e próprias *regras* constitucionais, de tempos em tempos reconhecidas como "paradigmáticas" no específico subsistema de referência.[11]

---

6. A respeito, ver, recentemente, D. Pulitanò. Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali. *Criminalia*. 2011. p. 11 ss.

7. São eles, em particular, o princípio da legalidade, em seus corolários fundamentais da reserva legal e da irretroatividade, previstos no art. 25, § 2.°, da Constituição italiana; o princípio da responsabilidade penal pessoal, estatuído no art. 27, § 1.°, da mesma Constituição; a proibição de penas consistentes em tratamento desumano e o princípio da finalidade reeducativa da pena, indicados no art. 27, § 3.°, da Constituição.

8. Provêm de leituras evolutivas ou sistemáticas, em particular, princípios como os da taxatividade/determinação, da retroatividade da lei penal mais benigna, e, sobretudo, os princípios da culpabilidade, da ofensividade (e materialidade), da razoabilidade/proporcionalidade, da subsidiariedade ou *extrema ratio*, da ressocialização (e não de mera "reeducação"), gradualmente germinados e sobretudo cultivados, nos últimos decênios, à luz da uma nova abordagem constitucional, traduzida em uma mais destacada interpretação a partir de valores e seu sopesamento, e para uma atenção metodológica (ainda que timidamente) aberta a considerações de racionalidade sobre valores e escopos, e orientada, sempre mais intensamente, às consequências (acerca da evolução do estilo argumentativo da abordagem constitucionalista, bem como dos êxitos que a leitura evolutiva maturada pela "Constituição penal" ao longo do tempo, ver, em particular, M. Donini. Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana. In: Id. *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*. Padova, 2003. p. 37 ss., 43 ss., 47 ss.).

9. G. Vassalli. *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*. Napoli, 2006. XII; a seu turno, referindo-se a "princípio estrutural do ordenamento", em relação à igualdade, ver D. Pulitanò. Op. cit., p. 14.

10. Nesse sentido, conforme o entendimento predominante, os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

11. Apenas para recordar um exemplo recente, no âmbito processual – e nomeadamente no campo das incompatibilidades – pode-se pensar no "princípio em face do qual

Além disso, os diversos princípios observaram, com intensidade diversa e gradual, um progressivo refinamento e enriquecimento do próprio conteúdo de garantia, vez por outra encontrando afirmações mais ou menos explícitas e peremptórias nas sentenças da Corte Constitucional; de fato, embora aquietando-se a *querelle* sobre a natureza *pragmática* ou *preceptiva* de algumas normas constitucionais,[12] tais princípios foram afirmados, em concreto, como "normas limitadoras", e viram reconhecida a sua própria "sindicabilidade" em decisões acolhedoras, maturando – segundo uma já difundida terminologia[13] – uma efi-

---

o juiz que se haja pronunciado em uma fase processual diversa sobre a liberdade pessoal do imputado, formulando uma apreciação prognóstica (positiva ou negativa) acerca de sua responsabilidade (ainda que sobre base indiciária e em estado prematuro de cognição dos fatos) torna-se incompatível para o exercício da função de julgar o mérito da acusação"; princípio (ou talvez *regra* constitucional) que – segundo a Sentença 153/2012 – pode "considerar-se já percebido como paradigma 'de sistema' no ordenamento processual penal vigente (...)".

12. *Querelle* de interesse também – naquilo de que aqui se cuida – para um princípio de extremo relevo em matéria penal, a saber, o do art. 13 da Constituição [*N. do T.: referente à inviolabilidade da liberdade pessoal*], malgrado rapidamente silenciada pela Corte Constitucional, que desde logo considerou infundada a tese da natureza programática (ou da não imediata atuação) da norma em questão; mais além, para resistir às primeiras alegações de inconstitucionalidade opostas – especialmente pela Procuradoria-Geral do Estado –, deslocou-se o *focus* do problema sobre a reconstrução interpretativa dos limites (constitucionalmente previstos e) admissíveis em relação a tal garantia: ver, por exemplo, a Sentença 2/1956, ou mesmo – e ainda mais claramente – a n. 11 do mesmo ano, em que a Corte estabeleceu que aquela norma "ao menos no ponto em que subtrai da autoridade administrativa a competência de moderar nos campos ali indicados, exprime um preceito que, na vontade que contém, encontra-se completo, concreto, categórico", com a consequência de que "esse preceito, em razão de sua natureza constitucional, e portanto de sua superior força formal, desdobra sua eficácia natural em sentido invalidante, determinando a ilegitimidade das disposições que com ele contrastem".

13. A distinção – já "clássica" – entre princípios informativos ou de encaminhamento (político-criminal), e princípios dotados de capacidade demonstrativa, "os quais emergem à categoria de normas constitucionais cogentes quando da construção de todas as leis ordinárias, e são suscetíveis de serem aplicados autonomamente (sem o auxílio de outros princípios) pela Corte Constitucional de forma a obstar a incidência de disposições que se lhes contrastem", inaugurada por G. Vassalli. *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*. *RIDPP*, p. 699 ss., 704 ss., 1991, foi cultivada sobretudo por M. Donini. Teoria del reato. *Digesto/pen*. XIV, 1999, § 6.°; Id. Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana. In: Id. *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme pena-*

cácia autenticamente *demonstrativa*;[14] outros mantiveram uma validade sobretudo *argumentativa*, ou de simples *encaminhamento* político, e, como "critérios informadores de política criminal", a sua violação foi reconhecida pela Corte como censurável, substancialmente, apenas no limite do (mais geral) critério de racionalidade.[15]

Não obstante, para alguns princípios tem sido reconhecido um estatuto de *inderrogabilidade*,[16] negando-se que possam ser expostos a balanceamentos com eventuais interesses contrapostos, mesmo que de relevo constitucional;[17] outros, ao revés, mantêm-se compatíveis com derrogações "razoáveis",[18] em-

---

li in Italia. Padova, 2003. p. 46 s.; e ainda, mais recentemente, Id. *Il volto attuale dell'illecito penale*. Milano, 2004. p. 63 ss.

14. Assim, a título de exemplo, o princípio da taxatividade, à luz do qual foi declarada a ilegitimidade do delito de plágio previsto no art. 603 do CP na Sentença 96/1981; assim ainda o princípio da culpabilidade, que conduziu à declaração de ilegitimidade parcial do art. 5.º do CP na célebre Sentença 364/1988 (para uma recente revisitação, ver ainda M. Donini. Serendipità e disillusioni della giurisprdenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. Cost. n. 364/1988 sull'*ignorantia legis*. In: [ius17@unibo.it]. 2011. p. 259 ss.

15. É o caso do princípio da subsidiariedade, e – ao menos segundo a *communis opinio* – também do princípio da ofensividade (a respeito, é emblemática a Sentença 409/1989 da Corte Constitucional); sem embargo das orientações mais recentes que parecem conferir a este último uma capacidade demonstrativa autônoma – por exemplo – acerca das tipologias incriminadoras e "agravantes" construídas sobre presunções de periculosidade irracionalmente fundadas (tão só) sobre condições ou qualidades subjetivas (nesse mister, muito significativas, da Corte Constitucional, a Sentença 354/2002 – que declarou a ilegitimidade da contravenção prevista no art. 688, § 2.º, do Código Penal Italiano – e a Sentença 249/2010, que declarou inconstitucional a assim chamada agravante da clandestinidade prevista no art. 61, 11, do Código Penal): a respeito, ver, por exemplo, V. Manes. Principi di ragionevolezza e offensività. *Libro dell'anno 2011*. Treccani, Roma, 2012. p. 160 ss.

16. Sobre o estatuto *relativo* (e não *absoluto*) de tais princípios (e *direitos*) constitucionais, sobre a margem de derrogabilidade em razão da *proporcionalidade* da limitação (que, por sua vez, comporta limites, e que de qualquer modo não pode comprometer o núcleo essencial/*core* do princípio mesmo), e sobre o precípuo ônus da prova acerca da admissibilidade da derrogação, ver, recentemente, A. Barack. Proportionality (2). In: M. Rosenfeld; A. Sajo (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*. Oxford University Press, 2012. p. 738 ss., 739 s.

17. Assim, por exemplo, as Sentenças 393 e 394 de 2006, e também a Sentença 236/2011 com referência ao princípio da irretroatividade; ainda, em relação ao princípio da culpabilidade, a Sentença 322/2007.

18. Derrogações admitidas – e frequentes –, por exemplo, em relação ao princípio da ofensividade, concernentes a presunções de perigo não manifestamente irracionais

bora em certos casos se entenda necessário que as derrogações superem uma "avaliação *positiva* de razoabilidade, não sendo suficiente uma mera avaliação *negativa*, de "não manifesta irrazoabilidade".[19]

Finalmente, os diversos princípios gradualmente reconhecidos pela Corte em matéria penal foram por ela apreciados ao menos em uma dúplice direção, tendo como destinatário tanto o legislador quanto o juiz; portanto, operando-se seja como cânones de correta política legislativa em matéria penal e – consequentemente – parâmetros de verificação da legitimidade constitucional (malgrado nos termos e com os limites assinalados), seja como critérios hermenêuticos destinados a guiar a correta exegese do juiz ordinário, em sede de interpretação corretiva.[20]

---

ou arbitrárias, ou seja, respeitosas do *id quod plerumque accidit*: Sentenças 333/1991; 133/1992; 360/1995; e aceitas, ademais, no confronto ao princípio da finalidade reeducativa, em face de outras finalidades que – no caso concreto – o legislador haja feito prevalecer, precisamente "nos limites da razoabilidade": Sentenças 306/1993; 183/2001; 257/2006.

19. Assim, em particular, no caso das derrogações admissíveis em relação ao princípio da retroatividade da *lex mitior*: ainda, Sentenças 393/2006; 72/2008; 236/2011, introduzindo, com efeito, um escrutínio positivo que foi considerado uma "novidade bastante evidente" (D. Pulitanò. Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali. *RIDPP*. 2008. p. 1004 ss., 1035), e que deveria processar-se segundo diversas fases, impondo-se identificar, antes de tudo, as razões estabelecidas pelo legislador na base da norma impugnada, e depois verificar, por um lado, a relevância constitucional das ditas razões, e, por outro, a congruência da norma impugnada com elas.

20. O valor hermenêutico precípuo foi expressamente clarificado, segundo uma orientação consolidada da Corte, pelo princípio da ofensividade (a respeito, emblemática a Sentença 225/2008, em tema de *reati di sospetto* [N. do T.: *a expressão* reato di sospetto *não comporta tradução direta para o português, embora literalmente se possa chegar a algo como* "crime a partir de suspeição"*; reconduz a hipóteses nas quais as circunstâncias em que alguém se encontra fariam presumir-lhe certo grau de periculosidade ou prática delitiva – como a posse de valores ou documentos não justificados, ou de chave micha etc.; por seu distanciamento da tutela de bens jurídicos – e logo pela inobservância ao princípio da ofensividade –, a constitucionalidade dessas hipóteses de incriminação foi desafiada*]) e, mais recentemente, pelo princípio da culpabilidade (Sentença 322/2007, em matéria de *error aetatis*: destaca-o também D. Pulitanò. Orizzonti attuali... cit., p. 14, assinalando como a indicação interpretativa geral da dita sentença foi prontamente contemplada pelas Seções Unidas da Cassação, aos 22.01.2009, em *Cass. pen.*, 2009, p. 4564, relativamente ao art. 586 do CP, concluindo-se com destaque, na mesma linha, que "a imputação subjetiva é a culpa, e interpretações de normas vigentes em termos de responsabilidade objetiva não podem mais ter espaço"); também em

1.2 A tendência do circuito multinível: expansão vertical e horizontal das garantias

Esses desdobramentos tem sido observados, bem como tendencialmente consolidadas as categorizações correspondentes.

Em um quadro já repleno, adverte-se como as tensões provenientes do direito supranacional – e do círculo hermenêutico entre Cartas e Cortes – representam uma concausa que não apenas amplificou o coeficiente de irregularidade do sistema, mas também lhe acelerou o dinamismo.

Nesta perspectiva, a contaminação transnacional das garantias penais – não diferentemente dos direitos fundamentais – parece seguir lógicas circulares, em que a solene afirmação das diversas Cartas de direitos – frequentemente "duplicando" as previsões constitucionais domésticas, mas não aceitando ser reduzidas a mero *restatement of law* – vê-se de tempos em tempos "testada" *in vivo* pela experiência dos casos concretos; de resto, a natureza eminentemente "casuística", especialmente da jurisprudência do TEDH,[21] alimenta uma função "prismática" capaz de irradiar e vascularizar o conteúdo valorativo das diversas garantias em uma miríade de modalidades delitivas que consentem de iluminar seus aspectos mais intersticiais, aspectos talvez ofuscados na aplicação doméstica dos princípios correspondentes.

Misturam-se, pois, sequências "top-down" a tensões "bottom-up", em uma linha de enriquecimento progressivo. A partir deste último ponto de vista – e para além de tais curvaturas "vitimocêntricas" percebidas (sobretudo) nas orientações do TEDH que parecem inverter a congênita perspectiva "reocêntrica" do direito penal[22] – de fato, afigura-se difícil negar que o circuito multinível

---

relação ao princípio da proporcionalidade, por exemplo, ao se afirmar que em caso de previsão, em uma mesma norma, de modalidades delitivas conotadas de diverso desvalor, cabe "ao juiz fazer emergir a diferença entre as várias condutas mediante a graduação da pena entre o mínimo e o máximo prescrito" (ordenança 224/2011).

21. Cfr. com referência à jurisprudência do TEDH, V. Zagrebelsky. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale. In: V. Manes; V. Zagrebelsky (org.). *AA.VV. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*. Milano, 2011. p. 69 ss.

22. A respeito, enfaticamente, V. Valentini. *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia europea*. In: [ius17@unibo.it]. 2011. p. 97 ss.; *amplius*, Id. *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*. Milano, 2012. *passim*; apontamentos críticos também em M. Donini. *Europeismo giudiziario*... cit., p. 44 ss.

haja estimulado e persista a reclamar um fortalecimento global das garantias penais tradicionais,[23] tanto em direção vertical quanto em direção horizontal.

Em um primeiro aspecto, e a despeito de inexplicáveis intermitências e lacunas,[24] tal circuito parece, antes de tudo, selecionar – em não poucos casos – o *nível máximo de tutela* (i.e., o *maximum standard*), ainda mais do que a "orientação prevalente" ou o *better law*:[25] uma maximização das garantias, portanto, que como uma "profecia autorrealizada" acaba por forjar (mais do que receber) a categoria das "tradições constitucionais comuns", ainda que devendo confrontar-se com os diversos níveis de proteção de tempos em tempos reconhecidos nos contextos nacionais (*infra*, § 3.º).

Em outro aspecto, a expansão concerne ao mesmo âmbito de aplicação das garantias, abrindo-se para uma reversão gestáltica não somente da tradi-

23. O discurso é obviamente extensivo, mais genericamente, aos direitos fundamentais (sobre algumas razões de tão intensa tutela, em sede supranacional, ver, em particular, A. Ruggeri. Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita. *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 4, p. 869 ss., 872, 2010), e o contributo da Corte é, de resto, reconhecido também por quem não hesita em submeter a uma penetrante crítica algumas orientações da jurisprudência de Estrasburgo, considerando-as pouco atentas às aspirações das vítimas (cfr., por exemplo, S. C. Gorver. *The European Court of Human Rights as a pathway to impunity for international crimes*. Springer, 2010. p. X; ao revés, decididamente mais cético, V. Valentini. *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*. Milano, 2012. p. 76, reconhecendo à Corte méritos no fortalecimento dos direitos humanos somente em face de "casos fáceis", e não nas hipóteses de "extraordinária administração penal, de criminosos ideologicamente motivados, de potencial vitimização difusa e em larga escala").

24. Basta pensar na ausente previsão, na Carta de Nice, do princípio da culpabilidade, não obstante seja ele claramente pertencente às "tradições constitucionais comuns" dos Estados membros (e não obstante suas fundamentais aparições na jurisprudência da Corte de Estrasburgo: a referência é a Sentença TEDH de 20.01.2009, *Sud Fondi c. Italia*, sobre a qual se veja F. Mazzacuva. Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di punta Perotti. *DPP*. 2009, p. 1540 ss.): sobre tal "grave lacuna", recentemente, A. M. Maugeri. Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie. In: G. Grasso; L. Picotti; R. Sicurella (org.). *AA.VV. L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*. Milano, 2011. p. 67 ss., 120 ss., com reenvio, para richiami ulteriores, também às decisões da Corte de Justiça.

25. A respeito de tais conceitos, sob o ângulos de uma rica análise dedicada ao princípio da legalidade, cfr., por todos, A. Bernardi. All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale. *Quad. cost.*, n. 1, p. 37 ss, 2009.

cional impostação codicista italiana, mas da abordagem mesma da legalidade penal.[26]

A lógica da "harmonização mediante problemas concretos" e a abordagem substancial que domina o *case-law* das Cortes europeias se serve, efetivamente, de "noções autônomas", autênticas "fórmulas totipotentes" provenientes da fusão de horizontes entre *common law* e *civil law* (como a noção de "lei" extraída do TEDH, estendida a compreender o direito de produção jurisprudencial), ou ainda da tentativa de superar as singulares tradições dogmáticas (e sistemáticas) dos países membros, sacrificando-os a denominadores comuns superiormente funcionais a lógicas de garantia: basta pensar-se na noção de "matiére pénale" que a Corte de Estrasburgo utiliza para delimitar o campo de aplicação do art. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (*nulla poena sine lege*), noção que – evitando categorizações *a priori* e medindo-se, "au-delà des apparences", sobre o caso concreto[27] – logrou pacificar as mais consolidadas dicotomias (pena/medida de segurança; ilícito penal/ilícito administrativo; aspectos substanciais/executórios/processuais etc.) em uma impensável *concordia discors*.

Contudo, isso não significa, a nosso aviso, que na "doutrina das Cortes" – em sua força aliciante e irreprimível – deva-se entrever necessariamente um "declínio da dogmática",[28] mas sim, em não poucos casos, uma sua renovação e a ulterior funcionalização desta a serviço dos princípios (em tutela do acusado, mas também da vítima); ou ainda, a afirmação de uma nova teleologia – e de um diverso *Zweckgedanke* – acompanhada da recuperação em sede supranacional de uma ulterior *seletividade* e de um diverso modo de responder às

26. Ressalta-o, outrossim, D. Pulitanò. *Orizzonti attuali*... cit., p. 27.

27. Ver Sentença TEDH de 10.07.2012, *Del Rio Prada c. Spagna*, em que se declara – *inter alia* – a violação do art. 7.º da Convenção em relação a um (*overruling* desfavorável e imprevisível tendo como objeto o) mecanismo de cômputo das reduções de pena relacionadas a benefícios penitenciários – e portanto um aspecto incidente sobre a *execução* da pena – afirmando que esse campo, embora não integrando "a priori" o conceito de pena e sendo "en tant que tel" extravagante ao campo de aplicação do art. 7.º, *in concreto* se lhe deve fazer integrar, adquirindo-se um "impacto decisivo na quantidade da 'pena' infligida à recorrente, determinando na prática o acréscimo de quase nova anos de pena a descontar".

28. Ainda que a "dogmática clássica" esteja atravessando, induvidosamente, uma fase de crise, conquanto positiva, porquanto de "sinônimo da ciência jurídico-penal" passa a ser vista, ora, somente como "uma linguagem, um componente do discurso científico (...)", muito mais complexo e articulado, multifatorial: cfr., ainda, M. Donini. *Europeismo giudiziario*... cit., p. 40 ss.

indagações da instituição punitiva, com êxitos que – indiferentes até mesmo às opções *de lege lata* – aspiram a fornecer o contributo nuclear às variadas sistematizações que nos contextos domésticos se fazem – e se farão – da "teoria do delito".[29]

De resto, como já foi ressaltado, ao passo que as dogmáticas se "dividem" – porquanto frequentemente confiadas aos pontos de vista autárquicos das ciências nacionais, mesmo que diluídos por maiores ou menores influxos da comparação – dotam-se os princípios de uma maior validade unificante, acabando por plasmar, deveras, o léxico mesmo das categorias, e assim se fazendo fulcro da (maior ou menor) harmonização daquelas.[30]

2. DINÂMICAS MULTINÍVEL

Na busca de investigar e delinear alguns percursos da "contaminação constitucional" *vertical* originada pelas dinâmicas multinível – e conscientes da arbitrariedade de qualquer metáfora utilizada para investigar as *cross-constitutional-interactions*[31] – no cenário penal, os principais *patterns* até aqui abordados, e os êxitos que parecem revelar, podem ser identificados no *transplante jurídico* de um princípio estranho (não sem possíveis resultados de rejeição, ainda que parcial), ou na modificação de um princípio já presente, que pode entreabrir-se a uma verdadeira regeneração estrutural (*palingênese*), ou ainda à sua simples *hibridização*, de qualquer modo descerrando novas perspectivas de tutela à luz das tensões supranacionais.

---

29. Alguns aspectos dessa evolução já haviam sido antecipados por M. Donini. Selettività e paradigmi della teoria del reato. *RIDPP*. 1997. p. 338 ss., 348 e ss.; Id. Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica. In: Id. *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*. Padova, 2003. p. 3 ss., 27 ss. A influência da "doutrina" do TEDH se percebe clara, por exemplo, em um recente e autorizado esforço de revisitação do princípio da reserva legal, em que se chega a hipotetizar-lhe uma "graduação garantista" à luz da natureza – mais ou menos aflitiva – da sanção em questão: cfr. G. Fiandaca. Crisi della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale. *Criminalia*. 2011. p. 79 ss., 90 s.

30. A respeito ver, ainda, as reflexões de M. Donini. Prospettive europee del principio di offensività. In: A. Cadoppi (org.). *Offensività e colpevolezza*. Padova, 2002. p. 109 ss., 127 ss.; também Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 150 ss., 155 ss.

31. Sobre a "batalha das metáforas" para capturar as *cross-constitutional interactions*, cfr., recentemente, V. Perju. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations* cit., p. 1306, ressalvando como o significado da *querelle* conceitual não seja excessivamente enfatizado, visto que "their meaning often overlap".

2.1 Transplante jurídico: a epifania da jurisprudência como "fonte"

Pode ocorrer, em primeiro lugar, o "transplante" de um instituto/conceito/categoria desde um "sistema" (portanto, mais que desde um ordenamento) a outro, a reclamar a "epifania" de novas instâncias de garantia.

Nesse mister, o exemplo mais significativo é dado pela progressiva afirmação da noção "ampla" de "lei", variadamente utilizada em muitos artigos da Convenção Europeia de Direitos Humanos (entre os quais, por certo, o art. 7.°), em cujo seio equiparam-se – como se apontava – tanto o *direito de fonte legislativa* quanto o *direito de fonte judicial*.

Nos ordenamentos continentais, em que o papel "normativo" do direito jurisprudencial – malgrado já há tempos venha sendo abertamente notado e investigado[32] – revela-se desde muito "impensável",[33] isso implicou a reelaboração semântica do vocábulo "lei",[34] irrompendo uma "revolução" que tem modificado o horizonte de atenção dos juristas do *civil law*,[35] fomentando-se a aplicação das garantias típicas do *nullum crimen* aos novos "subprodutos" do *judicial law-making*.[36]

As consequências disso já são observadas, e remanescem *in progress*: a mesma jurisprudência de legitimidade italiana lhe tem ratificado em alguns aspectos relacionados ao estatuto intertemporal das garantias penais, afirmando a irretroatividade da mutação jurisprudencial desfavorável (*overruling in malam partem*) e atribuindo alguns efeitos retroativos – salvo hipótese de que logo se cuidará – às mutações jurisprudenciais favoráveis em matéria

32. A respeito, ver, sobretudo, o estudo de A. Cadoppi. *Il valore del precedente nel diritto penale*. Torino, 1999, *passim*, com reflexões que em muitos aspectos anteciparam – e em larga medida – desenvolvimentos posteriores (e abrindo, ademais, um rico debate também entre os penalistas: cfr., por exemplo, a resenha de M. Donini. Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio? *Cass. pen.* 2002. p. 1165 ss.).

33. M. Vogliotti. Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne. *Diritto & questioni pubbliche*. 2003. p. 331 ss.

34. Idem, ibidem.

35. No papel adquirido pela jurisprudência-fonte tem sido visto, de resto, uma verdadeira "mutação genética do discurso penal": cfr. ainda M. Donini. *Europeismo giudiziario*... cit., p. 49 ss.

36. Até a – já consolidada – aplicabilidade da proibição de retroatividade às mutações jurisprudenciais desfavoráveis (e não previsíveis): de recente, a já citada Sentença TEDH de 10.07.2012, *Del Rio Prada v. Spagna*.

de execução[37] e de decisões cautelares; [38] ademais, começam a manifestar-se as instâncias subjacentes ao princípio da taxatividade e à proibição de analogia segundo critérios de *acessibilidade* e *previsibilidade* da norma penal, referidos "não à mera previsão abstrata da lei, mas à norma 'vivente' que resulta da aplicação e da interpretação dos juízes".[39]

O teor constitucional dessa contaminação, e o aspecto "sistêmico" de seus efeitos em um contexto de *civil law*, como o italiano, já tem abalado a firmeza do *constitutional transplant*, determinando uma primeira "crise de rejeição": na importante Sentença 230/2012 a Corte Constitucional – instada a pronunciar-se sobre uma questão atinente ao art. 673 do CPP[40] – entendeu inaceitável a equi-

37. Seções Unidas da Cassação, Sentença 18.288/2010, Beschi, com a qual a Corte – desatendendo a orientação até então predominante, em nome da exigência de uma interpretação "convencionalmente conforme" – tem considerado relevante, em face de um "novo elemento de direito", as mutações jurisprudenciais com o fito de superar um julgado em matéria executória: com essa fórmula, desenha-se a preclusão estatuída ao art. 666, § 2.°, do CPP, que impede a novel proposição ao juízo de execução de questões já rejeitadas, quando não baseadas, de fato, em "elementos novos" (sobre a decisão, reenvia-se às estimulantes reflexões de G. Insolera. Luci ed ombre del diritto penale vivente. *Studi in onore di Mario Romano*. Napoli, 2011. vol. IV, p. 2351 ss., 2366 ss.).

38. Cassação, Seção II, 06.05.2010, n. 19.716, Merlo.

39. Até admitir uma interpretação (verossimilmente) analógica *in malam partem*, se "consolidada" sobre a base de uma orientação anterior; nesse sentido, recentemente, Cassação, Seções Unidas, 19.04.2012, Reina, in: [www.penalecontemporaneo.it], em particular considerando "admissível a tentativa de roubo impróprio no caso em que o agente, após ter praticado atos idôneos diretos de forma inequívoca à subtração de coisa alheia, empregue violência ou ameaça para buscar a impunidade sua ou de terceiro"; ali todavia a Corte deixa de considerar – entre outras questões – que a própria estabilização da orientação jurisprudencial poderia ser, no caso concreto, fortemente discutível, tendo sido a questão remetida às Seções Unidas em razão – precisamente – da controvérsia jurisprudencial emersa (a respeito, e também para destaques críticos adicionais, cfr. G. L. Gatta. *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della* res cit.).

40. Na espécie, o Tribunal de Turim, como uma articulada ordenança (datada de 21.07.2012), após dúvidas à legitimidade constitucional do art. 673 do CPP (sobre a revogação da sentença em virtude de *abolitio criminis*, seja em caso de ab-rogação ou de declaração de inconstitucionalidade da figura delitiva), na parte em que não inclui entre as hipóteses de revogação da sentença condenatória (bem como o decreto penal e a sentença de aplicação da pena a pedido das partes) também a "mutação jurisprudencial" determinada por uma decisão das Seções Unidas da Corte de Cassação, sob cuja base o fato julgado não é previsto pela lei como delito.

paração entre lei e o direito jurisprudencial (e, em particular, entre ab-rogação legislativa e mutação jurisprudencial favorável, consistente em decisão das Seções Unidas da Cassação) encontrando no princípio da reseva legal (Constituição, art. 25, § 2.°) e no "princípio da separação dos poderes, especialmente refletido no preceito (Constituição, art. 101, § 2.°) que faz o juiz sujeito (somente) à lei" obstáculos constitucionais insuperáveis a impedir o deslizamento do sistema italiano em sentido ao modelo anglossaxão do *judge-made law*.

2.2 Palingênese

A sobreposição entre os níveis ordenamentais pode acarretar, ademais, um "efeito-palingênese", de ser entendido como (potencial) refundação europeísta de um princípio já inscrito no patrimônio constitucional do ordenamento doméstico, o qual, no entanto, no *setting* supranacional recebe atenção diversa, ou se revela inclinado a um diferente paradigma estrutural ou criteriológico, com possíveis efeitos sobre sua reconstrução interna.

É o que sucede quando no circuito multinível o princípio registra uma avaliação a um nível superior em relação ao que apresenta no âmbito doméstico – por exemplo uma *upgraduation* ao nível de "direito fundamental" –, visto que a "nova normatividade" significa, antes de mais nada, "irritação normogenerativa".[41]

2.2.1 O princípio de retroatividade da lex mitior

A evolução recente do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável parece exemplificar bem um tal efeito.

Sobre essa questão, ver, em particular, as ricas observações de M. Gambardella. Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole. In: [www.penalecontemporaneo.it]; outrossim, A. Balsamo; S. De Flammineis. Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole. *Archivio penale* (web), n. 2/2012.
Registre-se, ademais, que outro órgão judicial turinês chegou a admitir – *sic et simpliciter* – a revogação do aludido art. 673 "em face de intervenções da Corte Suprema de Cassação que efetuem uma reversão de um entendimento anterior constante e consolidado, com um efeito substancialmente abolitivo de uma norma incriminadora": Trib. Torino, ordenança de 30.01.2012, juiz Recchione, in *DPP*, 2012, p. 743 ss., com comentário de S. De Flammineis.

41. Cfr. J. Saurer. Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. *Der Staat*. 2012. p. 3 ss., 6.

Como ressabido, a tematização da garantia da *lex mitior*, sob o prisma constitucional italiano, ocorreu por meio do princípio da igualdade (Constituição, art. 3.º), e nesta dimensão foram admitidas as "derrogações razoáveis" normalmente aceitas em suas declinações.

Todavia, o novo matizamento reconhecido a esse princípio pelas fontes europeias – e assinaladamente pela Carta de Nice[42] e pelas decisões das Cortes de Luxemburgo e Estrasburgo[43] – pareceria entreabrir a uma possível reavaliação e – por assim dizer – a um seu *restyling* em âmbito doméstico; sobretudo o TEDH, na célebre decisão *Scoppola v. Italia* (TEDH, Grande Câmara, 17.09.2009),[44] reconhecendo por força de um "consenso gradual" emerso na Europa a *lex mitior* como projeção do art. 7.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos – ou seja, de um princípio que se inscreve entre os *inviolable core rights*, ocupando "lugar proeminente no sistema de proteção da Convenção, como atesta o fato de que o art. 15 não lhe autoriza qualquer derrogação, sequer em tempo de guerra ou de outro perigo público"[45] – pareceria requerer-lhe, além de uma mais ampla "área de cobertura",[46] uma nova dimensão – se

42. Sobre o art. 49, 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, por força do qual o princípio da *lex mitior* "goza, no plano europeu, de um *status* mais elevado do que aquele reconhecido em alguns Estados membros", cfr. também M. Kaiafa-Gbandi. The importance of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Funfamental Rights and the Rule of Law. *European Criminal Law Revue* (EuCLR), p. 7 ss., 29 s, 2011.

43. Sobre a evolução jurisprudencial do princípio cfr. V. Valentini. *Diritto penale intertemporale* cit., p. 217 ss.

44. Sobre a decisão, entre outros, M. Gambardella. Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole. *Cass. pen.* 2010. p. 2020 e ss.; Id. *Lex mitior e giustizia penale*, no prelo, p. 48 ss. do texto impresso; C. Pecorella. Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo. *RIDPP*. 2010. p. 397 ss.; em abordagem crítica, M. Scoletta. El principio de legalidad penal. In: L. M. Diez Picazo; A. Nieto Martín (dir.). *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*. Cizur Menor, Navarra, 2010; F. Mazzacuva. L'interpretazione evolutiva del *nullum crimen* nella recente giurisprudenza di Strasburgo. *AA.VV., La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano* cit., p. 411 ss., 426 ss.

45. Cfr. TEDH, Câmara Grande, 17.09.2009, *Scoppola v. Italia*; analogamente, e mais recente, TEDH, 10.07.2012, *Del Rio Prada v. Spagna*, cit., §§ 45 ss.

46. Estendida com vistas a cobrir modificações *in mitius* de regras substanciais e procedimentais, pelo menos "as normas que, conquanto formalmente processuais, tenham 'efeitos' e/ou 'curvaturas' substanciais (ritos especiais, mas também medidas cautelares, disciplinas de execução etc.), ou seja, incidam 'diretamente' ou 'indiretamente'

não *Abwägungsfest* – menos inclinada a exigir, em ponto de "força de resistência" e/ou de derrogações admissíveis, balanceamentos mais rigorosos e *axiologicamente homogêneos* à classe dos "direitos humanos".[47]

É verdade, entretanto, que sob esse último aspecto a decisão de Estrasburgo é elíptica, e não oferece particulares indícios para além do tom altissonante e da – não desprezível – ubicação sistemática reconhecida ao princípio, omitindo até mesmo indicações acerca do *fundamento* da garantia afirmada.[48]

Nessa perspectiva, nem mesmo a instituição da Convenção Europeia de Direitos Humanos no sistema de fontes resulta de particular auxílio, alimentando, de outra parte, algumas ambiguidades (*infra*, § 5.º), especialmente à luz da "pretensão de respeito" dos "contralimites alargados" que, na impostação das "sentenças gêmeas" (Corte Constitucional, n. 348 e 349 de 2007), representa a *conditio sine qua non* para seu ingresso no sistema; note-se que nem a tese do "parâmetro interposto" nem a natureza de fonte "infraconstitucional" reconhecida à Convenção podem, em qualquer caso, fazer olvidar que "o direito convencional é naturalmente (...) levado a conformar-se com normas

---

sobre a liberdade pessoal": cfr. ainda, a respeito V. Valentini. *Diritto penale intertemporale* cit., p. 219 ss., 234 ss., 245 ss.

47. No sentido de que a nova aproximação sugeriria, pelo menos, uma revisão da atual impostação (não sendo mais necessária a "mediação" do art. 3.º da Constituição) e dos balanceamentos relacionados, cfr., recentemente, O. Di Giovine. Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale. *Studi in onore di Mario Romano*. Milano, 2011. vol. IV, p. 2197 ss., 2228 s.; a respeito, cfr. outrossim M. Gambardella. *Il "caso Scoppola"*... cit.; Id. *Lex mitior e giustizia penale*, p. 40 ss. do texto impresso, assinalando várias vezes o dado inovador, e considerando não superior a proteção consentida à *lex mitior* em nível supranacional (p. 78 ss.); L. Delli Priscoli; F. Fiorentin. La Corte costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo. *RIDPP*, 2009. p. 1180 ss.; assumindo posição mais cética, V. Valentini. *Diritto penale intertemporale* cit., p. 221 ss., 234 ss., concluindo pela inalterada derrogabilidade do princípio da *lex mitior* [apontada sobretudo desde o art. 17 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (*proibição de abuso de direito*), a qual todavia mantém uma matriz histórico-política de todo peculiar e ainda uma importância – também no plano de sua aplicabilidade – mais circunscrita; ver, a respeito, A. Terrasi. Art. 17. In: S. Bartole; P. De Sena; V. Zagrebelsky (org.). *Commentario breve della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Padova, 2012. p. 570 ss.], e no entanto valorizando-o em termos de interpretação conforme do art. 2.º do CP (p. 248 ss.).

48. Sublinha-o, recentemente, também C. Sotis. La mossa del cavallo. La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo. *RIDPP*. 2012. p. 464 ss., 485 ss., 488 ss.; sobre o fundamento objetivista da *lex mitior*, ver uma vez mais V. Valentini. *Diritto penale intertemporale* cit., p. 207 ss.

expressivas de valores fundamentais do ordenamento",[49] como se viu claramente evidenciado em decisão mais recente da Corte Constitucional (Sentença 317/2009: *infra*, § 4.º).

Se assim o é, em suma, afigura-se mais custoso – à luz da evolução observada – poder justificar derrogações à retroatividade *in mitius* sem delinear contrainteresses de classe assimilável ao "direito fundamental" que se entende exceptuar: o "estrito escritínio" sobre tais contrainteresses poderá talvez contentar-se com a presença de agravos ao princípio da igualdade (abrindo-se à aproximação sobre as "normas penais de favor"),[50] mas não parece poder satisfazer-se com o reclame às urgências políticas de tempos em tempos *à la page*[51] ou às necessidades – malgrado indiscutíveis – de garantir-se a funcionalidade endoprocessual do sistema.[52]

---

49. Nesse sentido, autorizadamente, A. Ruggeri. Conferme e novità di fine anno nei rapporti tra diritto interno e CEDU, anotação à Sentença 311/2009 da Corte Constitucional. In: [www.giurcost.org]. p. 3.

50. Nos termos da Corte Constitucional, Sentença 394/2006.

51. Relembre-se, a respeito, que a mesma Corte, além da decisão 393/2006, em outras ocasiões já decidiu *irrazoável* o sopesamento legislativo, emprestando prevalência ao princípio da retroatividade *in mitius*, não entendendo, em particular, que os interesses sujeitos à derrogação legislativa fossem de nível semelhante àqueles tutelados por tal princípio: assim, em particular, quando declarou ilegítima a norma transitória que estabelecia a ultratividade de alguns ilícitos em matéria de jogos de azar, após a sua despenalização (Corte Constitucional, Sentença 215/2008; a respeito, M. Gambardella. Retroattività della legge penale più favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali. *Giur. cost.* 2008. p. 2399 ss., que o ilustra afirmando: "Como já acontecido na Sentença n. 393 de 2006, o conflito é aparente porque na fase inicial de identificação dos valores e dos interesses constitucionais emerge que o valor constitucional relevante é somente aquele da lei mais favorável; outra coisa de constitucionalmente relevante não resta").

52. Difícil, em particular, considerar que a justificativa de derrogação para a *lex mitior* seja por si só a "eficiência do processo", ou a tutela dos destinatários da jurisdição (referência não isenta de ambiguidades, porquanto ao lado da vítima/parte civil faz-se presente o imputado).
Mormente a respeito do primeiro dos interesses identificados parecem faltar contrainteresses específicos, de precípua estatura constitucional, que confiram maior concretude àquilo que pode afigurar-se um simples "autoescopo do sistema de justiça penal" (ressaltam a carência de dignidade constitucional da "exigência de não inutilizar a atividade processual cuumprida em primeiro grau, consistente na colhida do material probatório a favor ou contra o imputado", L. Delli Priscoli; F. Fiorentin. Op. cit., p. 1180 ss.).

Em todo caso, e como se observou, a Corte Constitucional mantém inalterada a estrutura interna do princípio,[53] relendo a decisão europeia e lhe neutralizando os possíveis efeitos, no caso concreto apreciado, sobretudo mediante a técnica do *distinguishing*;[54] todavia, ainda em razão da natureza embrionária da afirmação contida no caso *Scoppola v. Italia*, cumpre aguardar também o pronunciamento de Estrasburgo para que haja indicações mais precisas sobre a efetiva extensão da garantia, e sobretudo para se compreender desde que ponto a margem doméstica de apreciação poderá aventurar-se, sem que se esteja a prejudicar "the very essence of the right".

2.2.2 O princípio da proporcionalidade

Um efeito de possível palingênese poderia obter-se também em referência ao princípio da proporcionalidade, especialmente se observado a partir da

---

Com efeito, quando a Corte pretendeu "salvar" a derrogação à retroatividade da lei mais favorável o fez em relação a setores específicos, como por exemplo, acerca da ultratividade das leis penais financeiras, evidenciando-se "o interesse primário ao recolhimento de tributos", art. 53 da Constituição (Corte Constitucional, Sentença 6/1978); excluído, de qualquer modo, que interesses genéricos como a mera "tutela da ordem pública" possam considerar-se satisfatórios (nega-o, por exemplo, a Sentença 215/2008).

53. Intervindo sobre uma questão delicada, todavia, a Corte Constitucional italiana tem negado ao Estado a inderrogabilidade do princípio, confirmando a própria orientação precedente (por exemplo, Corte Constitucional, Sentença 396/2006 e, mais recente, n. 72/2008 in *Giur. cost.* 2008. p. 954 ss., com anotação de D. Pulitanò. Retroattività favorevole e giudizio di ragionevolezza), e entendendo que nem mesmo as afirmações da citada Sentença *Scoppola v. Italia* fossem, nesse mister, inequívocas: Corte Constitucional, Sentença 236/2011; a respeito, F. Viganò. Sullo statuto costituzionale della legge penale più favorevole. In: [www.penalecontemporaneo.it]; ademais, C. Sotis. Op. cit., p. 491 ss., entendendo a decisão "aceitável e convincente", e conseguintemente "de fechamento, e não abertura, de diálogo" com a Corte europeia. Para uma ampla reconstrução, densa de relevos críticos, reenvia-se a M. Gambardella. *Lex mitior e giustizia penale* cit., p. 40 ss., 62 ss.

54. O caso sobre o qual se debruçou a Corte Constitucional, efetivamente, concernia à retroatividade de uma norma (transitória) em matéria de prescrição, instituto que – segundo a orientação da Corte – não seria *sic et sempliciter* reconduzível ao âmbito de aplicação da *lex mitior* na perspectiva do art. 7.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: a respeito, cfr. ainda as observações F. Gallo. Rapporti fra Corte costituzionale e Corte Edu, conferência apresentada no encontro de Bruxelles, 24 de maio de 2012. p. 20 ss. do texto impresso. In: [www.cortecostituzionale.it], identificando um "desalinhamento" entre a posição da Corte italiana e aquela do TEDH.

perspectiva italiana, em que sua operatividade apresenta-se ainda limitada – ao menos nos caminhos da jurisprudência constitucional – aos aspectos concernentes ao equilíbrio sancionatório entre crime e pena.

2.2.2.1 Com efeito, as tensões provenientes do cenário supranacional parecem entreabrir perspectivas ulteriores: protagonista de uma "migração metodológica" plenamente desfraldada,[55] o princípio da proporcionalidade – já considerado de nível supraconstitucional (*Überverfassungsrang*)[56] e cada vez mais frequentemente analisado em uma perspectiva supraestatal[57] – tem uma direcionalidade plurívoca e atravessa diversos setores, incluindo-se o penal, observando, contudo, paradigmas nem sempre homogêneos, reclamados a partir da constante busca de critérios capazes de estruturar-lhe o conteúdo.[58]

Em particular, no cenário supranacional o modelo que se afigura dominante é aquele de matriz alemã que assume esse princípio como critério fundamental de valoração da legitimidade da intervenção punitiva,[59] estendido portanto ao *an* e não circunscrito ao *quomodo* ou al *quantum* da sanção; desdobrando-o em subcritérios que concernem antes de tudo à *legitimidade do meio* e do *escopo*

55. Cfr., por exemplo, A. Stone Sweet; J. Mathews. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, p. 72 ss., 160, 2008, segundo os quais "desde o fim dos anos 90, virtualmente todo sistema efetivo de justice constitucional no mundo, à exceção parcial dos Estados Unidos, tem abraçado os principais critérios da análise de proporcionalidade", tendo o princípio tornado-se "um elemento fundamental de constitucionalismo global" (e, nessa linha de "migração metodológica", V. Perju. *Constitutional Transplants, Borrowing, Migrations* cit., 1315).

56. Nesta dimensão pode-se colher, por exemplo, o constante recurso ao princípio da proporcionalidade nas decisões do TEDH, onde ele constitui um critério empregado para avaliar se a intervenção estatal (por exemplo, uma sanção) que incida sobre um direito fundamental vem ou não a ser arbitrária.

57. Cfr. J. Saurer. Op. cit., p. 3 ss., 6.

58. É verdadeiro, de resto, que "proportionality [...] is a framework that must be filled with content": A. Barack. Op. cit., p. 738 ss., 741.

59. A adesão a este modelo, embora com as necessárias adaptações, confirmou-se também no "Manifesto on European Criminal Policy" (redigido por um grupo de autorizados estudiosos atentos às problemáticas do "direito penal comunitário" e publicado em EuCLR, 2011, p. 86 ss.); a respeito, em termos críticos, cfr. M. Böse. The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz). *European Criminal Law Review*, n. 1, p. 34 ss., 2011.

perseguido, e mais tarde à *idoneidade*, à *necessariedade* e à *adequação* (ou proporcionalidade em sentido estrito) da opção penal específica.[60]

Em sentido oposto, e como ressabido, as prestações do princípio da proporcionalidade compreendido em sua acepção mais ampla e difundida (*Verhältnismassigkeit/proporcionalidad/proportionality*) aparecem divididas, no contexto italiano, entre diversos princípios, notadamente os princípios da ofensividade, subsidiariedade e razoabilidade, ao passo que o "princípio da proporção" – maturado sobretudo à luz da finalidade reeducativa da pena (Constituição, art. 27, § 3.º) – é geralmente invocado em sede de controle acerca da legitimidade/razoabilidade do equilíbrio sancionatório.

De modo mais particular, o princípio da ofensividade aspira a controlar o escopo e os meios empregados (avaliando, no léxico tradicional, *bens* e *técnicas de proteção*), ao passo que o princípio de subsidiariedade visa a verificar – ao menos em abstrato – a "necessariedade" da intervenção penal, especialmente em face de possíveis instrumentos alternativos de tutela. Ambos, todavia, têm oferecido préstimos limitados, ou mesmo frágeis, tendo sido reconhecidos – como já se observou – quando muito como "critérios informadores de política criminal",[61] mesmo ante os esforços empreendidos pela doutrina para abrir a apreciação a considerações mais penetrantes em termos de racionalidade acerca de valores e escopos (*Wert* – e *Zweckrationalität*) e de "orientação às con-

60. Para uma síntese, ver, recentemente, B. Schlink. Proportionality. In: M. Rosenfeld; A. Sajo (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law* cit., p. 718 ss.; na perspectiva penalista, entre outros, I. Appel. *Verfassung und Strafe*. Berlin, 1998. p. 171 ss.; O. Lagodny. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen, 1996. p. 10 ss. e *passim*, onde toda a investigação se desenvolve à luz da criteriologia mencionada; G. Stächelin. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin, 1998. p. 101 ss.; sobre as relações entre a teoria do bem jurídico e *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, ver R. Hefendehl; A. Von Hirsch; W. Wohlers. *Die Rechtsgutstheorie. Legitimations des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden, 2003 (e em particular os contributos de W. Hassemer, D. Sternberg-Lieben, O. Lagodny, M. Böse, M. Bunzel), e ainda W. Hassemer. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe. In: Id. *Erscheinungsformen des modernen Rechts*. Frankfurt am Main, 2007. p. 191 ss., e, recentemente, Id. *Perché punire è necessario*. Bologna, 2012. esp. p. 153 ss.; para uma análise do *Verhältnismäßigkeitsprinzip* visto desde a perspectiva italiana, reenvia-se também a G. Scaccia. Il controllo di proporzionalità della legge in Germania. In: S. Patti (org.). *Annuario di diritto tedesco*. 2003. p. 409 ss.; E. Belfiore. *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*. Milano, 2005. esp. p. 278 ss.

61. Retro, § 1.1 e notas 13 e 15.

sequências" (*Folgenorientierung*);[62] especialmente o apelo a um mais incisivo controle sobre a legitimidade do escopo da tutela,[63] assim como a um mais rigoroso sopesamento entre o escopo da opção punitiva (i.e., entre classe ou "peso" da objetividade jurídica deduzida como interesse protegido) e bens/interesses/valores sacrificados pela norma – o *balancing test* típico da "proporcionalidade em sentido estrito" (*Verhaltnismassigkeit im engeren Sinn*)[64] – parece ter merecido pouca atenção, a despeito de algumas afirmações recentes como premissas de importantes decisões,[65] mas ao depois não adequadamente valorizadas em sede de conclusões.[66]

Após uma primeira etapa – induvidosamente fastuosa não apenas no campo dos delitos de greve e de *lockout*, ou dos "crimes de opinião" – pouco ou nenhum espaço tem obtido, ao menos no campo institucional do controle de constitucionalidade, a (necessária) consideração do grau de invasividade da intervenção penal sobre os direitos fundamentais do indivíduo, entre os quais não se compreendem apenas os "bens" comprometidos pela (eventual) sanção (liberdade, família, trabalho, honra, dignidade pessoal etc.), mas ainda e sobretudo

62. Ver ainda, a respeito, M. Donini. *Ragioni e limiti*... cit., p. 43 ss.

63. A importância do aspecto concernente ao controle sobre a legitimidade do escopo da tutela, necessariamente preliminar a qualquer verificação acerca da legitimidade da intervenção penal em si, é reforçada pelo "Manifesto on European Criminal Policy", e avaliada através de notáveis exemplificações "negativas" extraídas da legislação da União Europeia em tema de pedopornografia e criminalidade organizada (esp. parte II).

64. Somente neste estágio, de fato, "examina-se a relação entre o propósito legislativo e os direitos constitucionais comprometidos, e este exame implica balanceamento": nesse sentido, ainda, A. Barack. Op. cit., p. 744 ss., a que se reenvia também pela precisa *balancing rule* proposta, que compreende não apenas a consideração do grau de satisfação do propósito legal (ou seja, do interesse social que a lei almeja tutelar/promover), mas também a significação do direito constitucional limitado, e o grau de sua limitação, determinando, outrossim, que "(...) onde um direito constitucional é limitado para proteger um outro, não há razão para impugnar a legitimidade da legislação limitadora"; onde, ao contrário, "o direito constitucional é limitado para promover um interesse público, ao direito constitucional deve ser reconhecida prioridade: *in dubio pro libertate*".

65. Por exemplo, Corte Constitucional, Sentença 409/1989, em que se advertia que "o legislador não é substancialmente árbitro de suas escolhas de criminalização, mas, tendo em conta a estatura constitucional da (...) liberdade pessoal, deve (...) circunscrever, ao quanto possível, o âmbito do penalmente relevante".

66. Ver, por exemplo, Corte Constitucional, Sentença 250/2010, sobre o chamado crime de clandestinidade.

as *liberdades comprimidas pela opção de criminalização*, a qual neutraliza, não raro, esferas de ação constitucionalmente protegidas (*Freiheitsrechte*). No seio doutrinário, a impressão é que disso se torne a discutir, no máximo, quando o direito penal se defronta com âmbitos politicamente sensíveis afetando um dos *highly political rights* (liberdade de expressão, de reunião, de imprensa etc.) – ou se traduza em algum protótipo de "paternalismo jurídico"[67] –, quase que somente os *hate speechs*, o negacionismo ou a droga seriam os contextos em que a pena pode ser instrumentalizada a fins políticos; e, ao revés, o debate parece adormecer ou se concentrar no máximo sobre valorações *internas* (e não *preliminares*) ao merecimento ou à necessidade de pena quando o direito penal irrompe com todo o seu arsenal sancionatório – por exemplo – no direito de imprensa ou do mercado financeiro, comprimindo as liberdades econômicas tuteladas pela Constituição sem qualquer ressalva à "proibição de excesso" (*Übermaßverbot*), e incriminando comportamentos em áreas onde a "campanha" de eticização suplanta qualquer (mesmo que mínima) referência empírica.

Neste último aspecto, observações de análogo teor – já há tempos iniciadas[68] – podem ser feitas sob o ângulo do controle de idoneidade e, talvez ainda mais intensamente, de necessariedade da sanção penal: âmbitos sobre os quais o reconhecido valor "ideológico" e "político" das relativas apreciações,[69] ainda

67. Mas não faltam, por certo, estudos em que a discussão se abre a perspectivas mais gerais: ver, por exemplo, G. Forti. Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici. In: E. Dolcini; C.E. Paliero (org.). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano, 2006. vol. I, p. 283 ss.; M. Donini. "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. *RIDPP*. 2008. p. 1565 ss.; M. Romano. Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale. *RIDPP*. 2008. p. 984 ss.; os ensaios reunidos em G. Fiandaca; G. Francolini. *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo americana a confronto*. Torino, 2008; e ainda D. Pulitanò. Paternalismo penale. *Studi in onore di Mario Romano*. Milano, 2011. vol. I, p. 489 ss.

68. Em um panorama de amplo ceticismo (ou de radical negação: ver, por exemplo, as ricas reflexões de D. Pulitanò. Giudizi... cit., p. 1004 ss., 1027 ss., esp. 1033 ss.), a exigência de recuperação de uma base epistemológica/científica sobre a qual edificar a avaliação de subsidiariedade foi assinalada, sobretudo, por M. Donini. *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., esp. p. 85 ss. [e em muitos outros trabalhos: por exemplo, Id. Democrazia penale e ruolo della scienza penale, in G. Insolera (org.). *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*. Bologna, 2005. p. 27 ss., 36 ss.; ver ainda M. Donini; G. Insolera. Considerazioni introduttive. *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*. Bologna, 2005. p. 11 ss., 18-19].

69. Recorde-se, aqui, a célebre Sentença 409/1989; ver, ainda, D. Pulitanò. *Giudizi*... cit., p. 1027, segundo o qual "a relevância de juízos de fato, em hipóteses em que *legisla-*

que com o limite da irracionalidade manifesta, parecem admitir, substancialmente, da parte do juiz constitucional, uma sorte de "remoção autoritária da dúvida".[70]

Se assim o é, definitivamente, talvez seja possível aguardar ou mesmo augurar que alguns subcritérios tematizados em sede supranacional – e ainda mantidos à sombra na elaboração italiana, a qual nessa seara antecipou em grande medida os debates e as soluções jurisprudenciais mais tarde desenvolvidas na Alemanha e na Espanha – possam enraizar-se também no paradigma de apreciação sobre a legitimidade da intervenção penal, propiciando – por exemplo – uma refundação do juízo de razoabilidade da norma penal que se ponha a sopesar os valores deduzidos na equação punitiva, medindo-lhe a legitimidade sobretudo em face da liberdade comprimida e da "sustentabilidade" (*Zumutbarkeit*) da ingerência legal para os destinatários da proibição,[71] e a submeter ao controle crítico a mesma idoneidade da norma em relação aos escopos, sufragando as valorações – quando possível – sobre confiáveis dados empíricos.[72]

---

tive facts sejam postos em discussão perante o juiz constitucional, é talvez o aspecto do controle de constitucionalidade em que o caráter político se revela mais elevado e ambíguo".

70. Assim, no âmbito de um amplo estudo crítico sobre as razões que levam a Corte Constitucional a frustrar a verificação sobre os pressupostos empírico-racionais das escolhas legislativas, G. D'Amico. *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*. Messina, 2008. p. 183.

71. De resto, é esta uma perspectiva compatível com a aplicação mais corrente do princípio da proporcionalidade, que o converte em critério de controle das limitações impostas pela autoridade aos direitos fundamentais: perspectiva cultivada e consolidada também no sistema de proteção da Convenção Europeia de Direitos Humanos (em que o princípio é "primordial" e "onipresente" na interpretação e aplicação da Convenção, mesmo para além das disposições que o reclamam expressamente: a respeito, K. Grabarczyk. *Les principes généraux dans la jurisprduence de la CEDU*. Marseille, 2008. p. 227 ss., 229 ss.), ainda em âmbito penal, por exemplo, quando se entende desproporcional – e logo inadmissível – a sanção detentiva para as hipóteses de difamação jornalística.

72. Por certo a jurisprudência dos Tribunais constitucionais culturalmente mais próximos da experiência italiana, nesse mister, não parece ter amadurecido, ao que consta, resultados marcantes; porém, nas mais recentes orientações do *Bundesverfassungsgericht* se entrevê, ao menos, uma mais incisiva articulação metodológica (a partir de uma apreciação separada do *Verhaltensvorschrift* e do *Sanktionsvorschrift*), e uma maior abertura às considerações sobre valores e escopos, sobre a invasividade da opção punitiva e a relacionada ingerência nos direitos fundamentais, à luz de argumentações enriquecidas por demonstrações empíricas: pense-se, além da célebre sentença

Tratar-se-ia, de resto, de uma "migração" – ou de um verdadeiro *cross-jurisdictional borrowing*, fundado sobre a progressiva autoridade e sobre o "consenso" adquiridos do paradigma – com êxitos não substitutivos mas integrativos de uma carga cultural e metodológica já riquíssima, e em muitos aspectos antecipadora da experiência de outros países.[73]

2.2.2.2 Ainda sob um outro aspecto – e talvez com maior evidência – parece plausível colher uma possível palingênese do princípio de proporcionalidade, dessa vez em seu mais circunscrito aspecto de cânone de controle do equilíbrio

---

acerca das drogas leves (*Cannabisbeschluß*, BVerfG, 09.03.1994), na mais recente decisão BVerfG, de 26.02.2008, 2 BvR 392/07, quanto ao crime de incesto, § 173 StGB (in NStZ, 2008, p. 614 ss., com anotação de J. Ziethen – decisão publicada também em *RIDPP*. 2009. p. 2091 ss., com anotação de G. Dodaro. La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti), para além do resultado de não validação das censuras (o qual todavia se inscreve em um panorama bem mais articulado, em que o BVerfG não hesitou a perquirir a discricionariedade do legislador também em face de bem menos invasivas medidas de compressão de certas liberdades fundamentais) e das difundidas críticas que recebeu seja no âmbito da Corte (ver a opinião dissonante do juiz W. Hassemer, que denuncia uma flagrante violação do princípio de proporcionalidade, especialmente no que toca ao *Übermaßverbot*) seja no doutrinário (por exemplo, T. Hörnle. Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik. *NJW*, 2008. p. 2085 ss., considerando a decisão "paradoxal" especialmente à vista de orientações da Corte em sentido outro, conquanto em matéria diversa daquela penal substancial; B. ZABEL. *Die Grenzen des Tabushutzes im Strafrecht. Zur Vereinbarkeit von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem Grundgesetz – zugleich Besprechung des Beschluss des BVerfG v. 26.2.2008*, p. 453 ss.; J.P. THURN. Eugenik und Moralschutz durch Strafrecht? Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Inzestverbotsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *KJ*. 2009. p. 74 ss.; no contexto italiano, além dos apontamentos críticos de G. Dodaro. Op. cit., 2130 ss., notadamente no tocante à legitimidade não do programa de tutela do crime, mas da específica técnica com que o fato viu-se tipificado no § 173 par 2, StGB, ver A. Nisco. "Principio di proporzionalità" ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale in materia di incesto. In: D. Fondaroli (org.). *AA.VV. Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*. Padova, 2009. p. 147 ss.).

A seu turno, a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol parece mais cautelosa, além de verdadeiramente exígua: para uma avaliação recente – e algo desoladora – sobre as orientações da jurisprudência constitucional, cfr. J. A. Lascurain. Rigoroso o deferente? Il controllo della legge penale da parte del Tribunal constitucional. In: [ius17@unibo.it]. 2012, no prelo, esp. p. 11 ss. do texto impresso, apontando trechos de analogia com a jurisprudência alemã.

73. Cfr. ainda M. Donini. *Prospettive europee del principio di offensività* cit., p. 128.

sancionatório, frente à progressiva autonomia reconhecida à instância de proporção e à sua inclusão na mesma direção dos direitos fundamentais.

Mais especificamente, a explícita dimensão *autônoma* reconhecida ao princípio desde o art. 49 da Carta de Nice – além de sua aplicabilidade direta, e, sobretudo, da (dúbia) possibilidade de afastar a aplicação de eventual norma doméstica conflitante[74] – pareceria reclamar uma emancipação do paradigma que lhe recusa a "sindicabilidade" segundo o modelo da razoabilidade-igualdade, e que mantém assim fundamental – e autêntica *conditio sine qua non* – a confrontação de um pertinente *tertium compartionis*, sob pena de inadmissibilidade da mesma censura projetada.[75]

Como ressabido, a jurisprudência constitucional, com o apoio de parte da doutrina (não apenas nacional),[76] parece solidamente ancorada no modelo

74. Sobre a questão remete-se, sobretudo, ao amplo quadro apresentado por S. Manacorda. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: una nuova topografia delle garanzie penlistiche in Europa? In: V. Manes; V. Zagrebelsky (org.). *AA.VV. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*. p. 147 ss., 158ss. – e aos esclarecimentos trazidos pela Corte Constitucional, Sentença 80/2011; sobre os limites que estreitam a perspectiva da desaplicação na presença de um princípio fundamental como aquele da proporção (salvo eventual intervenção "esclarecedora" da Corte de Justiça em sede prejudicial), ver F. C. Palazzo. Europa e diritto penale i nodi al petine. *DPP*. 2011. p. 657 ss, e V. Manes. Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale. *Archivio pen*. 2012. p. 29 ss., 63 ss., 67 ss. [N. do T.: artigo traduzido para o português e publicado na *RBCCrim* 97, jul-ago 2012], ressaltando como a inerente abstração dos direitos fundamentais – e a inerente "abertura a sopesamentos" – implicam inevitavelmente uma obra de composição que acaba atribuída à intervenção da Corte Constitucional, como indicado nas recentes decisões (ver, sobretudo, Corte Constitucional, Sentença 227/2010).

75. Emblemático, a esse respeito, o recente e conturbado evento que conduziu à declaração de ilegitimidade constitucional do caso de sequestro de pessoa com objetivo de extorsão, em que a censura principal se focou na irrazoável desproporção do mínimo da pena abstrata: Corte Constitucional, Sentença 68/2012, in *Guida al diritto*, n. 20/2012, p. 67 s., com comentário de V. Manes. Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata atenuante analoga al reato gemello. *Giur. Cost*. 2012, com comentário de C. Sotis. Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuizione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente "preso – tropo? – sul serio", e ainda em *Cass. Pen*. 2012. p. 2384 ss., com rico comentário de S. Seminara. Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fato.

76. Ainda hoje é consideravelmente revolvido o argumento no sentido de que a proporcionalidade seria necessariamente vinculada a uma estrutura tríplice, em que o *tertium compartionis* (*reference point*) não é apenas "a tool of comparison", mas o

tríplice tradicional (salvo alguns pronunciamentos menos ortodoxos e substancialmente isolados);[77] mas a sua rigidez parece, em não poucos casos, excessiva, sacrificando espaços de controle mesmo na presença de hipóteses de evidente desigualdade.[78]

Assim, e definitivamente, a reconhecida autonomia do princípio da proporcionalidade entre crime e pena e seu reconhecimento no grupo dos *fundamental rights*, além de potencializar a função de cânone interpretativo, poderia requerer uma maior utilização como parâmetro de legitimidade constitucional, em uma estrutura argumentativa em que o recurso ao *tertium compartionis* poderia assumir validade sintomática e não mais institutiva (apoiando-se, no caso, em outras referências "sistemáticas", que de resto poderiam ser utilizadas não apenas para indicar a eventual assimetria sancionatória, mas também para eliminar a desigualdade substituindo a moldura: basta pensar nas disposições gerais trazidas pelo art. 21 ss.c.p.)

2.2.2.3 Quando, mais tarde, vier a revelar-se urgente, em relação ao princípio de proporcionalidade entre crime e pena, uma obra de "desambiguação" e a busca – se não de um paradigma compartilhado – de um mínimo denominador comum, testemunha-o o papel nevrálgico já adquirido por essa garantia (também) como pressuposto de operatividade de alguns institutos de cooperação judiciária, antes de tudo no mandado de prisão europeu.

Em importante decisão de uma alta Corte alemã,[79] com efeito, a inobservância do princípio da proporcionalidade foi reconhecida como motivo peculiar

---

"pivotal point of the decision of proportionality": nesse sentido, em particular., B. Schlink. Proportionality... cit., p. 718 ss., 720.

77. Por exemplo, Corte Constitucional, Sentença 341/1994, sobre a questão da difamação.

78. Sobre os limites da união de proporcionalidade/razoabilidade da pena – sobre os quais incide – *in limine*, sobretudo o argumento representado pela inadmissibilidade de questões voltadas a reivindicar sentenças "criativas" por parte da Corte – conferir a recente Sentença da Corte Constitucional 134/2012, que rejeitou a "censura suscitada" no mérito à "pena acessória fixa" prevista nas hipóteses de falência (art. 216 da Lei Falimentar).

79. OLG Stuttgart, 25.02.2010, 1 Ausl (24) 1246/2009, in *NJW*, 22/2010, p. 1617 ss.; in *StV*, 5/2010, p. 262 ss.; publicada também em inglês, na tradução do próprio Prof. J. Vogel, relator da sentença, *Criminal Law Review*, 2010, 6, p. 474 ss. e in *New Journal of European Criminal Law*, n. 2/2010, p. 146 ss., com nota introdutória de K. Weis (Introduction to the ruling of the Higher Regional Court of Stuttgart of 25 February 2010 – The proportionality of a European Arrest Warrant); e agora em língua italia-

de não vexecução do pedido de entrega requerido pelo Estado estrangeiro, sob o fundamento da regra geral que vincula a operação do instituto ao respeito aos direitos fundamentais, dentre os quais o art. 6.º do Tratado da União Europeia, aí inclusos os direitos fundamentais da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e assim também a peculiar garantia acolhida pelo art. 49, 3 da Carta.

Aqui está o problema, porque o *proportionality check* – considera a Corte – deve ser duplo, e conduzido seja com base nos parâmetros consolidados na jurisprudência assentada no anteriormente vigente sistema de extradição – orientada a não consentir com a entrega quando a condenação em que se baseia o pedido do Estado requerente seja "intoleravelmente severa",[80] seja à luz dos parâmetros indicados até pelo *Bundesvefassungsgericht*: o primeiro controle, em particular, concerniria ao motivo de não execução do mandado, o segundo seria referente à própria legitimidade do "mandado de prisão" expedido pela autoridade alemã (ao fim da execução do mesmo mandado europeu), com o "ato soberano" do Estado sobreposto em respeito aos princípios constitucionais, e, entre esses, a valoração da *Verhaltnismaßigkeit*.[81]

Em suma: à luz dessa (compartilhada) orientação,[82] a garantia subjacente ao princípio de proporcionalidade (art. 49, 3, da Carta de Direitos da UE),

---

na, com extenso comentário – não privado de contornos críticos – de L. Romano. Principio di proporzionalità e mandato di arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto, no prelo. Para um ulterior comentário da decisão, conferir Patricia Pérez Fernández. La Orden europea de detención y entrega y el principio de proporcionalidade de las penas. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Stuttgart, de 25 de febrero de 2010 (assunto número 1246/09). in *Revista General de Derecho Penal*, n. 13, maio de 2010, in: [www.iustel.com].

80. Segundo essa orientação jurisprudencial, em particular, a extradição seria inadmissível quando a condenação à base do requerimento do Estado requerente fosse "severa de maneira intolerável" (*unertraglich hart*), ou "claramente desproporcional", ou ainda não justificável "de maneira alguma".

81. No caso concreto, todavia, a *Oberlandesgericht Stuttgart* respeita ambas as condições, confirmando a legitimidade da prisão e da entrega.

82. A respeito de outras sentenças que abordam a possibilidade de verificar, por parte do Estado requerido, a proporcionalidade do mandado de prisão europeu, aceitando-a, conferir também L. Romano. Op. cit., p. 24 ss. do texto impresso, que ressalta, em particular, a sentença no caso *Assange* (Julian Assange v. Swedish Prosecution Authority [2011] EWHC 2849, esp. § 157) e a sentença da *High Court* de Dublin [*The Minister of Justice and Law Reform v. Ostrowsky*, [2021], IECH 57, 08.02.2012], que – mesmo sem mencionar expressamente o art. 49, 3 da Carta de Direitos da União Europeia – em

pareceria chamada a operar em pelo menos três níveis diversos, e com três códigos diversos: no caso em espécie, aquele do Estado Requerente (a respeito do princípio da proporcionalidade), aquele do Estado que deve executar, procedendo à prisão (a respeito do *Verhaltnismaßigkeitsgrundsatz*) e, sucessivamente, à entrega (a respeito do art. 49, 3, da Carta de Direitos da UE):[83] e se é lícito esperar um esclarecimento por parte da Corte UE sobre um conceito tão multiforme,[84] dever-se-á, ao depois, verificar se o *standard* requerido em sede supranacional corresponde àquele pretendido em sede doméstica (sobre o ponto, de forma mais geral, *infra*, § 4.°), sob pena de sujeitar o princípio de mútuo reconhecimento em que se inspira o mandado de prisão europeu a ulteriores conflitos pela "geografia variável".

Uma outra confirmação do quão avançado e radical está o atual processo de refundação do princípio da proporcionalidade, em seus diversos componentes e atuações, e de quão concreta, e iminente, é a problemática que se vem forjando no ambiente multinível.

---

um caso relativo à posse de pequenas quantidades de droga considerou o mandado de prisão europeu desproporcional e recusou a entrega às autoridades polacas.

83. Na sentença citada os juízes expressamente ressaltaram que "O controle de proporcionalidade de uma ordem de prisão para extradição alemã não deve ser confundido com um controle de proporcionalidade do mandado de prisão europeu com base no qual a ordem tenha sido emitida"; o primeiro, com efeito, assume um ponto de fuga do ordenamento interno, fundado na dimensão doméstica do princípio da proporcionalidade e nos critérios elaborados no mérito do *Verhaltnismaßigkeitsgrundsatz* (a respeito do direito de liberdade e segurança, custos e esforços referentes ao procedimento de extradição, inclusive a prisão para fins de extradição, significando a imputação e a severidade da possível condenação; existência de alternativas razoáveis para o Estado requerente etc.) ao passo que o segundo tem como objeto a legitimidade do ato europeu, à luz do art. 49, 3 da Carta (para maior profundidade sobre a questão, conferir L. Romano. Op. cit., p. 11 s. do texto impresso).

84. Não é um caso em que na relação final sobre o quarto ciclo de valoração recíproca a respeito do mandado de prisão europeu e os procedimentos de entrega entre os Estados membros da União Europeia tenha sido ressaltada a diversidade de análises em nível de *proportionality check*, tornando objeto de uma recomendação específica negada pela dupla exigência de introduzir o requisito da proporcionalidade na emissão do mandado europeu e de propiciar, nesse campo, soluções homogêneas dos diversos Estados membros; ainda sucessivamente, o Conselho requereu já em sede de emissão uma maior atenção ao controle de proporcionalidade, também com o fim de evitar a expedição de manado de prisão europeu em relação aos – cada vez mais frequentes – "casos de bagatela" (*trivial cases*) [conferir, ainda, L. Romano. Op. cit., p. 13 ss. do texto impresso].

2.2.3 *O princípio do* ne bis in idem

Retomando a questão, pode-se enfim observar que em alguns casos a "palingênese" resulta da própria aplicação do princípio em um novo sistema institucional.

Há um exemplo na evolução que caracterizou o princípio do *ne bis in idem*, que está progressivamente abandonando sua originária dimensão *interna*, e ganhando campo no plano *supraconstitucional*;[85] aspirando a afirmar-se como verdadeiro e próprio direito fundamental do indivíduo em âmbito europeu (art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia) e – até mesmo – *universal*.

Mais especificamente, sua afirmação no contexto da União Europeia parece enfim desdobrada, tanto que há quem extraia consequências no plano da inaplicabilidade da (divergente) disciplina derrogatória fundada no princípio da territorialidade;[86] ao revés, a sua expansão a níveis ulteriores – cada vez menos regionalizados – permanece ainda confiada a isolados instrumentos bilaterais ou multilaterais, e para manifestar-se plenamente espera ainda "(...) o advento de uma forma suficientemente avançada de sociedade de Estados com vistas a possibilitar, pelo menos para as fundamentais relações da vida, uma certa unidade de disciplina jurídica, e com essa unidade, uma eficácia comum de decisões judiciais".[87]

---

85. Conferir, por exemplo, o amplo e instrutivo quadro oferecido por R. Calò. *Ne bis in idem*: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed instanze di sovranità nazionale. *RIDPP*. 2008. p. 1120 ss.

86. Conferir, em particular, Trib. Milão, Ufficio G.i.p., 06.07.2011 (em: [www.penalecontemporaneo.it], com comentário de D. Vozza. Verso un nuovo "volto" del *ne bis in idem* internazionale nell'Unione Europea?), que sustenta – à luz do art. 50 da Carta de Nice – a possibilidade do derrogação da disposição que contempla exceção ao *ne bis in idem* (art. 7.°, l. n. 388 de 1993, que efetivamente previa afastar a aplicação do art. 54 da Convenção de Schengen, referente à vedação de duplo julgamento), afirmando categoricamente que "O princípio do *ne bis in idem* se configura [...] como verdadeiro e próprio direito fundamental do cidadão europeu, estando no âmbito dos princípios jurídicos fundamentais do art. 6.°, par. 2, TUE" expressando ainda: "Em conclusão, pois, o julgador deve manter plenamente operante em âmbito europeu o princípio previsto no art. 50 da Carta de Nice, tornando-se lei primária depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, e, portanto, vinculante para todos os Estados-membros a partir de 01.12.2009. Tal norma, diretamente aplicável no ordenamento interno, não prevê exceção ao princípio fundamental do *ne bis in idem*, devendo ser afastada, pelas razões expostas acima, as disposições do art. 55 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen".

87. Corte Constitucional, Sentença 48/1967; ver, outrossim, Corte Constitucional, Sentença 69/1976, segundo a qual "O princípio *ne bis in idem* não pode ser considerado,

2.3 Cross-fertilization

Um outro efeito derivado da circulação dos princípios penais nas dinâmicas multinível é identificável, por fim, na "fecundação-cruzada" à qual eles são expostos, compreendida como enriquecimento dos perfis de tutela consolidados no plano interno à luz de uma hibridização com as reivindicações garantistas derivadas das sentenças das Cortes Europeias.

Basta pensar-se em um princípio tradicional como aquele do art. 27, § 3.°, da Constituição italiana, o qual foi recentemente objeto de pronúncia da Corte Europeia sobre o art. 3.° ("vedação a tratamentos inumanos e degradantes"), e – marcadamente – as reiteradas condenações pela violação da citada garantia nos casos de superlotação carcerária: tem-se deduzido até mesmo um direito a ressarcimento do dano (não patrimonial) para os detentos que tenham cumprido a pena em tais condições,[88] práticas tidas como lesivas do "direito" a um tratamento penitenciário que – respeitando a dignidade humana – não anule desde logo o projeto de ressocialização imposto à pena pela teleologia constitucional.[89]

---

com relação a sentenças estrangeiras, como princípio geral do direito reconduzível à categoria de normas do direito internacional geralmente reconhecidas, objeto de recepção automática no sentido do art. 10 da Constituição. Isso é confirmado pelo fato de que é apenas nos dias de hoje que esse princípio se tornou objeto dos acordos internacionais e que a sua afirmação mesmo que em vias convencionais tem encontrado múltiplas dificuldades, mesmo na aplicação nas sentenças penais".

88. Cfr. Tribunale di Sorveglianza di Lecce (ordenança de 09.06.2011, Juiz Tarantino, in: [www.penalecontemporaneo.it], com comentários de A. Ingrassia), que reconheceu o direito ao ressarcimento do dano não patrimonial (ex art. 2059 do Código Civil) ao detento que tenha cumprido pena em superlotação, partindo – substancialmente – de uma releitura do art. 27, par. 3, da Constituição, "amplificada" à luz das orientações da Corte Europeia sobre o art. 3.° da Convenção Europeia de Direitos Humanos (por exemplo TEDH, *Sulejmanovic v. Italia*, 16.07.2009): sobre a sentença daquele juiz, conferir as observações de V. Fanchiotti. *Glocalizing prisoner's rights*: dalla Carlifornia ala Puglia. *DPP*. 2012, p. 118 ss.; também a respeito, A. Gargani. Sicurezza sociale e diritti dei detenutti nell'età del sovraffollamento carcerario. *DPP*. 2012. p. 633 ss.

89. Trata-se, obviamente, apenas de uma experiência, mas nas indicações da jurisprudência constitucional, inclusive em matéria penal, são dados outros exemplos de contaminação similar: pode-se talvez ler nesse sentido a Sentença Corte Constitucional 245/2011, sobre a ilegitimidade da vedação de contrair matrimônio para estrangeiros irregulares, quando não se é por essa razão "(...) como a resposta do juiz constitucional, amplamente confirmativa do implante argumentativo proposto pelo juiz remitente, seja virtuosamente enriquecido pelo precedente da Corte Europeia já mencionado, bem como ao ordenamento de remissão, mais do que nunca capaz de

Além da solução afirmada no caso em questão, parece emergir uma enésima confirmação, ainda sob esse perfil, de como as reivindicações supranacionais podem fazer expandir a Constituição, confirmando sua natural vocação de ser promovida e aplicada *magis ut valeat*.

3. AS INSÍDIAS DO LABORATÓRIO MULTINÍVEL: DESANALOGIAS, *CHERRY-PICKING*, FALSOS SILOGISMOS

É certo que esse cenário não está livre de nuances opacas.

Não apenas porque – como se demonstrava – as reivindicações supranacionais escondem, não raramente, possíveis curvaturas antigarantistas, embora denunciadas com pungente diligência em alguns estudos recentes.[90]

Mas também porque a amplíssima e variada "normotipologia" de impulsos extraídos do cenário que acabamos de percorrer, alimentando a dimensão judicial do direito penal[91] – e sacrificando cada vez mais o controle concentrado de constitucionalidade, centrifugando-o em sede difusa[92] –, expondo constantemente o juiz comum ao risco de que o constitucionalismo multinível seja concebido como forma de "supermercado de direitos",[93] e também à tentação

---

desmentir as vozes de quem não colheu dos preceitos do art. 12 qualquer elemento útil para confirmar a distonia do art. 16 do Código Civil com o direito fundamental do homem – cidadão, estrangeiro irregular ou não –, a contrair matrimônio" (R. Conti. La scala reale dela Corte costituzionale sul ruolo dela CEDU nell'ordinamento interno. *Corr. Giur*, n. 09, p. 1243 ss, 1262 ss, 2011).

90. Remissão se faça, sobretudo, aos trabalhos já mencionados de V. Valentini (*retro*, nota 22), além de Id. Legalità penale convenzionale e obbligo di interpretazione conforme ala luce del nuovo art. 6 TUE. *Diritto penale contemporaneo*, n. 02, p. 167 ss., 172 ss, 2012.

91. Além de M. Donini. *Europeismo giudiziario*... cit., passim, ver também – no contexto da controversa reivindicação de F. Giunta na revista *Criminalia* (2011) – as ricas contribuições de G. Fiandaca. Op. cit., p. 79 ss., e A. Gargani. *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudici tra principio di legalità e diritto europeo*, ivi, 99ss.

92. A respeito, M. Cartabia. L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea. In: Id. *I diritti in azione*. Bologna, 2007. p. 13 ss.; Id. I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri? *Giornale di dir. Amm.*, n. 03, p. 221 ss., 2010; sobre o avanço no protagonismo do juiz comum que acompanha o triunfo do *rights-based discourse*, em detrimento da Corte Constitucional, ver ainda – como resultado de um mais geral, estimulante estudo – as (preocupantes) reflexões de E. Lamarque. *Corte costituzionale e giudici nell'Italia republicana*. Bari, 2012. p. 101 ss. do texto impresso.

93. Cfr., nesse sentido, E. Lamarque. Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune. *AA.VV. Corte costituzionale,*

de manipular os princípios, inclinando a argumentação às mais diversas "distorções confirmativas" (*confirmation biases*).

Entre essas – em especial na presença das infinitas possibilidades combinatórias abertas pela rica quantidade de decisões das Cortes Europeias e dos efeitos "de facto erga omnes" das próprias pronúncias de Estrasburgo,[94] assim como a validade "além do caso concreto" das denominadas "sentenças-piloto"[95] – emergem, principalmente, aquelas suscitadas pela utilização sele-

---

giudici comuni e interpretazioni adequatrici. Milão, 2010. p. 97 ss.; analogamente, D. Pulitanò. *Orizzonti attuali*... cit., p. 26.

94. A definição de efeitos "*de facto erga omnes*", reconhecida pelo *case-law* do TEDH também nos confrontos de Estados "terceiros" a respeito do juízo (não apenas ao resultado dos *pilot judgment procedures*), foi oferecida pelo Presidente J. P. Costa, na *Foreword* da *Annual Report of the ECHR*, 2008 como relembrado por D. Spielmann. Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe. In: M. Rosenfeld; A. Sajo (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional law* cit., p. 1231 ss., 1243; ainda, E. Fura; Sandstrom. Amplifying the Effect of the Court's Case-law in the States Parties. *Council of Europe Steering Committee for Human Rights (CDDH). Reforming the European Convention on Human Rights: A Work in Progress*. 2009. p. 511; relevantes críticas a respeito, todavia, em E. Lamarque. *Il vincolo alle legge statali e regional derivante dagli obblighi internazionali*, cit. p. 189 s. (e nota 136), mantendo o reconhecimento de tais efeitos ainda que em contraste com o art. 46 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

95. Como reconheceram as Seções Unidas da Cassação, recentemente, na ordenança que suscitou questões de legitimidade constitucional dos arts. 7 e 8 da Lei 341/2000 (com referência aos arts. 117, §§ 1.°, e 3.°, da Constituição) em relação às consequências, em casos análogos, da sentença *Scoppola v. Italia* (a respeito, ver F. Viganò. Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDH in Scoppola c. Italia. In: [www.penalecontemporaneo.it]): Cfr. Seções Unidas, ordenança 19.04.2012, n. 34.472, Ercolano (In: [www.penalecontemporaneo.it], com comentário de F. Viganò. Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordenamento ai principi sanciti dalla Corte EDH nella sentenza Scoppola), segundo a qual as sentenças da Corte Europeia que aceitam defeitos "sistêmicos" ou "estruturais" no ordenamento do Estado resistente, dos quais depende a violação dos direitos convencionais dos recorrentes (como, no caso, a própria sentença de *Scoppola*), não tem validade limitada ao caso concreto, mas – com base na interpretação extensiva do art. 46 da Convenção Europeia de Direitos Humanos expressamente enunciada a partir do caso *Broniowsky v. Polonia* em 2004 e feita pelo Comitê dos Ministros do Conselho da Europa – impõem ao Estado o dever de eliminar tais defeitos estruturais para prevenir as violações dos direitos convencionais de todos aqueles que se encontrem em uma situação idêntica àquela discutida no caso concreto, prescindindo do fato de que estes não tenham tempestivamente recorrido (ao termo de seis meses da decisão definitiva, conforme art. 35,

tiva e arbitrária dos "precedentes" e dos próprios "princípios": para valorar a própria argumentação (*myside bias*), por exemplo, retoma-se um princípio, ou um subprincípio, que na realidade tem uma precisa – e diversa – contextualização no caso concreto no âmbito em que é enunciado (concluindo uma "desanalogia"), ou ainda um princípio aplicado em uma sentença mas não utilizado em outras, assim não sendo por si só generalizável (recaindo, essencialmente, na *fallacy of cherry-picking*): ou se busca extrair até mesmo um princípio nunca afirmado, elaborando-o *motu proprio* pela junção de duas afirmações distintas (realizando um "falso silogismo", que implica – a partir de duas premissas "verdadeiras" – uma dedução não necessária, e, portanto, "falsa").

O uso distorcido do *case-law* (não apenas) europeu pode, obviamente, ocultar muitas outras insídias; e a sensibilidade de tais aspectos é amplificada – em última análise ao juiz, porém mais genericamente ao jurista italiano – pela falta de um adequado substrato metodológico na gestão da jurisprudência casuística do TEDH, e no manejar corretamente um instrumento tipicamente alheio, feito de *rationes decidendi* e de *obiter dicta*, e sobretudo do devido *distinguishing*.[96]

A Corte Constitucional, de resto, já advertiu quanto aos pontos críticos do novo horizonte cultural – e da relativa, complexa bagagem metodológica – ressaltando principalmente, e em várias ocasiões, como o confronto analógico entre os casos "representa um pressuposto necessário para 'importar' o princípio afirmado em sede europeia no âmbito do controle da legitimidade constitucional".[97]

Mas as "desanalogias" são frequentes, não apenas em matéria penal, bem como os apelos arbitrariamente seletivos ou distorcidos,[98] ou os silogismos "impróprios".

2, da Convenção Europeia). Sobre a evolução da técnica de "sentenças-piloto", recentemente, M. Fyrnys. Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of European Court of Human Rights. *German Law Journal*, n. 12, p. 1231 ss., 2011; M. Breurer. Zur Fortentwiklungen der Piloturtilstechnik durch den EGMR. *in EuGRZ*. 2012. p. 1 ss.

96. A respeito, como um autorizado guia, L. Wildhaber. Precedent in the European Court of Human Rights. In: Id. *The European Court of Human Rights* (1998-2006). N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006. p. 154 ss.

97. Entre outras, Corte Constitucional, Sentença 239/2009.

98. Ver, recentemente, a questão suscitada pelo Juiz tutelar de Spoleto, na questão da interrupção voluntária da gravidez, referindo-se a uma sentença do Tribunal de Justiça Europeu (CGUE, 18.10.2011, C-34/10), *Brustle v. Greenpeace*), referente à inter-

A esse último modelo – por exemplo – parece remeter também a tese que sustenta ser possível dessumir da jurisprudência do TEDH o princípio da retroatividade da mutação jurisprudencial favorável, extraindo o argumento em realidade de uma junção de *dois* princípios enunciados em contextos – intencionalmente – diversos, a saber, o princípio da retroatividade da lei mais favorável, de um lado, e a equiparação entre jurisprudência e leis, de outro.

Como a Corte Constitucional evidenciou já na citada Sentença 230/2012, em realidade, sobre esse ponto específico o TEDH parece silente, tendo sempre confirmado a *lex mitior* em relações a modificações *legislativas*, e, no mais, deixado espaço à "margem nacional de apreciação".[99]

As razões são, todavia, facilmente compreensíveis: uma coisa é proclamar a irretroatividade dos *overruling in malam partem*, em que subjaz uma precisa instância garantista, outra coisa é postular que as mutações jurisprudenciais tenham efeito também sobre relações pregressas, e quiçá exauridas, segundo cadências que, com efeito, não se afiguram previstas nem mesmo nos contextos de *common law*.

Obviamente o silêncio do TEDH não exclui a possibilidade de esclarecimentos futuros, tampouco a possibilidade de um único Estado valorizar autonomamente a própria "escolha de campo" no mérito, de forma coerente ao próprio ordenamento interno; mas não parece poder ser o juiz a efetuar, *en solitaire*, uma similar "utopia".

---

pretação do art. 6.º, 2, al. "c"), da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 98/44/CE, *sobre proteção jurídica das invenções biotecnológicas*, a qual teria, com a advertência do remetente "de modo inequívoco", atribuído relevância jurídica ao embrião humano, não apenas definindo-o desde a fecundação, mas o considerando também como um "sujeito" primário de valor absoluto; referência bastante perigosa (e entendida por todos como incoerente, p. ex. a Procuradoria-Geral do Estado em sua intervenção), além da decisão final da Corte no mérito (que rejeitou a questão reconhecendo a irrelevância no juízo *a quo*, ordenança 196/2012).

99. Além da Sentença *Scoppola v. Italia*, em que nada se diz especificamente em relação ao mérito da retroatividade de interpretação jurisprudencial (mais) favorável, cfr. também a já citada Sentença TEDH, 10.07.2012, *Del Rio Prada v. Spagna*, em que – ante a premissa de que os Estados são "livres para modificar suas políticas criminais, especialmente reforçando a repressão aos delinquentes e aos delitos" – limita-se todavia a esclarecer que "as jurisdições internas não podem aplicar retroativamente e em detrimento do acusado o espírito das modificações legislativas que vieram depois da prática da infração", vez que "a aplicação retroativa das *leis* penais posteriores só é admitida quando a *mudança legislativa* é favorável ao acusado" (destaques nossos).

4. "MÁXIMO NÍVEL DE PROTEÇÃO" *VS.* LÓGICA N.I.M.B.Y

Ao risco de manipulações, contudo, não é exposto apenas o juiz comum, mas também os Tribunais constitucionais; e o risco é tão mais elevado porque concerne ao destino que as flutuações conceituais indicadas terão nos ordenamentos domésticos.

De fato, e mais especificamente, se é previsível que em muitos casos a progressiva equalização das garantias possa produzir uma padronização das culturas constitucionais de diversos países,[100] as cadências de ritmo dessa tendência serão, em realidade, essencialmente remetidas aos tribunais constitucionais nacionais, que são os autênticos *trusteees* dos contralimites (Constituição, art. 11) e os "intérpretes oficiais"[101] – mais genericamente – de todos os princípios que compõem a ordem constitucional (Constituição, art. 117, § 1.°); eles que deverão escolher, diante das reivindicações supranacionais, se devem buscar – em seu arredor – o maior nível de tutela (eventualmente sugerido *ab extra*), ou se proteger em suas posições de retaguarda, ou ainda inclinarem-se a autênticas "lógicas N.I.M.B.Y" (*Not in my backyard!*).

Dentre as curvas de um percurso nem sempre linear e certamente não estabilizado,[102] o primeiro caminho, todavia, parece abertamente reivindicado

---

100. Cfr., com precípua referencia ao "standardizing effect" do princípio da proporcionalidade, B. Schilink. Op. cit., p. 718 ss., 736, ressaltando em particular como o paradigma desse princípio, de um lado, pode reclamar uma progressiva transformação das culturas constitucionais fundadas em uma "tradição doutrinária" em cultura de *case-law*, e de outro – e ao mesmo tempo – poderia introduzir um elemento mínimo doutrinário nas culturas constitucionais fundadas na tradição de *case-law*.

101. A. Stone Sweet. Constitutional Courts. In: M. Rosenfeld; A. Sajo (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law* cit. 2012, p. 822.

102. Ver, por exemplo, A. Ruggeri. La Corte costituzionale "equilibrista", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDH. In: [ww.giurcost.org]. 07.11.2011; ainda, Id. Costituzione e CEDU: alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema", ibidem, ressaltando a passagem de uma "tendência rígida" a uma "acentuada flexibilidade das relações", "que depois se traduz em uma vistosa mobilidade e fluidez e também – a dizer tudo – em uma igualmente notável, talvez excessiva, complicação", ou à "(...) impressão de uma certa inquietude que vez ou outra parece perceber-se no seio da Consulta, por meio do gradual ajuste e aperfeiçoamento do próprio endereço, esta última buscando um equilíbrio no plano das relações com o TEDH que se sabe ainda não haver sido atingido e que talvez nunca mais o seja, mas se acredita que também tal Corte, assim como a Corte da União, estão hoje à espera de uma estabilidade ainda não atingida, ao menos não da forma e medida plenamente satisfatórias".

por uma importante sentença da Corte Constitucional, a de número 317 de 2009, ainda hoje em termos de comparação por haver transferido a atenção do plano formal ao plano material,[103] pelo *ethos* capaz de exprimir bem como pela sensibilidade sistemática demonstrada ao ressaltar com vigor o papel dos critérios de subsidiariedade e "favorabilidade" (*Günstigkeitsprinzip*) que – em nível de princípio – inspiram cada sistema de proteção supranacional de direitos humanos (art. 53 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; art. 53 Carta de Nice), visualizando os Tribunais como *floor courts* responsáveis por estabelecer um *standard* mínimo de tutela sempre derrogável *in melius* pelos Tribunais nacionais, e não como *ceiling courts* responsáveis por estabelecer o "teto máximo" de proteção das garantias.[104]

Nas linhas da sentença ora citada,[105] em particular – partindo-se do confronto entre Constituição e Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas com uma argumentação suscetível de uma validade mais geral –, resta claramente asseverado que "no que concerne a um direito fundamental, o respeito às obrigações internacionais jamais pode constituir uma causa de diminuição da tutela em relação àquela já garantida pelo ordenamento interno, mas, ao contrário, pode e deve constituir um instrumento eficaz de ampliação dessa mesma tutela (...)", determinando ainda – em termos ainda mais eficazes e ressonantes – que "(...) o confronto entre a tutela convencional e a tutela constitucional dos direitos humanos deve ser efetuado visando à máxima expansão

---

103. Ressaltam-no autorizadamente, entre outros, A. Ruggeri. *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni* cit., p. 888 ss, e D. Pulitanò. *Orizzonti attuali...* cit. p. 26 s.

104. Isto é, como jurisdições orientadas a definir um *standard* mínimo de tutela, sempre derrogável *in melius* pelos tribunais constitucionais nacionais.

105. Corte Constitucional, Sentença 317/2009, em que ao centro da impugnação estava a análise, ou o requerimento do remetente, quanto à compatibilidade entre o direito de defesa do réu assim como intensificado pelas garantias processuais codificadas pela Corte Europeia e o princípio da duração razoável do processo, do art. 111 da Constituição.
Mediante uma riquíssima fundamentação, a Corte chegou à conclusão de que essa última disposição constitucional não poderia de um lado impor "uma plena tutela do princípio do contraditório", e de outro, ao mesmo tempo, autorizar "todas derrogações reputadas úteis ao escopo de abreviar a duração dos procedimentos"; e a partir disso – constatada a insubsistência de preclusões constitucionais à introjeção de direitos do réu conforme elaborados em sede europeia – a inconstitucionalidade da disposição processual questionada "na parte em que obsta o retorno do réu que não tenha tomado conhecimento do processo, no prazo para propor impugnação, quando a mesma impugnação já foi imposta pelo defensor".

das garantias, também pelo desenvolvimento da potencialidade interna às normas constitucionais que tem como objeto os mesmos direitos".[106]

Em síntese, assim resta demonstrado como o ponto de equilíbrio da composição sistêmica entre Constituição e Convenção Europeia de Direitos Humanos, e o pressuposto da observância do ordenamento "interno", seja que o ingresso da fonte externa não implique um escape do direito constitucional, mas faça derivar – ao revés – "um *plus* de tutela para todo o sistema [nacional] dos direitos fundamentais":[107] mas quem leu essa decisão com olhos mais

106. Corte Constitucional, Sentença 317/2009 (destaques nossos), da qual é oportuno retomar a inteira passagem de que se extraiu o trecho citado: "com referência a um direito fundamental, o respeito das obrigações internacionais não pode nunca ser causa de uma diminuição da tutela em relação ao que é já garantido pelo ordenamento interno, mas, ao contrário, pode e deve constituir instrumento eficaz de ampliação da mesma tutela. Se se assume esse ponto de partida na consideração das inter-relações normativas entre os vários níveis de garantias, alcança-se facilmente a conclusão de que a valoração final acerca da consistência efetiva da tutela nos casos individuais é fruto de uma combinação virtuosa entre a obrigação do legislador nacional de adequar-se aos princípios postos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos – em sua interpretação judicial, institucionalmente atribuída à Corte Europeia por seu art. 32 –, a obrigação que de igual modo incumbe ao juiz comum de dar às normas internas uma intepretação conforme aos preceitos da convenção e a obrigação que enfim incumbe à Corte Constitucional – nas hipóteses de impossibilidade de uma interpretação corretiva – de não consentir que continue a ter eficácia no ordenamento jurídico italiano uma norma da qual se haja reconhecido o *déficit* de tutela em relação a um direito fundamental. No mais, o art. 53 da mesma Convenção estabelece que a interpretação das disposições ali apostas não pode implicar níveis de tutela inferiores àqueles assegurados nas fontes nacionais. O reconhecimento de eventual *déficit* de garantia deve, pois, ser tratado em comparação a um nível superior já existente e juridicamente disponível com base na contínua e dinâmica integração do parâmetro constituído pelo vínculo de respeito às obrigações internacionais, de acordo com o art. 117, § 1.°, da Constituição. É evidente que esta Corte não apenas não pode consentir que se determine, pelo art. 117, § 1.°, da Const., uma tutela inferior àquela já existente no direito interno, mas também não pode admitir que uma tutela superior, que seja possível introduzir pela mesma via, permaneça subtraída do titular de um direito fundamental. A consequência dessa lógica é que o confronto entre tutela convencional e tutela constitucional dos direitos fundamentais deve ser efetuado objetivando a máxima expansão das garantias, também pelo desenvolvimento da potencialidade inerente às normas constitucionais que têm como objeto os mesmos direitos".

107. Ressalta-o, recentemente, também F. Gallo. *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDH*... cit., sublinhando como, no requerimento desse "*plus* de tutela", "a Corte Constitucional se dispõe assim a um confronto aberto com a jurisprudência comu-

sensíveis suscitou indicações fundamentais também para a hipótese simétrica e contrária, levando em conta "que a Convenção possa afirmar-se mesmo em detrimento da Constituição, portando-se mais à frente desta última na via de salvaguarda dos direitos";[108] e nesse sentido ressaltando a importância primária das relações "interjurisprudenciais" e fazendo um apelo a um princípio de cooperação entre os juízes.[109]

Em contrário, o caminho do "xequemate" no tabuleiro constitucional é obviamente multiforme e pode passar por várias "técnicas de escape" (não apenas através da cada vez mais reivindicada autonomia interpretativa quanto às sentenças de Estrasburgo,[110] ou mediante uma instrumentalização do *distinguishing*);[111] é assim um caminho mais ruidoso, mas não menos frequente

---

nitária e internacional, não retraindo sua lógica nacionalista, mas reconfirmando a disponibilidade de superar o mesmo princípio de soberania da Constituição política quando sirva a ampliar a tutela dos direitos da pessoa".

108. Nesse sentido, A. Ruggeri. *Costituzione e CEDU*... cit., p. 7, segundo o qual "assim estando as coisas, queda-se, contudo, prejudicada a qualificação da Convenção como fonte subconstitucional, na medida em que se admita em tese que as duas Cartas possam, em equilíbrio, jogar a partida igualmente, em uma sã e leal competição com vistas à melhor satisfação dos direitos", até a conclusão pela qual, "(...) porquanto nada exclui a possibilidade de que mais normas possam aventar a mesma 'cobertura' nos valores liberdade e igualdade, em seu 'sistema' com os valores restantes, se há quem diga que os direitos da Carta (e, assim, da Convenção) possam participar em paridade de armas em operações de sopesamento com os direitos da Constituição, nesse caso (...) os balanceamentos interordenamentais se resolvem por um inteiro sopesamento endoconstitucional, assim como todos ainda referidos à comunidade, em 'cobertura' não diversa daquela dos arts. 2 e 3 da Carta".

109. "Todos verdadeiramente considerados 'horizontais' (...), sem, portanto, qualquer axiomática, forçosa, classificação entre eles; sejam juízes comuns e sejam ainda juízes *materialmente* constitucionais, os quais de maneira cada vez mais marcada e vistosa vão confirmando as mesmas Cortes europeias (...)": A. Ruggeri. *Costituzione e CEDU*... cit., p. 15 s.

110. Remete-se, sobre a questão, às reflexões de E. Lamarque. *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune* cit., p. 177 ss., retomando, em particular, o menor rigor imposto pelo *Human rights act* no ordenamento inglês; à mais alarmante denúncia de P. Ferrua. L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo. *Processo penale e Giustizia*. 2011. p. 116 ss.; ou ainda a P. Gaeta. Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale. In: [www.penalecontemporaneo]. p. 13 s. do texto impresso.

111. Por exemplo, além do *distinguishing* – do qual (como evidenciado por R. Conti. Op. cit., p. 1243 ss., 1259 ss.), há um claro exemplo na citada Sentença 236/2011, referen-

e perceptível, e tomado quando se busca adaptar não as leis domésticas à Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas a Convenção às leis domésticas.[112]

Um caminho que se esconde atrás da ideia de que a Constituição seja uma fonte perfeita em si e por si, autossuficiente e autorreferente,[113] e que à sua volta oculta precípuas concepções de soberania, as quais resultam tão mais difíceis de se desconstituir e depurar quanto mais se remete à *Realpoitik* do caso concreto, ou dos problemas "de sistema" em sua retaguarda.

5. DUPLO CENÁRIO E *CHILLING EFFECT*

Existe, destarte, a possibilidade de um duplo cenário – cooperativo ou conflitivo[114] – nas relações entre as Cortes internas e as Cortes europeias,[115] tam-

---

te ao princípio da *lex mitior* e à atinente à admissibilidade das derrogações pertinentes – uma outra "técnica de escape" dos vínculos provenientes da Convenção Europeia de Direitos Humanos consiste em limitar-se a se conformar ao mérito da jurisprudência EDH (cfr. também A. Ruggeri. *Costituzione e CEDU*... cit., p. 9 ss.)

112. Parafraseando o que afirmava R. Bin. L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge, extrato provisório da conferência para a convenção anual da A.I.C. sobre o tema "La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa". Roma, 27-28.10.2006, § 7. In: [www.associazionedeicostituzionalisti.it], por M. D'Amico. Interpretazione conforme e tecniche argomentative. In: M. D'Amico; B. Randazzo (ed.). *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*. Torino, 2009. p. 499 ss., 500.

113. Cfr. também A. Ruggeri. *Costituzione e CEDU*... cit., p. 4, ressaltando como essa doutrina "deita suas raízes no mito setecentista de memória da onipotência do poder constituinte, capaz de criar *ex nihilo* uma nova ordem constitucional perfeita em torno de si, harmoniosa em cada parte, desprovido de quaisquer contradições ou lacunas (...)", e faz nascer a imagem de "um tipo de Constituição-'total', que praticamente diz *tudo sobre tudo* e que é por isso capaz de garantir qualquer direito, ou, mais genericamente, bem da vida, nominado ou não".

114. Ver, com referência à jurisprudência do TEDH, as observações do Juiz L. Garlicki. Some Observations on Relations between the ECtHR and the Domestic Jurisdictions. In: J. Iliopoulos-Strangas (ed.). *Cours suprêmes natonales et cours euroéennes: Concurrence ou Collaboration?: in Memoriam Luois Favoreu*. Athen, 2007. p. 305 ss.

115. Além disso, obviamente, sobre uma possível competição entre as mesmas Cortes de Luxemburgo e Estrasburgo: ver também a perspectiva penal de A. Ott. Multilevel Regulations Reviewed by Multilevel Juridictions: The ECJ, the National Courts and the EctHR. In: A. Follesdal; R. A. Wessel; J. Wouters. *Multilevel Regulation and the EU*. Leiden-Boston, 2008. p. 345 ss., 357 ss.; sobre as relações entre a Tribunal de Justiça da União Europeia e as jurisdições constitucionais na perspectiva penal, ver, por exemplo, S. Manacorda. Cour des justice et jurisdictions constitutionelles: quelles

bém na interação que mantêm quanto ao objeto da tutela dos direitos fundamentais, e as suas reconstruções interpretativas:[116] e isso envolverá, fatalmente, também o grau de definição das próprias garantias penais.

Como se viu, já na presença da Convenção Europeia de Direitos Humanos são manifestadas experiências bastante afastadas de uma colaboração "a espelho"[117] e fortemente contrastantes,[118] não apenas em nosso país,[119] as quais

---

interactions en droit pénal?, trabalho desenvolvido para o *Colloque international* "Le droit pénal de l'Union Européenne au lendemain du Traité de Lisbonne". Paris, 27-28.01.2011, texto impresso.

116. No mais, a Corte Constitucional – sem poder analisar a interpretação da Convenção acolhida pelo TEDH – se afirma legitimada a "valorizar como e em qual maneira o produto da interpretação da Corte Europeia se insere no ordenamento constitucional italiano", e, marcadamente, se ela se põe em conflito com outras normas da Constituição (Corte Constitucional, Sentenças 317/2009 e 236/2011), reservando-se de fato uma "avaliação da interpretação" do juízo de Estrasburgo.

117. Ver também, em referência à experiência inglesa D. Spielmann. Op. cit., p. 1243 ss.; uma postura frequentemente servil do Tribunal Constitucional Alemão em relação ao TEDH – com adaptações interpretativas voltadas a uma estratégia de evasão do conflito que frequentemente se resolve como um "ato de submissão unilateral" – relatado por C. Hillgruber. *Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren*, JZ. 2011. p. 861 ss., 870 s.

118. Um dos casos mais impressionantes foi o da vigorosa defesa do critério de cômputo dos anos indenizáveis de um processo previstos na Lei Pinto, considerado pela Corte de Cassação por vários motivos mais adaptado ao nosso ordenamento do que aquele imposto pelo TEDH, a qual ao fim – frente à tenacidade do juiz de legitimidade italiano – chegou a reconhecer que a disposição da Lei Pinto prevê a indenização apenas dos anos que excedem a razoável duração do processo (e não de todo o tempo em que se vê prolongado o processo irrazoavelmente longo, como determinava anteriormente a mesma jurisprudência europeia) não está em conflito por si só com a Convenção (TEDH, 31.03.2009, *Simaldone v. Italia*; a respeito, cfr. E. Lamarque. *Il vincolo alle leggi statali*... cit., p. 160 ss.).

119. Basta a remissão – não obstante a postura "substancialmente complacente" por parte do Tribunal alemão (conferir ainda, com marcadas críticas, C. Hillgruber. Op. cit., p. 871) – à conturbada questão da retroatividade (do prolongamento da duração e da aplicação póstuma de) a *Sicherungsverwahrung* (prisão preventiva), que viu suceder uma primeira sentença do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, 04.02.2004, que rejeitou todas as queixas), seguida da sentença de condenação da Corte Europeia (TEDH, 17.12.2009, *M. v. Germania*, depois confirmada por outras decisões), e ainda a declaração de ilegitimidade do Tribunal Constitucional Alemão, malgrado não em relação ao princípio da irretroatividade, mas sim ao princípio da proporcionalidade (BVerfG, 04.05.2011, em que, entre outros, pode-se observar uma síntese reconstrutiva nos comentários de J. Kinzig. Die Neueordnung des Rechts der Sicherheitsverwahrung. *NJW*. 2011. p. 177

– ao menos no que toca ao contexto italiano – talvez se possa tentar desincentivar, antes de mais nada, valorizando plenamente *l'entrenchement* da Convenção no tecido constitucional, e depurando a perspectiva de condicionamentos prejudiciais, assinalando-a aos ordinários balanceamentos.[120]

Com efeito, as perenes ambiguidades e os enormes espaços de valoração suscitados pela doutrina do "parâmetro interposto" afiguram-se, ao Estado, poder até fomentar um *chilling effect*[121] capaz de paralisar os diversos avanços garantistas que o cenário até agora traçado parece entrever; nesse sentido, o reconhecimento de um certo princípio em sede supranacional – a sua eventual *upgraduation* à categoria de *Grundrecht* e a sua inserção no circuito multinível – pode ter como efeito "colateral" a adesão a um parâmetro mais rigoroso em nível doméstico, em sede de balanceamento, e assim produzir até um "enfraquecimento" das garantias no plano interno.[122]

Basta pensar nas oscilações argumentativas em matéria de escrutínio *positivo* de razoabilidade sobre a "derrogação" ao princípio da *lex mitior*[123] em

---

ss.; T. Hörnle. Der Streit um die Sicherheitsverwahrung. *NStZ*. 2011. p. 488 ss.): na perspectiva do diálogo entre as Cortes, ademais, C. Grabenwarter. Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland. *JZ*. 2011. p. 861 ss.; Ch. Michaelsen. "From Strasbourg, with Love" – Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights. *Human Rigths Law Review*. 2012. p. 148 ss.; a problemática suscitou o interesse também da doutrina italiana – ver, sobretudo, M. Pelissero. Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicureza custodiali. In: [www.penalecontemporaneo.it].

120. Segundo a diretriz indicada pela doutrina mais sensível, que – como mencionado (*retro*, nota 108) – não deixa de reivindicar da Convenção Europeia de Direitos Humanos classificação não "subconstitucional" mas "paraconstitucional", "em razão da matéria tratada e, sobretudo, do modo com que a trata, atraindo-lhe a formidável cobertura de todo conjunto dos princípios fundamentais do ordenamento" e, principalmente, dos arts. 2.° e 3.° da Constituição. (A. Ruggeri. Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte Costituzionale allo specchio. In: [www.giurcost.org]. p. 3).

121. Cfr. D. Robertson. *A Dictionary of Human Rights*. London-New York, 1997. p. 43 ss.

122. No mais, ao reconhecimento de um certo princípio, mesmo que patrocinado com autoridade, seguem não raramente interpretações capazes de diminuir ou neutralizar os efeitos *in the facts*: ensina, *inter alia*, a história do princípio da culpabilidade, e a jurisprudência de mérito da Sentença 364/1988, não apenas na questão de "boa-fé" nas contravenções; ver, por exemplo, A. Vallini. *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*. Torino, 2003. esp. p. 288 ss., 292 ss.; outrossim, M. Donini. *Serendipità e disillusioni*... cit., p. 268 ss.

123. Oscilações já ressaltadas por D. Pulitanò. *Giudizi di fatto*... cit., p. 1035.

relação ao tema da prescrição: apenas na Sentença 236/2011, à margem da Sentença do TEDH *Scoppola c. Italia*, aparece na direção dos interesses de relevo constitucional subjacentes ao processo – e assim justificável a derrogação à pretensa retroatividade da mais favorável disciplina da prescrição – não apenas "sua eficiência e salvaguarda dos direitos dos destinatários da função jurisdicional", mas também o "princípio de efetividade do direito penal": uma "novidade" não secundária capaz de enrijecer o *scrutinity-standard* mediante, até mesmo, um parâmetro extremamente flexível e ainda à busca de uma consolidada justificação teórica.[124]

6. O JURISTA *BRICOLEUR*

Se se voltam os olhos ao esboço que rapidamente é traçado, a *vis abtractiva* das dinâmicas multinível se adverte agora como fator central no processo que caracteriza a evolução das Constituições nos contextos individuais, ainda que prescindindo das hierarquias constitucionais individuadas – e mutáveis; a "força tranquila" dos princípios elaborados no *network multilevel*, de resto, é asseverada devido à autoridade dos conteúdos propostos, muito mais do que pelo trâmite de uma certa hierarquia vinculativa reconhecida às diversas fontes no sistema correspondente de pertencimento[125] ou no tecido constitucional interno do país.[126]

---

124. O esforço com maior êxito, conforme observado, deve-se a C. E. Paliero. Il principio di effettività del diritto penale. *RIDPP*. 1990. p. 430 ss.

125. Isso, no mais, é o efeito da dupla perspectiva segundo a qual a incidência da produção jurídica supranacional pode ser examinada: por um lado o plano da "teoria das fontes", por outro o plano da "teoria da interpretação", como esclareceu com autoridade, em tantos trabalhos, ainda Antonio Ruggeri (ver, por exemplo, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*... cit., p. 4), relembrando sempre como em uma importante sentença – a de número 388/1999 – a Corte já havia desde muito enunciado o princípio segundo o qual a Constituição e as Cartas internacionais de direitos "integram-se, completando-se reciprocamente na interpretação".

126. Com efeito, tanto a incorporação (substancial) da Carta de Nice nos tratados (TUE, art. 6.º), quanto a caracterização adquirida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos em alguns contextos (como no italiano, desde as denominadas sentenças gêmeas: Corte Constitucional, Sentenças 348 e 349 de 2007) são fatores que ratificaram – quase como um *hysteron proteron* – uma influência já claramente descoberta desde antes, não apenas nos percursos jurisprudenciais italianos, e ainda perceptíveis – quanto à Convenção – também nos contextos em que a essa fonte continua-se a reconhecer um caráter secundário ou até mesmo indefinido, mas nem por isso de menor autoridade.

Na seara penal, o protagonismo dessas dinâmicas, e da força centrípeta dos princípios, parece pleno de consequências adicionais, porque – à margem do papel adquirido pela Cortes europeias e em geral da "jurisprudência-fonte" – parece afirmar uma dogmática mais *blasè*, a qual amortece a própria sensibilidade a respeito da diferenças, ou talvez uma metadogmática orientada e funcionalizada sobretudo no sentido da nova dimensão dos princípios, e destilada, gradualmente, nos caminhos das Cortes europeias.

Os conceitos, as categorias – as "noções autônomas" – gradualmente emersos se vão vascularizando no sistema; e os juízes comuns – também os juízes italianos –, a despeito de seu costume "praxeomórfico", inclinado a esquemas habituais e a paradigmas sedimentados de uso corrente, demonstram sempre maior sensibilidade e propensão a um diálogo que os atrai para um papel protagonista no laboratório aberto pela reconstrução do "sistema".

É certo que no canteiro jurídico europeu o material reconstrutivo é já infinito, e se renova cotidianamente nas mãos do jurista: este, como o *bricoleur* de Lévi-Strauss, "deve executar um grande número de tarefas diferenciadas, mas diversamente do engenheiro não está subordinado à posse de matéria-prima e ferramentas, concebidos e procurados expressamente para a realização de seu projeto"; mais além, maneja um conjunto sempre novo de ferramentas e materiais, um instrumento "prototípico" que frequentemente parece não ter relação com o projeto do momento, e que é feito de resíduos de construções e de destruições antecedentes, que "servem" e que "podem ainda servir para o mesmo uso, ou para um uso diferente se se modifica apenas o seu primitivo funcionamento".[127]

Se assim o é, aprender a gerir esses instrumentos aparentemente prodigiosos, evitando distorções seletivas ou manipulativas, é, pois, o desafio que nos espera.[128]

---

127. C. Lévi-Strauss. *Il pensiero selvaggio*. 1966. p. 30 ss.: "Observemos o trabalho: como apaixonado, o seu modo de proceder é inicialmente retrospectivo: ele deve voltar-se a um conjunto de ferramentas e materiais já constituído, fazer e refazer a lista, e, enfim, sobretudo, travar com ela um tipo de diálogo para listar, antes de escolher uma, todas as respostas possíveis que pode oferecer ao problema posto".

128. Ver, a respeito, a preocupada reflexão de R. S. Brown. How Do Judges Cope with Multilevel Regulation? In: A. Follesdal; R. A. Wessel; J. Wouters (eds.). *Multilevel Regulation and the EU*... cit., p. 213 ss.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As bases do processo penal transnacional, de Bernd Schünemann – *RBCCrim* 90/189;
- Princípios fundamentais do direito penal, de Cezar Roberto Bitencourt – *RBCCrim* 15/81; e
- Retroatividade penal benéfica a conjugação de leis penais sob a ótica constitucional, de Vinicius de Toledo Piza Peluso – *RBCCrim* 88/143.

1

La "contribución en el crimen cometido por un grupo" como forma de atribución responsabilidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

"Contribution to the Crime Perpetrated by a Group" as a means to assign responsibility in the Statute of the International Criminal Court

Alejandro Kiss

Letrado de la Corte Penal Internacional. Doctor en Derecho y Master por la Universidad de Münster, Alemania. Licenciado en Derecho, España. Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Área do Direito: Penal

Resumen: El modo de responsabilidad penal previsto en el art. 25(3)(d) del Estatuto de Roma, en el que se criminaliza la contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas que actúa con una finalidad común, ha ganado importante interés en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y en la literatura especializada. Todo indica que este interés se enfatizará en el futuro. Por ello es útil abordar los principales problemas de interpretación que han surgido en su aplicación jurisprudencial. Se comentan por lo tanto la diferenciación entre la contribución en el crimen cometido por un grupo y la coautoría, el "grado" y la "naturaleza" de la contribución (*incluyendo la distinción conceptual* entre las contribuciones "*insignificantes*" y las contribuciones "neutrales"). *También* se discute

Abstract: The mode of liability provided for in art. 25(3)(d) of the Rome Statute, known as the contribution to the commission of a crime by a group of persons acting with a common purpose, has been the subject of increased interest in the jurisprudence of the International Criminal Court and in academia. It is apparent that such interest will grow even more in the future. Therefore it is useful to address the most prominent problems that have arisen in the judicial interpretation thereof. Accordingly, this article addresses the differentiation between the group of persons acting with a common purpose and co-perpetration and also discusses the "degree" and "nature" of the required contribution (including the conceptual difference between "insignificant" and "neutral" contributions).

si el modo de responsabilidad del art. 25(3)(d) *solo* es aplicable a quienes son ajenos al grupo o bien, además, también puede aplicarse a los miembros del grupo que comete el crimen.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional - Estatuto de Roma - Autoría - Coautoría - Participación - Finalidad común - Empresa criminal conjunta - Contribución neutral - Art. 25(3).

Moreover, it addresses the question on whether this mode of liability is only applicable to those who are not members of the group or whether it may also be applied to members.

KEYWORDS: International Criminal Court - Rome Statute - Perpetration, co-perpetration - Participation - Common purpose - Joint criminal business - Neutral contribution - Art. 25(3).

SUMARIO: 1. Introducción - 2. Diferenciación con respecto a la coautoría: 2.1 Plan común o acuerdo de voluntades *vs.* grupo de personas que tienen una finalidad común: 2.1.1 Acuerdo de voluntades o plan común - Coautoría; 2.1.2 Grupo de personas que tienen una finalidad común; 2.2 Contribución en el crimen *vs.* contribución en el plan - 3. Grado y naturaleza de la contribución: 3.1 Contribuciones neutrales; 3.2 Reseña de casos - 4. ¿Aplicación a quienes pertenecen al grupo?: 4.1 Accesoriedad; 4.2 Aspecto subjetivo - 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Quienes[1] se interesan por el derecho penal internacional[2] han analizado desde siempre las formas de autoría y participación a la luz de las decisiones judiciales que se han ocupado de interpretarlas. Junto al enorme valor dogmático que acompaña a las reglas de atribución del comportamiento propio y el ajeno existe un interés práctico que ya ha quedado constatado en los primeros 10 años de actuación de la Corte Penal Internacional (CPI). En efecto, en todos los casos en los que la fiscalía, luego de la audiencia de confirmación de cargos, no ha conseguido llevar a los imputados a juicio, tal fracaso se debió a defectos en la atribución de responsabilidad.

El modo de responsabilidad penal previsto en el art. 25(3)(d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) ha generado notable atención en razón de un número de decisiones recientes de la Corte. En la situación

1. Las opiniones que se expresan en este artículo deben ser atribuidas al autor y no reflejan necesariamente las de la Corte Penal Internacional ni las de ninguna otra institución.

2. Este trabajo, con algunas modificaciones, fue publicado en A. Gil Gil; E. Maculan (coords.). *Intervención delictiva y derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson, 2013.

de República Democrática del Congo (DRC) esta norma se ha empleado recientemente en la imputación contra *Katanga*[3] y también se ha discutido tanto en la decisión que declina la confirmación de cargos contra el *Calixte Mbarushimana*[4] como en un voto de la Sala de Apelaciones en el mismo caso.[5] En situación de Sudan, Darfur, se ha aplicado en los casos seguidos contra los imputados *Ahmad Harun*[6] y *Ali Kushayb*[7] y en Kenia en los casos seguidos

3. Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, 21.11.2012, ICC-01/04-01/07-3319. En este caso se analiza la responsabilidad penal de *Katanga* en razón de los crímenes cometidos en febrero de 2003 durante el ataque a la villa de Bogoro en DRC. La fiscalía alegó que *Katanga*, como líder del FRPI, planificó y organizó el ataque y aseguró el envío aéreo de armas y municiones. Recientemente, la Sala II ha recurrido a la Regla 55 y ha anunciado que la calificación legal (el modo de atribución de responsabilidad) podría cambiarse en los términos del art. 25(3)(d).
4. Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red. En este caso se analizó, y se descartó, la responsabilidad de *Mbarushimana* en los crímenes cometidos en 2009 por un grupo armado (el FDLR) en una región denominada "Los Kivus" en DRC. Este grupo lanzó guerra multidimensional, compuesta de una campaña mediática, un frente diplomático y uno militar que, con la finalidad de crear una catástrofe humanitaria y lograr concesiones políticas, llevaba a cabo ataques contra civiles. Según la fiscalía, en apoyo de este plan, *Mbarushimana* escribía desde Europa artículos periodísticos y hacía declaraciones públicas en las que negaba los delitos. El ocultamiento de los delitos y la convalidación de las acciones del grupo habría disminuido el riesgo de deserción y alentado la comisión de crímenes.
5. Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16.12.2011 entitled "Decision on the confirmation of charges", 30.05.2012, ICC-01/04-01/10-514.
6. Warrant of arrest for Ahmad Harun, 27 April 2007, ICC-02/05-01/07-2-Corr. En este caso se analiza la responsabilidad *Harun* quién, como Ministro de Estado de Sudan (2003-2005), tenía cargo la coordinación de la policía, la milicia, las fuerzas de seguridad y las Milicias Janjaweed (MJ) que llevaban a cabo las actividades de contrainsurgencia. Dada su posición en la mesa de seguridad y sus funciones de coordinación, financiación y provisión de armas se le atribuye haber contribuido en una serie de ataques y crímenes contra civiles pertenecientes a la etnia "Fur".
7. Warrant of arrest for Ali Kushayb, 27.04.2007, ICC-02/05-01/07-3-Corr. *Ali Kushayb* fue miembro de la Fuerza de Defensa Popular, comandante de miles de MJ y uno de los más altos líderes de una jerarquía tribal. Se le atribuye haber sido el mediador entre las MJ y el gobierno y haber contribuido en la implementación del plan criminal mediante la provisión de armas, alimento y financiación a las MJ y el reclutamiento de MJ.

contra *Sang*[8] y contra *Mohammed Hussein Ali*.[9] Estos precedentes han puesto de manifiesto la importancia que posee la "contribución en el crimen cometido por un grupo" en el sistema de atribución de responsabilidad del ECPI.

A pesar de que ocupa un espacio prominente entre los modos de atribución de responsabilidad esta disposición ha merecido fuertes críticas. Se ha dicho que su texto plantea tales tensiones doctrinales que debería ser reescrito.[10] Efectivamente, la redacción de la norma plantea varios problemas de interpretación. Sin embargo, ello no debe tomarse como un desaire hacia la dogmática penal sino como una carta de invitación para elaborar una interpretación razonable de la norma especialmente en aquellos puntos que plantean mayores problemas en su aplicación práctica. Según el art. 25(3)(d), será penalmente responsable quien:

"Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

---

8. The Prosecutor vs. Ruto, Kosgey and Sang, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to art. 61(7)(a) and (b) of the Statute, 23.01.2012, ICC-01/09-01/11-373. *Sang* es considerado líder de una organización creada por miembros de la etnia *Kalenjin* con la finalidad de apoyar, a través de medios violentos, a uno de los partidos políticos participantes en las elecciones presidenciales que desencadenaron entre diciembre de 2007 y enero de 2008 un estallido de violencia en Kenya. *Sang* habría incitado, a través de transmisiones de radio, a los jóvenes *Kalenjina* atacar a civiles pertenecientes a la etnia que apoyaba a su oponente político.

9. The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23.01.2012, ICC-01/09-02/11-382-Red. Según la decisión de confirmación de cargos, *Mohammed Hussein Ali*, un comisario de policía, se considera responsable de haber ordenado a las fuerzas policiales bajo su control no intervenir para detener actos de violencia efectuados por las fuerzas del candidato a presidente al apoyaban. La orden fue dada en connivencia con Muthaura, un asesor de ese candidato.

10. Eser. Individual Criminal Responsibility. In: Cassese; Gaeta; Jones (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*. Oxford, 2002. t. I, p. 803; Kai Ambos. Article 25, Individual Criminal Responsibility. In: Triffterer (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Beck, 2008. p. 759; David Ohlin. Joint Criminal Confusion. *New Criminal Law Review* 12/408 y 417; Burchard. Ancillery and neutral business contributions to Corporate-Political Core Crimes. *JICJ*, 8, 919-946, p. 942. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen."

Todos los comentarios y manuales de derecho penal internacional que se ocupan de este modo de responsabilidad penal comienzan por señalar dos características. Sostienen que se trata de una copia prácticamente literal de la Convención internacional para la Supresión de Bombardeos Terroristas de 1997 y que incluye una solución de compromiso entre quienes estaban a favor y quienes estaban en contra de que la "conspiración" pueda dar lugar a responsabilidad penal en el ámbito de ECPI.[11]

Durante el proceso de negociación del ECPI existió una fuerte presión por parte de algunos países para incorporar elementos de responsabilidad anticipada y colectiva en el art. 25(3) tales como la "conspiración", la pertenencia a un "grupo delictivo organizado" y la "empresa criminal conjunta" (ECC). Pero estos esfuerzos, pese a que dejaron su sello durante la negociación del Estatuto, no pudieron imponerse.

En efecto, el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg preveía la "conspiración" como forma de responsabilidad penal y se puede suponer que quienes redactaron el ECPI conocían este antecedente. Sin embargo, el ECPI no prevé ningún modo de responsabilidad penal que pueda fundarse exclusivamente en el concierto de voluntades para cometer un delito sin la necesidad de que ese delito, por lo menos, sea efectivamente intentado (dejo a salvo el problema de la incitación pública y directa a cometer genocidio).

Lo mismo se puede sostener con respecto al delito de pertenencia a un grupo u organización criminal. El Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg contenía una disposición que reflejaba esta clase de delito.[12] Esta opción, desde luego, también les era conocida a los redactores del ECPI pero no fue adoptada.

Tampoco existe en el marco del ECPI un equivalente a la figura de la ECC, creada en el seno del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY). La pregunta sobre la recepción de la ECC en el sistema del ECPI ha sido

11. Ver por ejemplo Werle. Individual Criminal Responsibility in Article 25 of the ICC Statute. *JICJ*, 5, 970. Oxford: Oxford University Press, 2007; Kai Ambos. Op. cit., p. 757; Schabas. *An introduction to the International Criminal Court.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 214 y s.

12. Según el art. 10: "In cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individuals to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned".

discutida arduamente. Más adelante me ocuparé con más detalle de algunas relaciones entre la ECC, la coautoría y la contribución en el crimen cometido por un grupo. Por ahora, basta con señalar que aunque la ley ha reflejado en el art. 25(3)(d) uno de los elementos de la ECC, la "finalidad común", ello desde luego no quiere decir que la categoría de la ECC haya sido recibida.

Éste es, por decirlo así, el contexto en el que debe estudiarse la participación criminal en su modalidad de contribución en la comisión del crimen por un grupo de personas que actúa con una finalidad común. En este trabajo deseo ocuparme de tres de sus elementos más problemáticos: (2) la diferenciación con respecto a la coautoría, (3) grado y la naturaleza de contribución en el crimen, (4) el problema de la aplicación de esta figura a quienes pertenecen al grupo.

2. DIFERENCIACIÓN CON RESPECTO A LA COAUTORÍA

2.1 Plan común o acuerdo de voluntades vs. grupo de personas que tienen una finalidad común

Se ha afirmado que actuar de conformidad con un plan común o un acuerdo de voluntades y formar parte de un "grupo que tiene una finalidad común" conforman nociones funcionalmente coextensivas.[13] La verdad de esta conclusión, que por cierto tiene detractores en doctrina,[14] tiene que depender, como es obvio, de cuál sea la definición que se estipule respecto de estos conceptos. Ello justifica el sucinto análisis que se desarrolla aquí debajo.

2.1.1 Acuerdo de voluntades o plan común - coautoría

El acuerdo de voluntades o el plan común explican la conexión que existe entre los intervinientes y permiten predicar, cuando se cumplen los demás elementos de la coautoría, que el delito se ha cometido "con otro".[15] En la doctrina, se han expresado diferentes posturas acerca de si se trata de un

13. *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 271.

14. David Ohlin. Op. cit., p. 416, argumenta que toda vez que el ECPI usa un lenguaje diferente para la coautoría y el crimen cometido por un grupo no se puede interpretar que sean equivalentes.

15. *Prosecutor* vs. *Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14.03.2012, para. 981 (De aquí en más cito como "*Lubanga* Judgment"). En la opinión separada se requiere encuentro de subjetividades a través de un acuerdo, un

elemento objetivo,[16] subjetivo[17] o mixto.[18] A mi modo de ver, no es posible tomar partido en esta discusión sin explicar primero qué se entiende por "subjetivo". Creo que es preferible aplicar esta noción a circunstancias que son internas con respecto al sujeto, como por ejemplo los pensamientos, las representaciones y las intenciones. El acuerdo de voluntades, el plan o el encuentro de subjetividades trascienden lo subjetivo. Pues lo determinante es precisamente la conexión o el encuentro de subjetividades que presupone actos de comunicación, con o sin palabras. El encuentro de subjetividades ocurre en el plano *inter*subjetivo y por ello el plan común y el acuerdo no son circunstancias internas sino externas y, en este sentido, *objetivas*.[19]

La jurisprudencia de la Corte es unánime en cuanto a que no es preciso que el acuerdo esté específicamente dirigido a la comisión de un delito, es decir, que deba ser "intrínsecamente criminal". Se ha aceptado, en cambio, un test más *amplio*: basta con que "incluya un elemento de criminalidad".[20]

Esta jurisprudencia ha sido criticada. Se ha insistido en que el plan, como mínimo, tiene que incluir la comisión de un delito más o menos concreto pues, de lo contrario, nada se habría acordado que pueda atribuirse mutuamente a los coautores.[21] A mi modo de ver, cuando esta concepción *restrictiva* se observa más de cerca surge que las diferencias con la tesis amplia no son significativas. En efecto, se afirma que es esencial en la coautoría que el plan involucre una finalidad delictiva para cuya consecución se coordinan los

---

plan común o un entendimiento mutuo, Separate opinión to the *Lubanga* Judgment, para. 15.

16. Dencker. *Kausalität und Gesamttat*. Berlin: Duncker&Humblot, 1996. p. 149 y s.
17. Werle. Op. cit., p. 958; Elis Van Sliedregt. *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law*. Oxford, 2012. p. 101.
18. Kai Ambos. The First Judgment of the International Criminal Court, A comprehensive Analysis of the legal issues. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030751]. Visitado por última vez el: 02.11.2012. sección 5.1. La tesis de que se trata de un elemento "mixto" presupone en verdad una naturaleza objetiva acompañada, desde el lado subjetivo, por la existencia de dolo. Si es ésta la tesis propuesta, entonces, en verdad, todos los elementos objetivos del tipo deberían considerarse mixtos. Desde el punto de vista teórico se trata de una construcción plausible. Sin embargo, no está claro cuál es su valor desde el punto de vista práctico.
19. Dencker. Op. cit., p. 149 y s.
20. *Lubanga* Judgment paras. 984-987; *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 271.
21. Kai Ambos. The first... cit.

esfuerzos de los intervinientes.[22] Sin embargo, esa "finalidad delictiva" no se asimila a la "intención" en el sentido del dolo directo de primer grado sino que se satisface con un conocimiento indirecto (o, según algunos comentadores, incluso con un dolo eventual).[23] Entonces, para la tesis restrictiva "la finalidad" se satisface con la misma relación entre lo acordado por los coautores y el resultado que propone la tesis amplia: basta con la probabilidad de que se produzca el resultado disvalioso. Una vez que se tiene esto en claro, lo restante es un problema de denominaciones y etiquetas. Creo que el uso normal del lenguaje se resiste a que sucesos cuya causación no es intencional, en el sentido del dolo directo, se puedan considerar parte de la finalidad delictiva para cuya consecución se emplaza el plan común. Pero, como quiera que sea, es evidentemente un error concluir, de estas premisas, que es insuficiente para afirmar la coautoría que el acuerdo de voluntades incluya la causación de un resultado delictivo en el curso normal de los sucesos. Si el plan se considera "legal", porque la "finalidad" no puede incluir esos sucesos o "ilegal", porque sí se los incluye, es en definitiva irrelevante.

Además, la tesis restrictiva no puede aceptarse en el marco del ECPI por razones sistemáticas. El alcance de los términos "cometer *con otro*" debe ser establecido a través de interpretación y tal interpretación tiene que ser sistemáticamente consistente con las demás reglas del ECPI, incluyendo el aspecto subjetivo.[24] El art. 30 hace una distinción entre la intención en relación con una conducta y la intención en relación con una consecuencia que tiene gran relevancia en este punto.[25]

---

22. Puppe. Der gemeinsame Tatplan der Mittäter. Zeitschrift für Internationale Strafrechts dogmatik. *ZIS*, 6, 2007. p. 236.

23. Ídem, p. 237.

24. *Lubanga* Judgment, para. 985.

25. La distinción entre conducta, circunstancia y consecuencia que contiene el art. 30 no ha sido objeto de suficiente discusión jurisprudencial ni académica. Sin embargo, como es evidente, es de gran relevancia en razón del tipo de casos para los que se ha creado la CPI. En efecto, si la Corte se va a ocupar en principio de los máximos responsables de delitos masivos tendrá frecuentemente ante sí casos en los que esos máximos responsables no habrán ejecutado de propia mano los elementos del tipo penal. En este contexto, es crucial desarrollar herramientas interpretativas para determinar cuál es la conducta, cuáles son las circunstancias y, lo más importante, qué sucesos pueden comprenderse como consecuencias de la conducta. En el caso *Lubanga* esta discusión fue determinante. La fiscalía había alegado explícitamente que el "delito" constituía la *consecuencia* de la implementación del acuerdo. ICC-01/04-01/06-2748-Red, paras. 74 y 75. Ésta es una construcción del caso perfectamente plausible. Aquellos encargados

En efecto, no es necesario para afirmar el elemento subjetivo que el imputado se proponga causar una *consecuencia* sino que basta con que sea consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos (art. 30(2)(b)). Lo que es suficiente en el plano subjetivo para la persona que actúa individualmente también debe ser suficiente en el plano subjetivo para quien actúa "con otro". Entonces, alcanza con que el coautor sea consciente de que la consecuencia se producirá en el curso normal de los acontecimientos y no es necesario que además se proponga causarla. Si esto es correcto, entonces requerir que quienes cometen *con otro* actúen sobre la base de un plan dirigido a la comisión de un delito reintroduce por vía del elemento objetivo lo que el texto de la ley ha descartado al regular el elemento subjetivo. Esta lectura del ECPI es, por lo menos, asistemática. Una interpretación sistemática tiene que equiparar lo que es suficiente en el plano subjetivo con lo que ha de ser suficiente en el plano *inter*subjetivo.[26] Por consiguiente, tiene que ser suficiente para afirmar la coautoría con que el plan o el acuerdo de voluntades vaya a producir, en el curso normal de los sucesos, el resultado disvalioso.

Existen tres formas en las que se pueden conectar el acuerdo o plan y una consecuencia delictiva: (i) que esa consecuencia sea el objetivo principal de

---

de implementar el acuerdo de voluntades cometieron un "delito (1)" ya que actuaron de manera típica, antijurídica, culpable y punible. Quienes participaron en el diseño del plan e hicieron contribuciones esenciales no ejecutaron los elementos del delito. Sus conductas realizaron los presupuestos de la coautoría "delito (2)" y los elementos del delito (1) les fueron imputados en virtud de las reglas de atribución mutua. La pregunta que sigue es si el delito (1) puede considerarse la consecuencia, en el orden normal de los sucesos, de la conducta de quien diseña el plan. Es cierto que no hay leyes causales estrictas que permitan predecir la conducta humana, pero sí existen reglas de la experiencia de las cuales se deriva que determinada conducta es apropiada para provocar una determinada decisión de voluntad. No puedo ocuparme aquí de este tema con mayor profundidad pero, a mi modo de ver, no hay ninguna razón para poner en duda que la causalidad se puede transmitir psíquicamente. Ver Helmut Frister. *La causalidad de la acción respecto del resultado*. Compilación y traducción de Marcelo Sancinetti. Hammurabi, 2009, p. 500. En determinados contextos, quien le da una orden a un tercero para que éste realice una acción delictiva "causa esa acción", que es, respecto de quien la ordena, una consecuencia. En términos de coautoría, dependiendo del caso, las conductas delictivas de quienes ejecutan o implementan el plan son la consecuencia de la conducta de quienes lo planifican y coordinan. Lo mismo es cierto para la autoría mediata.

26. Por estos motivos, la lectura conjunta de los arts. 25(3)(a) y 30(2)(b) que ha efectuado la Sala de Primera Instancia en *Lubanga* me parece muy convincente; *Lubanga*Judgment, para. 985.

los coautores; (ii) que esa consecuencia sea un medio para la consecución de los objetivos de los coautores; y, (iii) tal como se ha argumentado, que la implementación del plan vaya a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en una consecuencia delictiva.

2.1.2 Grupo de personas que tienen una finalidad común

Una de las preguntas más importantes que tiene que plantearse en este contexto es si la conexión entre el crimen y el grupo de personas que tienen una finalidad común puede captar los tres supuestos incluidos en el párrafo anterior. Si la respuesta es positiva, se habrá clarificado en gran medida el postulado de que el acuerdo de voluntades propio de la coautoría y la "finalidad común" son nociones funcionalmente coextensivas.

Como se decía más arriba, la finalidad común es un elemento que también se requiere en la ECC. Es útil, por consiguiente, tener en cuenta la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y analizar qué conexión se ha requerido entre el propósito común y el resultado. Parece claro que la ECC, en su forma básica, no admitiría supuestos en los que la implementación del plan vaya a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en un resultado delictivo.[27] Se ha insistido en que la finalidad común tiene que estar dirigida a la comisión de un delito determinado, de la siguiente manera:

"La primera (...) categoría está representada por casos donde todos los coacusados, actuando conforme a un diseño común, poseen la misma intención criminal; por ejemplo, la formulación de un plan entre los coautores para asesinar, donde, al llevar a cabo este diseño común (y aun si cada coautor lleva a cabo un papel diferente dentro del diseño), todos ellos poseen sin embargo la intención de asesinar. Los presupuestos objetivos y subjetivos para imputar responsabilidad penal a un participante que no haya, o respecto de quien no se puede probar que haya, realizado los asesinatos son los siguientes: (i) el acusado debe participar voluntariamente en un aspecto del diseño común (por ejemplo, infringiendo violencia no letal a la víctima, o proporcionando asistencia material para o facilitando las actividades de sus coautores); y (ii) el acusado, aun si no efectúa personalmente el homicidio, debe sin embargo pretender este resultado (...). [E]n casos de coautoría, [debe probarse que] todos los participantes en el diseño común poseen la misma intención criminal

27. Héctor Olásolo. *Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional*. InDret, 2009. p. 214.

de cometer un crimen (y uno o más de ellos efectivamente cometen el crimen, con intención)."[28]

A mi modo de ver, esta interpretación no puede adoptarse sin más en el ámbito del art. 25(3)(d). Las categorías desarrolladas en los tribunales *ad hoc* no pueden traspolarse automáticamente al modelo del ECPI. Antes bien, como primer paso de análisis es preciso verificar si la letra del ECPI permite asimilar esta noción de acuerdo con el alcance que se le ha reconocido en la jurisprudencia del TPIY.

En el primer apartado del art. 25(3)(d) no se exige un grado alto de especificidad entre la finalidad común y el delito ya que basta con que el propósito del grupo "entrañe" la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. En mi opinión, esta formulación no excluye supuestos en los que la implementación de la finalidad común vaya a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en una consecuencia disvaliosa.[29] Si ello es así, desde este (importante) punto de vista es correcto sostener que el acuerdo o plan común propio de la coautoría y la "finalidad común" son nociones funcionalmente coextensivas.

Otro elemento que comparten la coautoría y el grupo que tiene una finalidad común es la pluralidad de personas. Se ha dicho que en la coautoría el acuerdo ha de involucrar por lo menos a dos persones[30] mientras que el "grupo" de personas requiere por lo menos tres miembros.[31]

En el ámbito de la ECC se ha sostenido que no es preciso que la pluralidad de personas esté organizada en una estructura militar, política o administrativa.[32]

---

28. Tadić, (Sala de Apelaciones), 15.07.999, para. 196; similar en Vasiljevic, (Sala de Apelaciones), 25.02.2004, párrafo 101: "Con respecto a la forma básica de la empresa criminal conjunta lo que se requiere es la intención de perpetrar un crimen determinado (esto es, una intención compartida por parte de todos los co-perpetradores)".

29. En el art. 25(3)(d)(i) se intensifica, como contrapeso, el elemento intencional. Sin embargo, ese elemento intencional, "el propósito", se vincula con "la actividad o propósito delictivo del grupo" y no necesariamente con el delito que esa actividad o propósito entrañan. En el art. 25(3)(d)(ii), en cambio, se requiere que el partícipe actúa a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el delito.

30. *Lubanga* Judgment, para. 980.

31. Eser. Op. cit., p. 802. Conforme la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el "grupo delictivo organizado" debe tener tres o más persona.

32. Tadic, (Sala de Apelaciones), 15.07.1999, para. 227, Vasilijevic, (Sala de Apelaciones), 25.02.2004, para. 100; Krnojelac, (Sala de Apelaciones), 17.09.2003, para. 31.

Ello tampoco debería ser requerido para el crimen cometido por un grupo (ni para la coautoría).

En mi opinión, tampoco es preciso que exista un plan o acuerdo entre los intervinientes sino tan solo que formen un grupo y que tengan una finalidad común. En la coautoría se requiere que los individuos obren con un grado suficiente de conexión intersubjetiva que justifique la atribución mutua; el plan y el acuerdo explican esa conexión. Pero a quien contribuye en el crimen cometido por el grupo no se le atribuyen hechos cometidos por otro, es decir, no es responsable por el delito cometido por el grupo sino solo por su participación en ese delito. Toda vez que no hay necesidad de justificar una atribución mutua no hay razón para exigir el grado de conexión que subyace a la coautoría.

Esto explica otra diferencia importante entre la coautoría y la contribución en el crimen cometido por un grupo. En la coautoría se requiere cierta igualdad jerárquica entre los coautores,[33] o, en otras palabras, no es posible entre personas que dada su diferencia jerárquica no pueden "acordar" entre ellas nada en común.[34] Esto no tiene por qué ser aplicable al grupo que actúa con una finalidad común que bien puede estar integrado por participantes en diferentes rangos y jerarquías.

Sin embargo, estas personas tienen que constituir o formar parte de un "grupo". Ese grupo no puede definirse como "personas que tienen una finalidad común". De ser así, el elemento "grupo" sería redundante. En la práctica, esta consideración excluye situaciones de desorden en donde una pluralidad de personas actúa como una muchedumbre, reunida fortuitamente para la comisión inmediata de un delito,[35] sin ninguna cohesión que vaya más allá de que "todos desean lo mismo".

---

33. Puppe. Op. cit., p. 236. Puppe sostiene que la coautoría es instigación recíproca más participación igualitaria en la ejecución del hecho.

34. Roxin. *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, ZeitschriftfürInternationale-Strafrechtsdogmatik. *ZIS*, 7, 2006, p. 293 y s. Disponible en: [www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_44.pdf]. Visitado por última vez el 21.10.2012. En el ámbito de la ECC se ha sostenido que no es preciso comprobar un acuerdo de voluntades entre el ejecutor y los líderes. En efecto, en *Brđanin* (Sala de Apelaciones), 03.04.2007, para. 415 a 419 la Sala de Primera Instancia había sostenido que era preciso comprobar un acuerdo de voluntades entre los líderes y quienes ejecutaron los crímenes. La Sala de Apelaciones reconoció que ese requisito se había formulado para exceptuar de responsabilidad penal a los líderes cuando la conexión entre éstos y los ejecutores fuera demasiado tenue. No obstante, se resolvió que el acuerdo de voluntades no era un requisito en la ECC.

35. Es interesante revisar la definición de "grupo estructurado" en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Allí se define al

El famoso caso del "Linchamiento de Essen" ofrece un buen ejemplo para ilustrar esta conclusión. Uno los tribunales militares británicos juzgó un caso en el que tres pilotos británicos fueron tomados prisioneros en la ciudad de Essen, Alemania, en diciembre de 1944. Una muchedumbre se había congregado fuera del cuartel donde estaban detenidos al tiempo que los prisioneros debían ser trasladados a otro sitio para su interrogatorio. Cuando los escoltas se aprestaban a movilizarlos, un capitán alemán de nombre Heyer les ordenó que no interfirieran si los civiles molestaban a los prisioneros y añadió que les iban a disparar, como debía ser. Dio esta orden en voz alta desde las escaleras del cuartel, de modo que la muchedumbre pudiera oírlo. Mientras los prisioneros eran conducidos por una de las calles principales de Essen, la muchedumbre en torno a ellos fue creciendo, y comenzó a golpearlos y a arrojarles palos y piedras. Un cabo alemán disparó con un revólver a uno de los pilotos y lo hirió en la cabeza. Los pilotos fueron arrojados desde un puente y uno de ellos murió a consecuencia de la caída y los demás a través de disparos, golpes y patadas.[36]

En este caso ha existido una pluralidad de personas y una finalidad homicida que, posiblemente, era perseguida por varios integrantes de esa muchedumbre. Sin embargo, predicar que esa muchedumbre tenía un grado suficiente de cohesión, fundada en razones distintas de una finalidad análoga, que justifique hablar de un "grupo de personas" podría ir demasiado lejos – salvo que se probasen efectivamente los presupuestos de la inducción, como se explica en el párrafo que sigue. El resultado es que el ciudadano que les arrojó una piedra o un palo a los pilotos mientras eran conducidos a través de las calles de Essen, a pesar de que hubiera querido la muerte, no habría participado en los homicidios bajo la forma de responsabilidad que aquí se analiza.

Un grado suficiente de cohesión, a mi modo de ver, puede existir entre los destinatarios de una orden, una propuesta o una inducción incluso cuando entre ellos no exista ningún acuerdo de voluntades. También se presenta entre quien da una orden, propone o induce y los destinatarios – aunque en este

"grupo estructurado" como: "un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada".

36. Ver *Law-Reports of Trials of War Criminals. The United Nations War Crimes Commission.* vol. I, London: HMSO, 1947. Caso n. 8: The Essen Lynching Case Trial of Erich Heyer and six others, British Military Court For The Trial Of War Criminals. Disponible en: [http://ess.uwe.ac.uk/WCC/essen.htm]. Visitado por última vez el: 11.11.2012.

último caso es posible que corresponda aplicar el art. 25(3)(b) si se cumplen sus requisitos.

Ese grado de cohesión no se presenta únicamente cuando el grupo de personas es reducido. También puede presentarse, con respecto al ECPI, en supuestos de grupos de gran escala.[37] Este tipo de empresas, en el ámbito del TPIY, ha generado una desviación con respecto a la comprensión originaria de la ECC. En efecto, cuando ese Tribunal debió pronunciarse sobre la responsabilidad de altos líderes militares y políticos, como en el caso *Brđanin*, interpretó que el ejecutor del delito (un soldado que actúa en el campo de batalla) no precisa ser miembro de la ECC.[38] En cambio, ese soldado puede ser utilizado por el grupo, o alguno de sus miembros, como una herramienta para llevar a cabo la finalidad común.[39] Se ha criticado que esta interpretación diluye la conexión entre los miembros de la ECC, esto es "los líderes", y quienes ejecutan los delitos.[40] Esta objeción podría ser correcta en el ámbito del TPIY. Pero, en cambio, no puede esgrimirse con la misma fuerza en la interpretación del art. 25(3)(d) del ECPI. Pues como se ha resaltado más arriba, la contribución en el crimen cometido por un grupo no es un modo de "autoría" sino de participación. Al imputado no se le atribuye el delito cometido por otro (las personas que componen el grupo) sino su participación en ese delito. Por ello, no es preciso acreditar una conexión entre su conducta y el crimen como la que supone la atribución mutua.

El voto en disidencia en el caso *Mbarushimana* ha reflejado, en el análisis de la responsabilidad penal, las notas características de la estructura de imputación seguida en *Brđanin*. Esto pudo haber sido consecuencia del tenor de los cargos formulados por la fiscalía. En efecto, la fiscalía no había alegado que el FDLR fuera un grupo de personas sino que dentro de esta organización existía un grupo que actuaba con una finalidad común, compuesto por 5 miembros y los soldados que ejecutaron los crímenes en el terreno no formaban parte del grupo.[41] Se afirmó que el FDLR era una organización con estructura jerárquica,

---

37. Es ilustrativa la jurisprudencia del TPIY en el caso *Brđanin* (Sala de Apelaciones), 03.04.2007, para. 420 a 425. Con referencia al caso de las *Eisatzgruppen* y la Jurisprudencia del TPIR en *Rwamakuba* la Sala de Apelaciones concluyó que la ECC es en efecto aplicable a casos de gran escala.

38. Ídem, para. 410.

39. Ídem, para. 413.

40. Elis van Sliedregt. The Curious Case of International Criminal Liability. *JICJ*, 10, p. 1180. Oxford: Oxford University Press, 2012.

41. Ver la referencia en *The Prosecutor* vs. *Mbarushimana*disidencia de la jueza Monageng, Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 49 y 55; del mismomodo se procedió en *The Prosecutor vs. Ruto, Kosgey and*

se verificó que los comandos superiores tenían la capacidad de impartir y transmitir órdenes, se comprobó que "el grupo de personas (...) tenía la facultad de ejercitar control sobre fuerzas militares del FDLR que estaban a disposición de la organización y tenía la expectativa de que las órdenes que emanaban de los miembros del grupo (...) serían cumplidas por los comandantes del FDLR y por soldados bajo su comando".[42] Se sostuvo que la finalidad común fue implementada *por conducto* de las tropas del FDLR.[43] Todos estos elementos recuerdan a la figura del control sobre el delito a través de un aparato de poder organizado[44] y sugieren una combinación entre el art. 25(3)(d) y el 25(3)(a).

Esta combinación, tanto como la combinación de otros modos de responsabilidad bajo el art. 25(3), me parece en principio plausible. Las personas que integran el grupo han de *cometer* el delito y esa "comisión" puede ocurrir en cualquiera de las modalidades de establecidas en el art. 25(3)(a). Por consiguiente, el grupo de personas que actúa con una finalidad común puede cometer el crimen junto con, o por conducto de, personas que no formen parte de ese grupo.

2.2 *Contribución en el crimen vs. contribución en el plan*

Entre los aspectos más controvertidos de estas figuras también sobresale la discusión de qué es lo que debe verse favorecido por la contribución.

Sang, decision on the Confirmation of Charges Pursuant to art. 61(7)(a) and (b) of the Statute, 23.01.2012, ICC-01/09-01/11-373. En ese caso, la Sala había tenido por probado que uno de los imputados (Ruto) era responsable como coautor indirecto y se refirió a las constataciones efectuadas en el marco de esa discusión para afirmar que, dentro de la organización, existió un grupo que actuaba con una finalidad común (para. 352) al que pertenecía el coimputado Sang.

42. Ver *TheProsecutor* vs. *Mbarushimana* disidencia de la jueza Monageng, Decisionontheconfirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 56 a 64. En la opinión mayoritaria, que declinó la confirmación de cargos, se rechazó que el grupo haya actuado con una "finalidad común" (para. 291). En el análisis de los cargos por delito de lesa humanidad se sostuvo que no estaba probado que el FDLR hubiese cometido los ataques de conformidad con la política de una organización (para. 263) pues no estaba probado que hubiese existido una orden de crear una catástrofe humanitaria (246 y 255). En ausencia de prueba sobre la política de la organización, por mayoría, no se tuvo por probada la finalidad común del grupo.

43. Ídem.

44. No se ha descripto, sin embargo, cuáles han sido las "condiciones de intermediación", es decir, la clase de medios que empleó el hombre de atrás para cometer el hecho a través del hombre de adelante; cfr. SANCINETTI. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Hammurabi, 2001. p. 697.

Brevemente, la cuestión gira en torno a si se debe contribuir en el plan común, en la comisión del crimen o en el crimen. Esta discusión implica consecuencias importantes inclusive desde una perspectiva probatoria. Pues si la contribución en el delito se puede efectuar indirectamente, esto es, a través de la contribución en el plan o en la finalidad común, no haría falta establecer una relación causal directa entre cada contribución y los elementos del tipo.

Con respecto a la coautoría se ha discutido si los coautores deben contribuir al plan común o bien al delito. En cuanto al crimen cometido por un grupo, se ha propuesto que la contribución debe serlo con respecto al delito.

La jurisprudencia de las SCPs indica que el coautor debe haber efectuado contribuciones esenciales que resultaron en la realización de los elementos del tipo penal.[45] Esto parece sugerir que se requiere una contribución más bien directa en el crimen. La jurisprudencia de las SPIs ha efectuado ciertas clarificaciones en este punto. Desde luego, la contribución ha de tener un impacto en el delito aunque, sin embargo, el favorecimiento puede materializarse indirectamente. No es preciso que el coautor realice directamente alguno de los elementos del crimen. Acciones de coordinación, diseño del plan o provisión de instrumentos podrían ser suficientes.[46] Esta línea de pensamiento ha sido acogida en el fallo *Lubanga* según el cual cometer "con otro" quiere decir que el delito surge de los aportes combinados y coordinados de todos los coautores. Ninguno de los intervinientes tiene, tomado en forma individual, dominio de hecho global sino, en cambio, el dominio del hecho está en las manos del conjunto. La responsabilidad del coautor por los delitos que resultan del acuerdo común surge de la atribución mutua y no de la causalidad individual.[47] Por consiguiente, la causalidad debe comprobarse con respecto a

45. *The Prosecutor* v. *Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, 29.01.2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, p. 117; *The Prosecutor* v. *Kantaga/Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of Charges, 30.09.2008, ICC-01/04-01/07-717 p. 177; *The Prosecutor* vs. *Bemba*, Decision Pursuant to art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15.06.2009, para 350.

46. *The Prosecutor* v. *Katanga/Ngudjolo*, Decision on the implementation of Regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons, 21.11.2012, ICC-01/04-01/07-3319, paras. 25, 28 y 33.

47. *Lubanga* Judgment, para. 994. Este principio, que goza de amplia recepción en la doctrina, también se ha aplicado en la jurisprudencia de Alemania en BGHSt 37, 106 (126 ff.). En este caso, el Superior Tribunal Federal decidió que todos los miembros del directorio de una sociedad que habían votado una resolución contraria a la ley pusieron condiciones necesarias para esa resolución. Se trataba de una resolución

todos los aportes tomados en conjunto y el resultado. En cambio, la fiscalía no necesita comprobar cómo el aporte del coautor, considerado en forma aislada, ha causado directamente cada uno de los delitos.[48]

En cuanto al art. 25(3)(d), según la jurisprudencia de SCP I y II, el interviniente tiene contribuir en el *crimen*.[49] Sin embargo, el texto de la norma no establece que la contribución tiene que serlo en el crimen sino en la *comisión* del crimen. Tal como se especificaba más arriba, esa comisión puede tomar cualquiera de las modalidades del 25(3)(a) lo cual implica que puede realizarse por conducto de otro. Por consiguiente, a mi modo de ver, al art. 25(3)(d)permite criminalizar contribuciones que no ostenten una relación causal directa con respecto al crimen.

3. GRADO Y NATURALEZA DE LA CONTRIBUCIÓN

Otro de los elementos controvertidos en esta figura es la entidad de la contribución. La norma se satisface con que el partícipe contribuya en la comisión del crimen "de algún otro modo". Esta formulación contiene una

---

mediante la cual se omitió retirar del mercado un producto que era peligroso para la salud. La resolución fue tomada por unanimidad. Sin embargo, una mayoría simple de votos habría sido suficiente. Entonces, cada voto individual pudo haberse suprimido mentalmente sin que desapareciera el resultado pues los restantes votos habrían sido suficientes para formar las mayorías necesarias. Sin embargo, el Tribunal analizó la causalidad de todos los intervinientes y no de cada una de modo aislado. El Tribunal concluyó que todos los votos, tomados en conjunto, formaron una condición necesaria para la emisión de la resolución.

48. *Lubanga* Judgment, para. 994. Puppe. Op. cit., p. 239 y ss. Puppe sostiene que, en verdad, la fórmula de la *condictio sine qua non* conduce aquí a consecuencias equivocadas. Ella discute el ejemplo en que varios individuos ponen bombas en el camino por el que probablemente pasará autor, que se accionan cuando él enciende la luz. Aquí, no solo es (co)autor quien puso la bomba que finalmente explotó sino también los demás. Tiene que ser suficiente para afirmar la causalidad con que el aporte aislado sea una condición necesaria de una entre varias posibles condiciones suficientes del resultado. Sin embrago, según Puppe, en los supuestos en que dependa de la *casualidad*, no dominable por el autor, que su aporte sea o no causal entonces se pude descartar la causalidad como requisito. Puppe concluye que la fórmula de la condictio exige más de lo que es necesario para afirmar la causalidad.

49. *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, paras 282 y 285; *The Prosecutor vs. Ruto, Kosgey and Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Statute, 23.01.2012, ICC-01/09-01/11-373, para 351.

cláusula de "subsidiariedad" lo cual significa que no se aplica si la contribución satisface alguna de las restantes manifestaciones de la responsabilidad individual. Se ha dicho que, por ello, contiene un tipo de responsabilidad residual.[50]

La SCP interpretó en *Mbarushimana* que la contribución debe por lo menos ser "significativa" para fundar responsabilidad penal e indicó que los aportes del imputado no satisfacían ese estándar.[51] La decisión fue recurrida y los jueces de la Sala de Apelaciones decidieron no pronunciarse sobre el punto, con una excepción. En su opinión separada, la jueza Fernández de Gurmendi consideró por diferentes motivos que no debería exigirse tal nivel mínimo de contribución.[52] Estos son los dos precedentes en los que más se ha abordado el tema del grado y la naturaleza de la contribución hasta la fecha.

La SCP ha justificado el requisito de una contribución significativa recurriendo a los criterios de admisibilidad de los casos de la competencia de la Corte. El ECPI establece, en el art. 17(1)(d), que los casos tienen que ser suficientemente graves pues de lo contrario son inadmisibles. Una formulación anterior del ECPI, que no fue adoptada, proponía que los "crímenes" (en vez de los "casos") debían ser suficientemente graves. De este antecedente la SCP infirió que no cualquier contribución puede fundar responsabilidad penal sino que existe un estándar de gravedad que debe ser satisfecho.[53]

La traslación del requisito de gravedad desde el concepto de "caso" (pasando por el "crimen") hasta el de "contribución objetiva" no parece irrazonable a primera vista y tiene la belleza de que incorpora una lectura sistemática del ECPI. Sin embargo, tal como se ha argumentado en la opinión separada ya

---

50. Werle. Op. cit., p. 971; Héctor Olásolo. *Essays on Internacional Criminal Law*. Hart, 2011. p. 91. nota 64 y en *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*. Hart, 2009. p. 271.

51. *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 283.

52. Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16.12.2011 entitled "Decision on the confirmation of charges", 30.05.2012, ICC-01/04-01/10-514. En *The Prosecutor vs. Ruto, Kosgey and Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Statute, 23.01.2012, ICC-01/09-01/11-373, para. 354 la SCP II indicó que esta norma se satisface con una contribución menor que "sustancial".

53. *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para.276 y 277.

referida, este mecanismo transfiere cuestiones de gravedad, que se deberían dirimir en el estudio de la admisibilidad de un caso, a la arena de la discusión sobre los modos de responsabilidad penal.[54] Si una Sala considera que un caso no es suficientemente grave puede plantearse la cuestión de su admisibilidad conforme el proceso del art. 19.[55] Es cierto que un caso (que está conformado por una multiplicidad de incidentes) puede incluir algunos incidentes graves y otros menos graves y es la suma de todos estos incidentes lo que determina la gravedad de un caso a los efectos de su admisibilidad. Así, en teoría, la CPI podría ejercer su competencia sobre incidentes que no sean suficientemente graves. Sin embargo, esta constatación no justifica la exigencia de una contribución significativa pues la gravedad de esa contribución, al igual que la gravedad de un caso, no se mide a través del impacto que ésta haya tenido en cada incidente por separado sino con respecto al impacto total en la suma de los incidentes que se le atribuyen al imputado. Por consiguiente, en principio, no existe margen para que una contribución que no sea suficientemente grave pueda dar lugar a un caso admisible y todo este problema debería ser atendido en el análisis de admisibilidad.

Otro de los argumentos empleados por la SCP para establecer un estándar mínimo de contribución fue el recurso al orden jerárquico que establece el art. 25(3). La autoría requiere una contribución esencial en el hecho y la complicidad una contribución sustancial. Si presuponer una jerarquía de gravedad entre los diferentes modos de participación es correcto, y yo no tengo dudas de que lo es, la contribución "de algún otro modo" tiene que satisfacerse con una estándar menor que sustancial.[56]

El requisito de un "aporte sustancial" para la punibilidad del cómplice ha sido extraído de la jurisprudencia del TPIY. Sin embargo, ciertas diferencias en la regulación de la complicidad entre el ECPI y el ETPIY se oponen a una traslación de este estándar. En efecto, la punibilidad del cómplice en el ETPIY se satisface en su aspecto subjetivo con que éste conozca (elemento cognitivo) que el autor va a realizar el hecho. Más aún, no se ha considerado

54. Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16.12.2011 entitled "Decision on the confirmation of charges", 30.05.2012, ICC-01/04-01/10-514, p. 32, para. 10.

55. Ídem.

56. *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 279.

necesario que el cómplice conozca el hecho específico que pretende efectuar el autor sino que basta con que sepa que uno entre varios delitos puede ser cometido. Si se acepta que mientras menores sean los requisitos subjetivos de la participación mayores deberían ser, a modo de compensación, los elementos objetivos, esto podría traer consecuencias para la interpretación del ECPI.[57] En efecto, la complicidad en el ECPI requiere, más allá del elemento cognitivo, un elemento volitivo (la intención de favorecer) y además requiere cierto grado de especificidad en el conocimiento del delito. Entonces, en el ECPI la necesidad de intensificar el grado objetivo de aporte es menor que ante el TPIY.[58]

Un problema adicional que plantea el recurso a la complicidad es que la regla del ECPI responsabiliza a quien "c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, (...) colabore *de algún modo* en la comisión o la tentativa de comisión del crimen (...)". Se ha sugerido que no puede distinguirse entre quien colabora "de algún modo" (art. 25(3)(c)) y quien contribuye "de algún otro modo" (art. 25(3)(d)) desde el punto de vista objetivo salvo en cuanto a que en el último caso de lo que se trata es de responsabilidad grupal mientras que en (c) se trata de responsabilidad individual.[59] Esta interpretación sin embargo no es satisfactoria pues desconoce que la ley, al decir "contribuya de algún *otro* modo", debe necesariamente captar contribuciones que no estén ya incluidas en los apartados anteriores.[60] Es importante recordar aquí que quien "colabora de algún modo" bajo el art. 25(3)(c) tiene que tener el propósito de "facilitar la comisión de *un crimen*" mientras que para quien "contribuye de algún otro modo" bajo el art. 25(3)(d)(i) es suficiente con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo, cuando una u otro entrañen un crimen de la competencia de la Corte. Esta distinción, que

57. Ésta parece ser la lógica de Eser. Op. cit., p. 801, en tanto afirma que mientras que en el ECPI los elementos objetivos de la complicidad son menores que los requeridos en ante los tribunales *ad hoc,* ello puede resultar balanceado por el requisito de un estándar subjetivo más alto.

58. Kai Ambos. *La parte general del derecho penal internacional.* Traducción de Ezequiel Malarino. Uruguay, 2005, p. 267 y ss.; Elis Van Sliedregt. *Individual Criminal Responsibility*... cit., p. 128, apoya la exigencia de una contribución sustancial, tal cual la jurisprudencia del TPIY.

59. Kai Ambos. Article 25... cit., p. 766; Kai Ambos. *La parte general*... cit., p. 271 y s, y p. 292 sostiene que no hay diferencias desde el punto de vista objetivo y que la única diferencia consiste en que el art. 25(3)(d)(ii) posibilita una sanción penal cuando el autor tan solo conozca (sin satisfacer el elemento volitivo) que el grupo actuaba con una finalidad criminal.

60. Similar Burchard. Ancillery... cit., p. 942.

el texto de la ley estipula en el aspecto subjetivo, tiene también relevancia desde el punto de vista objetivo. Un académico ha señalado que la facilitación de condiciones generales y contextuales, que luego nutren el delito, alcanza para la "contribución" aunque no para la "colaboración".[61] En mi opinión, esta interpretación va en la dirección correcta. Lo determinante tiene que ser el grado de inmediatez respecto del delito cuya comisión, quien contribuye, tiene el propósito de facilitar. La contribución en el crimen cometido por un grupo de personas permite captar aportes más remotos (cualquiera sea su intensidad).

Sentada esta base de análisis, la única razón por la cual estaría justificado exigir una contribución sustancial para la complicidad (*aiding and abbeting*) bajo el art. 25(3)(c) es que ello le asegura el grado de disvalor necesario para desatar una reacción penal conforme a este modo de responsabilidad. Así y todo, una lectura jerárquica de los modos de participación y la constatación de que la complicidad requiere un aporte sustancial no puede fundar la necesidad de un piso mínimo para la contribución al hecho cometido por un grupo, tal como se ha indicado en el voto de la Sala de Apelaciones.[62] Es decir, ese orden jerárquico no se conmueve por faltarle, al último eslabón, un estándar mínimo.

Esto es así, inclusive en consideración de la jurisprudencia del TPIY sobre la ECC. La SCP ha identificado el estándar mínimo ("significativo") que, en el marco de ciertas decisiones de los tribunales *ad hoc*, se requiere para responsabilizar a un individuo como miembro de una empresa criminal conjunta y ha transferido ese estándar al ámbito del ECPI. Esta traslación se ha fundamentado en que ambas figuras se ocupan del fenómeno de la criminalidad grupal, y, además, ambas se satisfacen con una contribución objetiva menor a la de la complicidad.[63] Sin embargo, las diferencias entre la

61. Ídem.

62. Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16.12.2011 entitled "Decision on the confirmation of charges", 30.05.2012, ICC-01/04-01/10-514, p. 32, para. 13.

63. *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 283. En el parágrafo 284 la SCP ha señalado que a efectos de estimar si una contribución es significativa es útil tomar en cuenta, entre otros factores: (i) si se continuó participando luego de haber tomado conocimiento de la finalidad delictiva del grupo (ii) si se hicieron esfuerzos por prevenir la actividad criminal o el funcionamiento eficiente del grupo (iii) si el interviniente ha creado o simplemente ejecutado el plan elucubrado por otros, (iv) la posición del sospechoso dentro del grupo (v) el rol asumido por el sospechoso en relación con la gravedad y el alcance de los delitos que se cometieron.

contribución al crimen cometido por un grupo y la empresa criminal conjunta son demasiado trascendentales. En especial, exigir de quien participa en una ECC una contribución significativa tiene sentido si se piensa que los miembros responden como autores. En cambio, quien contribuye en el crimen cometido por un grupo no es "autor" sino "partícipe".[64] Es dudoso, entonces, que el diseño de la ECC ofrezca razones para exigir una contribución significativa en el marco del art. 25(3)(d). Más bien, la única equivalencia explícita entre esta norma y la ECC es la exigencia de una "finalidad común".

El texto mismo del ECPI se resiste a la estipulación de un estándar cuantitativo mínimo de contribución. La norma criminaliza a quienes contribuyan "de algún otro modo" ("in any other way") en la comisión o tentativa de comisión del crimen y por ello, como sostiene un comentador, cualquier contribución que no esté cubierta por otro modo de participación, en especial, la complicidad, genera responsabilidad penal.[65]

Un argumento sumamente interesante al que recurrió la SCP para justificar la necesidad de una contribución "significativa" es la reducción al absurdo basada en ejemplos de contribuciones "mínimas". La Sala consideró que, de no requerirse cierto gado de contribución, cualquier vendedor, proveedor de insumos, secretaria y todos los que pagan sus impuestos y contribuyen de ese modo con el grupo que comete delitos internacionales podrían ser punibles conforme al art. 25(3)(d).

Los ejemplos empleados por la SCP superponen cuestiones relacionadas con el *grado* y cuestiones relacionadas con la *naturaleza* de la contribución, esto es, superponen elementos de la contribución mínima y la contribución neutral. Es preferible diferenciar con claridad estas nociones, tal como se ha hecho en el voto de la Sala de apelaciones. Allí se sostuvo que, dependiendo de las circunstancias, la provisión de comida o insumos puede ser sustancial o

64. Otras diferencias relevantes, que la SCP ha reseñado correctamente, incluyen: (i) el que participa en una empresa criminal conjunta debe ser parte de esa empresa criminal mientras que no es necesario que quien contribuye en el crimen cometido por un grupo sea miembro de ese grupo; (ii) en la empresa criminal conjunta se exige una contribución en el propósito común mientras que, en su contraparte, se debe contribuir a la realización del crimen mismo.

65. Werle. *Principles of International Criminal Law*. T.M.C. Asser Press, 2009, para. 365; Elis Van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*... cit., p. 146; Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16.12.2011 entitled "Decision on the confirmation of charges", 30.05.2012, ICC-01/04-01/10-514, p. 32, para. 9.

incluso esencial para la comisión de un delito –en el sentido de que sin éstos el delito pudo haber fracasado. De ello se sigue que un estándar cuantitativo como el de "contribución significativa" no es idóneo para excluir la punibilidad de esta clase de acciones. En cambio, según se concluyó en ese voto, es preciso establecer si existe un vínculo normativo entre la conducta y el resultado que permita verificar la tipicidad de la contribución.[66]

3.1 Contribuciones neutrales

La postura que afirma que toda contribución, inclusive una contribución neutral, debe ser punible es muy minoritaria.[67] Suele enunciarse en su favor un argumento basado en el texto de la ley en el sentido de que, allí donde la ley no hace diferencia, toda conducta que facilite el hecho debería generar responsabilidad penal. Sin embargo, es dudoso que este argumento tenga fuerza persuasiva en el ámbito del ECPI. En efecto, aquí la ley emplea cuatro términos diferentes "*facilitar*", ser "*cómplice*", "*colaborar* de algún modo" y "*contribuir* de algún otro modo". La ley no incrimina, sin más, la conducta de quien "facilita" el hecho sino la de quien "con el propósito de facilitar ese crimen, sea cómplice". Dada esta multitud de conceptos, es imprescindible recurrir a la interpretación legal para trazar y comprender sus diferencias.

La interpretación parte de la premisa de que si hubiese que evitar todas las contribuciones neutrales, la interacción social y la vida en relación se volverían imposibles. Los criterios limitativos que se proponen no son *naturalísticos* en el sentido de que no se focalizan en la causalidad, el favorecimiento o la intensidad del aporte sino que son más bien de carácter *normativo*, es decir, enfatizan el juicio de valor.[68]

---

66. Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled "Decision on the confirmation of charges", 30.05.2012, ICC-01/04-01/10-514, p. 32, para. 12.

67. Ver referencias en Joecks. Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch. 2 ed. § 27-63 nota 150; Beckemper. *Strafbare Beihilfedurchalltägliche Geschäftsvorgänge*. Jura, 2001. p. 163; Schünemann. *Leipziger Kommentar StGB*. 12 ed. t. I, § 27-17. Según Wohlleben. *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*. 1996, p. 3, estamos frente a una acción neutral cuando quien la ejecuta la hubiese llevado a cabo sin importar quién es el autor del hecho "ya que con dicha acción persigue fines propios e independientes del autor y del hecho, que no están jurídicamente desaprobados".

68. Burchard. Op. cit.

La corriente de pensamiento que propone límites normativos es ampliamente mayoritaria.[69] A pesar de ello, no existe el más mínimo acuerdo en cuanto a la formulación de un criterio válido.[70] El carácter eminentemente casuístico de esos juicios de valor se contrapone a la pretensión de formular criterios generales.[71] Así y todo, una inmensa energía se ha volcado en el ámbito científico, en particular en la literatura jurídica alemana, para formular tal criterio, lo cual ha dado lugar a la proliferación de tanto material que la cuestión se ha vuelto perfectamente inabarcable.[72]

El punto es de considerable relevancia en el ámbito del derecho penal internacional, especialmente en vistas de la posible responsabilidad penal de los directores o agentes de empresas como partícipes[73] en razón de la provisión de bienes y servicios, información, personal, asistencia logística, productos,

69. Ver por todos Wolfgang Wohlers. Complicidad mediante acciones neutrales, ¿exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente neutral? *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, n. 80, p. 134. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006; Thomas Rotsch. "Einheitstäterschaft" *statt Tatherrschaft*. Tübingen, 2009. p. 399.

70. Thomas Rotsch. Op. cit, p. 400; Peter Rackow. *Neutrale Handlungals Problem des Strafrechts*. Peter Lang, 2007. p. 480 y ss., indica que en la doctrina penal en idioma inglés tampoco se ha acordado un criterio para distinguir y definir las conductas neutrales. Sin embargo, advierte, la discusión en ese ámbito no se focaliza tanto en esta categoría abstracta de las acciones neutrales sino en un grupo específico de casos: el de la venta de mercancías y la diferenciación entre el "ordinary merchant" y el "ordinary accessory before the crime".

71. Thomas Rotsch. Op. cit., p. 402.

72. Jakobs. *Imputación objetiva en derecho penal. Ad hoc* 1996, p 32 y ss. y 83 y ss.; Roxin. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Beck, 2003. t. II, § 26, nota 292; Schünemann. Op. cit., § 27-17, indica que este es el tema más discutido en los últimos años en el ámbito la autoría y la participación; en la literatura hispana ver por todos la magnífica obra de Ricardo Robles Planas. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

73. Es relevante en este punto el reciente informe de la Comisión Internacional de Juristas titulado Complicidad Empresarial y Responsabilidad Legal. vol. 1. Disponible en: [www.icj.org/dwn/img_prd/ESP-Volume1-ElecDist.pdf]. Visitada por última vez el: 04.09.2012. Allí se analiza la responsabilidad de una empresa bajo la perspectiva de si ésta ha causado o ha contribuido en los delitos por haber habilitado, exacerbado o facilitado violaciones de derechos humanos. Se ha discutido el requisito de "conocimiento" o, en algunos contextos, la "previsibilidad" del riesgo. También se ha considerado relevante la proximidad del impacto en la causación, esto es, una proximidad geográfica, frecuencia, intensidad de interacción etc.

recursos (incluida la mano de obra) y facilidades bancarias.[74] Se ha dicho, incluso, que en teoría cualquier actividad comercial, por más neutral que parezca, puede dar lugar a participación en un crimen internacional.[75]

Aquí se presentan, sin ninguna pretensión de exhaustividad y de modo muy esquemático, dos de las principales vertientes de pensamiento en cuanto a la evaluación de las conductas neutrales. Existen concepciones que se centran exclusivamente en el aspecto objetivo. Entran en consideración las teorías de la adecuación social, la adecuación profesional y la imputación objetiva.[76] De acuerdo con esta escuela de pensamiento, si lo que hay en común entre el autor y el partícipe se limita a una prestación cuyo sentido social es cotidiano, que puede obtenerse en cualquier lado y no entraña un riesgo especial, entonces esta prestación no puede constituir participación punible.[77] El conductor de un taxi que se limita llevar a un pasajero no responde por el delito que comente el pasajero cuando llega al destino. Del mismo modo que el taxista no participa en las buenas obras que pueda realizar el cliente cuando arriba a destino, aunque sepa lo que iba a realizar, tampoco se lo puede responsabilizar por las malas obras. El dueño de un local de comidas que les vende a los guardias de un campo de concentración no es cómplice en los delitos que se comenten en los campos.[78]

Otras concepciones tienen también en cuenta aspectos subjetivos, es decir, la parte interna del hecho o el sustrato psíquico del interviniente. Estas tesis parten de la base de que no existen comportamientos neutrales *per se* sino que su carácter, cotidiano o delictivo, se determina a través del sentido y la finalidad que tienen en una situación concreta.[79]

Se argumenta que quien, mediante una acción objetivamente neutral o cotidiana, presta un aporte a un tercero es punible si tenía dolo directo o por

74. Ídem, vol. 2, p. 20. Disponible en: [www.icj.org/dwn/img_prd/ESP-Volume2-EleDist.pdf]. Visitada por última vez el: 04.09.2012.

75. Vest. Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law. *JICJ*, 8, 851-872, p. 852. Oxford: Oxford University Press, 2010.

76. Hefendehl. Addressing white collar crime on a domestic level. *JICJ*, 8, 769-782, p. 781. Oxford: Oxford University Press, 2010; Jakobs. Op. cit., p. 32 y ss. y 83 y ss.; Joecks. Op. cit., § 27-65 a 70.

77. Jakobs. Op. cit., p 32 y ss. y 83 y ss.

78. Vest. Op. cit., p. 864.

79. Roxin. *WasistBeihilfe*? Festschriftfür K. Miyazawa. Baden-Baden, p. 515; Puppe. *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*. 3 ed. t. I, comentario previo al § 13 y ss. y 170; Joecks. Op. cit., § 27-71.

lo menos conocimiento seguro de que éste habría de emplear el aporte en la comisión del delito y es impune si tan solo contaba con la probabilidad de que el autor cometería el delito.[80] Se afirma una participación cuando el interviniente tenía un conocimiento seguro de que su aporte sería empleado en la comisión de un delito y el aporte muestra una "relación de sentido delictiva".[81] Si, para el autor del hecho, no tiene ningún sentido recibir esa prestación descontando la utilidad que pueda tener para el delito entonces el aporte es punible. En cambio, si ese aporte todavía tiene sentido y es útil para el autor incluso dejando de lado el hecho delictivo, entonces la contribución no es punible.[82] El dueño de una ferretería que vende un martillo a sabiendas de que el comprador lo empleará para cometer un homicidio es cómplice en ese homicidio.[83] Para el adquirente, la compra del martillo sirve a un único

80. Roxin. *Strafrecht*... cit., § 26-218. El Tribunal Federal Supremo de Alemania ha decidido que, cuando de lo que se trata es de la complicidad de un empleado bancario, no es suficiente con que "tenga por posible" la comisión del delito principal sino que se requiere que actúe con total conciencia de que existe un riesgo sustancial de la comisión de un delito. 46 BGHSt, (2001) 107 a 120; Joecks. Op. cit., § 27-72. También se propone que cuando el aporte consiste en la entrega de un producto que, por su peligrosidad, no es de venta libre en el mercado (como un arma, narcóticos o veneno), ese suministro es punible siempre y cuando el partícipe haya sabido de la intención delictiva del autor. Puppe. NK comentario previo al § 13, número marginal 155 y ss.; con mayor generalidad Frister. La imputación objetiva. *La causalidad de la acción respecto del resultado*. Compilación y traducción de Marcelo Sancinetti. Hammurabi, 2009. p. 509 y 510. Es interesante la observación de Kai Ambos. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Derecho y Criminología*, n. 8, p. 204, 2001, en cuanto a que, a primera vista, un examen que relaciona ambos aspectos del hecho, el objetivo y el subjetivo, resulta algo desconcertante. Sin embargo, también aquí rige el principio según el cual las cuestiones materiales objeto de examen determinan o condicionan los aspectos estructurales, meramente formales, y no a la inversa.

81. Roxin. *Strafrecht*... cit., § 26-221; Stratenweth. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. 4. ed. § 12-161.

82. Schünemann. Op. cit., § 27-18; esta postura se ha criticado a traves de ejemplos a primera vista persuasivos. De acuerdo con esta construcción, no es punible prestarle un martillo a un amigo a sabiendas de que él lo usará para golpear a una mujer en la cabeza si es que también se sabe que lo usará para clavar un clavo. Sin embargo, que el carácter neutral desaparece en cuanto se conoce la finalidad delictiva no implica necesariamente que debe restablecerse cuando se conoce que, además, se pretende también usar el instrumento o la prestación con una finalidad neutral. Ver también el análisis de Peter Rackow. Op. cit., p. 144.

83. Roxin. *Strafrecht*... cit., § 26-222.

propósito, que es delictivo. En la medida en que el vendedor sabe de esta intención, el carácter inocuo y cotidiano de la transacción desaparece.[84]

Incluso hay quienes entienden que en el contexto de delitos como los de la competencia de la Corte quienes cooperan "considerando posible" la comisión de un delito deberían responder como cómplices.[85] Hay que tener en claro que en los casos de complicidad y en los casos del art. 25(3)(d)(i) se requiere, como se ha dicho, un elemento volitivo: el propósito de facilitar la comisión del crimen o de llevar a cabo la actividad delictiva. Ello contrapesa cualquier relajamiento del aspecto cognitivo. En el único supuesto en el que no se requiere un aspecto volitivo, me refiero a los casos del art. 25(3)(d)(ii), un grado inseguro de conocimiento con respecto al hecho principal no puede ser suficiente. La ley dice explícitamente que por lo menos se debe contribuir "a sabiendas".

3.2 Reseña de casos

La relevancia práctica de esta discusión ha sido puesta de manifiesto en una serie de precedentes jurisprudenciales. Me refiero en primer lugar a una decisión del año 2001 relativa a los casos de las fronteras internas de Alemania en la que se analizó precisamente un supuesto de complicidad a través de acciones neutrales en el delito de homicidio.

El Superior Tribunal Federal de Alemania (BGH) tuvo la oportunidad de decidir sobre la responsabilidad de dos funcionarios acusados de haber elaborado un proyecto de decreto, que luego fue adoptado por los comandantes, que regulaba la colocación, mantenimiento y servicio de las minas apostadas a lo largo de la frontera.[86] El Tribunal afirmó que la participación de los acusados en ese decreto fue causal y facilitó la muerte y las lesiones de determinadas personas. Sin embargo, se reconoció que no todo comportamiento que objetivamente facilita el hecho es punible como complicidad. En especial, se sostuvo, en los casos de comportamientos neutrales es preciso ejercitar caso por caso un análisis valorativo. Ciertamente hubo personas que resultaron

84. Schünemann. Op. cit., § 27-18.

85. Kai Ambos. *La parte general del derecho...* cit., p. 260 y s. Kai Ambos sostiene que un chofer, chofer auxiliar, cuerpo de guardia que prestan un servicio de transporte, en sí neutral, no realizan acciones cotidianas sino acciones de cooperación siempre y cuando efectivamente contribuyan al exterminio de un grupo de personas y los intervinientes conocieran esto o lo consideraran posible.

86. BGH v. 8. 3. 2001 – 4 StR 453/00, wistra 2001, 215.

lesionadas de manera penalmente relevante como resultado de ese decreto. Sin embargo, el decreto no tenía por objetivo único la lesión de estas personas sino también el sentido legítimo de defensa y aseguramiento de las fronteras, y, por lo tanto, no hubo complicidad. La participación de los acusados se limitó a cumplir con el encargo de elaborar el proyecto de decreto y no tuvo conexión con las funciones de colocación de minas, propias del ámbito militar. Los acusados no se apartaron de lo que es profesionalmente adecuado y neutral. Aun cuando sabían que el decreto tendría por consecuencia la colocación de minas, sus aportes tuvieron un significado independiente. Tenían sentido incluso sin la acción delictiva del autor principal y pueden, por tanto, ser juzgados de manera aislada.[87]

A continuación me refiero brevemente a los casos más significativos en el ámbito de los Tribunales *ad hoc*.

En la masacre de Srebrenica, en la que se asesinaron aproximadamente 7.000 personas, *Dragan Jorik*, un militar con formación de ingeniero, estaba a cargo de monitorear y coordinar las tareas de entierro de los cadáveres durante y luego de la matanza. Ante la Sala de Apelaciones, alegó que él tan solo había realizado tareas rutinarias de entierro en una guerra y que no había tenido el propósito de colaborar con la matanza sino solo de enterrar los cuerpos de inmediato en interés de la salud pública. El argumento fue rechazado en razón de que se cumplían los requisitos de la complicidad: su participación tuvo un efecto sustancial en el delito y él sabía de ello. Fue condenado como cómplice de estas matanzas.[88]

Uno de los casos más citados en el ámbito de la responsabilidad penal por actividades empresariales se sustanció ante los Tribunales de Núremberg y se conoce como el caso Zyklon B. El principal imputado, *Bruno Tesch*, era el dueño de una compañía que vendía un gas que sirve para controlar piojos y otras alimañas y que, dependiendo de la dosis, es mortal para los humanos. El imputado vendió y distribuyó grandes cantidades de este gas en oficinas públicas, barracas del ejército y campos de concentración. Entre 1941 y 1945 la provisión de gas se fue incrementando hasta llegar a dos toneladas por mes en el caso del campo de Auschwitz. La fiscalía alegó que el imputado sabía que el gas se empleaba para exterminar personas y siguió vendiéndolo a pesar de ello. La defensa alegó que el imputado no sabía que el gas se usaba para matar

87. Ver Joecks. Op. cit., § 27-59.

88. Appeals judgment, VidojeBlagojevi and DraganJoki, IT-02-60-A, 09.05.2007, para. 201-204.

y que la venta se había efectuado con el propósito normal de desinfección, por razones médicas. El Tribunal tuvo por probado que el imputado había proveído inmensas cantidades de este gas a los campos de concentración con el propósito de controlar pestes y para exterminar a los internos. Fue condenado a muerte en la horca.[89]

Otro caso que tramitó ante los Tribunales de Núremberg, conocido como el *caso Flinck*, involucraba la responsabilidad de seis imputados como miembros del círculo Keppler de amigos de Himmler. Este grupo estaba conformado por unas 40 personas, entre ellos, banqueros, industriales y funcionarios de gobierno y de las escuadras de protección (SS Schutzstaffeln).[90] Los miembros de este grupo aparecían inicialmente como un comité de asesoramiento. Luego fueron invitados a cenas y eventos sociales (como ser una visita al campo de concentración de Dachau) a cambio de donaciones a un fondo a disposición del Reichsführer. La fiscalía les imputó haber colaborado en las actividades delictivas de las SS con grandes sumas de dinero con conocimiento de las actividades ilícitas del grupo[91] y ellos respondieron en su defensa que no sabían de tales actividades. Sin embargo, se tuvo por probado que si bien tal vez en sus inicios el carácter ilícito de las SS no era generalmente conocido, con posterioridad si lo fue y los miembros del círculo de amigos continuaron colaborando.[92] Se consideró irrelevante que la contribución hubiera sido utilizada para comprar gas letal o para pagar salarios.[93] Flinck fue encontrado culpable y sentenciado a una pena de 7 años de prisión.[94]

En cambio, en el proceso conocido como *IG Farben*, se analizó la responsabilidad penal de Carl Krausch y otros (23 acusados) ante el Tribunal Militar Americano por el delito de tomar parte en una guerra de agresión, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. El tercero de los cargos se

89. *Law-Reports of Trials of War Criminals. The United Nations War Crimes Commissio.* vol. I. London: HMSO, 1947. Disponible en: [www.ess.uwe.ac.uk/wcc/zyklonb.htm]. Visitado por última vez el: 04.09.2012.

90. US *vs.* Friedrich Flick Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Counsil Law n. 10, vol IV, p. 1219. Disponible en: [www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-VI.pdf]. Visitado por última vez el: 05.09.2012.

91. Ídem, p. 1190.

92. Ídem, p. 1220.

93. Ídem, p. 1221.

94. Ídem, p. 1223.

relacionaba con la participación en el programa de esclavitud del Tercer Reich a través de la provisión de gas tóxico Zyklon B, experimentos médicos con los prisioneros y trabajo forzado. En cuanto a la provisión del gas tóxico, el Tribunal no tuvo por acreditado que los acusados conocieran que la sustancia se usaba con fines criminales. Tampoco se tuvo por probado que supieran para qué se utilizaban los preparados médicos. Los doctores de las SS infectaban a los internos con tifus para probar posteriormente remedios, lo cual, se indicó, es un crimen. Pero la distribución de preparados con la finalidad de que los médicos hagan pruebas es algo común y no se demostró que los acusados supieran que se utilizaban para cometer delitos. El Tribunal impuso penas que iban de un año y medio a ocho años aunque no por éste sino por otros delitos que tuvo por probados.[95]

En el caso de *Los Ministros* se procedió de modo similar. El imputado Karl Rasche era miembro del directorio del banco de Dresden y fue acusado por haber apoyado monetariamente el círculo de amigos de Himmler y por haberle concedido créditos para varias empresas de las SS que empleaban internos de los campos de concentración. Otras empresas, que involucraban el traslado y reubicación de personas, utilizaban mano de obra esclava. El tribunal sostuvo que Rasche podía ser condenado desde un punto de vista moral pero que difícilmente se puede decir que su conducta constituye un delito en razón de que la única intención del imputado fue la de generar un lucro. Sin embargo, con relación a la contribución a emprendimientos basados primordialmente en la explotación de mano de obra esclava, el Tribunal sí afirmó su responsabilidad.[96]

---

95. Cito a traves del estudio de Jessberger. On the origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity. *JICJ*, 8, 783-802, 2010. En cuanto al primer cargo, la fiscalía alegó que estos hombres de negocios fueron quienes "hicieron posible la guerra" por haber proveído combustible sintético, goma y otros insumos durante el rearme de Alemania. Con respecto a este cargo, todos los acusados fueron absueltos en razón de que no se pudo probar que hayan tenido conocimiento de que estaban participando en el planeamiento y preparación de una guerra de agresión. Además se argumentó que este delito solo pudo ser cometido por el círculo íntimo de líderes y no por quienes les prestaban servicios. El segundo cargo se relacionaba con la apropiación de compañías extranjeras en los territorios ocupados. Resultaron condenados ocho de los acusados, solo aquellos que estaban informados de la apropiación bajo manobras compulsivas. En cuanto a la explotación de trabajo forzado algunos de los acusados fueron condenados en razón de la construcción de una planta de IG justo al lado del campo de Auschwitz, que explotaba el trabajo de los prisioneros.

96. Cito a través de Vest. Op. cit., p. 854.

También me quiero referir aquí a dos casos que tramitaron en La Haya pero que no resultaron de la jurisprudencia de tribunales internacionales sino de las cortes locales holandesas.

En el caso *van Anraat* se discutió la responsabilidad penal del imputado como cómplice en el delito de genocidio y en crímenes de guerra cometidos por el gobierno de Sadam Houssein en Irak durante 1987 y 1988. van Anraat le vendió al régimen de Houssein grandes cantidades de Thiodyglicol (TDG), un producto químico que se usa en la industria textil y que sirve también para fabricar gas mostaza. Se probó durante el juicio que en la lucha contra la población Kurda y en la guerra contra Irán se emplearon armas que contenían el TDG provisto por van Anraat. El acusado sostuvo que él vendió sus productos como en tantas otras ocasiones con un interés simplemente comercial y que no quiso de ninguna manera participar en los delitos. El Tribunal lo condenó como cómplice en crímenes de guerra en razón de que tuvo por probado que sabía que el producto químico se usaría para la fabricación de gas mostaza.[97]

El otro caso fue el seguido contra *Guus van Kouwenhoven*, acusado como cómplice en crímenes de guerra por haberles vendido armas al gobierno, a los rebeldes y a las milicias de Liberia entre 2001 y 2003. También fue acusado por quebrantar un embargo a la venta de armas a Liberia impuesto por las Naciones Unidas. Fue condenado a la pena de 8 años de prisión aunque solo por este último delito. Lo interesante en cuanto a la acusación de complicidad es que el tribunal no tuvo por probado que esas armas hubieran sido empleadas en los crímenes de guerra y señaló que las armas pueden también emplearse para propósitos lícitos o para la comisión de delitos distintos de los que constituían el objeto de ese proceso específico.[98]

Para sostener que las actividades involucradas en los ejemplos que se acaban de reseñar no representan "contribuciones" en el sentido del art. 25(3) (d) debería explicarse que son "corrientes", que pueden obtenerse en cualquier sitio y que no representan un riesgo especial. Si se acepta un criterio "mixto" en cuanto al problema de las contribuciones neutrales, habría que comprobar si el aporte perdió su condición de corriente e inocuo en vistas del contexto y la finalidad para la que fue proporcionado o solicitado.

En el marco del ECPI, es preciso tomar en cuenta los aspectos subjetivos que ya han sido discutidos en este trabajo. La responsabilidad del cómplice requiere

97. Ver Van der Wilt. Genocide *v.* War crimes in the van Anraat Appeal. *JICJ*, 6, 557 a 567, 2008.

98. Ver Farrel. Attributing criminal liability to Corporate Actors. *JICJ*, 8, 873-894, nota 75.

prueba de que las contribuciones fueron hechas "con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen". Quien actúa motivado en una finalidad comercial puede conocer que está favoreciendo la comisión de delitos. Pero, sin embargo, será excepcional que los delitos constituyan para él "objetivos intermedios necesarios" que puedan considerarse parte de la finalidad. Más bien, lo normal es que para el comerciante representen efectos circunstanciales,[99] lo cual podría descartar una complicidad o una contribución en los términos del art. 25(3)(d)(i). Alternativamente, conforme al art. 25(3)(d)(ii) debe probarse que quien ha contribuido, actuó "[a] sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen". Se ha indicado que debe conocer el delito específico que el grupo tenía intención de cometer.[100] Sin embargo, si quien contribuye en el crimen no forma parte del grupo sino que persigue objetivos comerciales, será excepcional que conozca el delito específico que se planeaba cometer.[101]

Por el momento, el único voto que se ha ocupado del tema en la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones parece orientar el análisis de este tipo de casos, a tono con la doctrina dominante, sobre la base de un criterio normativo. Ciertamente, es muy temprano para comprobar cuál o cuáles de los criterios normativos entre los empleados en la jurisprudencia comparada y los propuestos en la literatura jurídica han de ser adoptados por la CPI. Pero un análisis de la jurisprudencia nos convence de que, dada la gran relevancia práctica de este tema, será necesario desarrollar y poner a prueba criterios y analizar las soluciones a las que conduce su aplicación.

4. ¿APLICACIÓN A QUIENES PERTENECEN AL GRUPO?

Se ha sostenido que el art. 25(3)(d) no se aplica a los miembros del grupo, es decir, quien contribuye debe no formar parte del grupo.[102] Esta cuestión tiene una gran implicación práctica. De hecho, por ejemplo, *Mbarushimana* sí era parte del grupo que, según el relato de la fiscalía, actuó con una finalidad común – ¿debía esto conducir automáticamente a negar su responsabilidad penal?

La Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) ha interpretado que la contribución de quien forma parte del grupo es punible bajo esta forma de responsabilidad. Esta conclusión se ha sustentado en una serie de argumentos.

---

99. Burchard. Op. cit., p. 944.
100. Kai Ambos. Article 25... cit., p. 760.
101. Burchard. Op. cit., p. 944.
102. Cassese. *International Criminal Law*. 2. ed. Oxford, 2008. p. 213.

El primer argumento básicamente sostiene que exceptuar de responsabilidad penal a los miembros genera una laguna de punibilidad para los casos que no estén cubiertos por la coautoría y la complicidad. Más arriba se recordaba que el plan común o el acuerdo de voluntades propios de la *coautoría* y formar parte de un "grupo que actúa con una finalidad común" han sido considerados nociones funcionalmente coextensivas.[103] Se diferencian en cuanto a que la coautoría requiere la prestación de una "contribución esencial". Así, quienes forman parte del grupo (o del plan) pero no prestan contribuciones esenciales no podrían ser considerados coautores. Si sus conductas tampoco pudieran ser consideradas como contribuciones al hecho grupal ¿quedarían impunes?

Surge entonces la pregunta acerca de si los miembros del grupo podrían ser considerados *cómplices*. Según el art. 25(3)(c) el cómplice debe no solo conocer la voluntad delictiva del autor principal sino que, además, tiene que actuar con el propósito de facilitar la comisión del crimen. Según la SCP es posible que un aporte no esencial provisto por un miembro del grupo, por faltar ese elemento intencional, no cumpla con los requisitos de la "complicidad".

La SCP razonó que, bajo esa interpretación, uno y el mismo aporte no esencial (con conocimiento pero sin intención) podría ser punible bajo el art. 25(3)(d) si es prestado por alguien que no integra el grupo y quedar impune si es prestado por quien sí lo integra (ya que no daría lugar a responsabilidad bajo ninguno de los supuestos del art. 25(3)). Ello sería contrario al sentido común y generaría una laguna de punibilidad.[104]

A mi modo de ver, esa temida laguna de punibilidad no es tan profunda como parece a primera vista. Para formar parte del grupo, el imputado debe precisamente compartir la finalidad delictiva común, el propósito delictivo, o la intención de cometer un delito. No es posible formar parte del grupo sin presentar el elemento subjetivo que ello requiere. De esto se sigue que el interviniente no esencial que es parte del grupo tendrá con frecuencia las condiciones subjetivas para ser un cómplice, conforme al art. 25(3)(c).

En todo caso, esa laguna de punibilidad sí existiría en supuestos de contribuciones que no satisfagan el umbral establecido para la complicidad. La Sala ha argumentado que la complicidad conforme al art. 25(3)(c) requiere del partícipe una contribución sustancial.[105] Una contribución no sustancial

103. *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 271.

104. Ídem, para. 273-274.

105. Ídem, para. 279.

podría, en todo caso, estar cubierta por el art. 25(3)(d). Pero si éste se limita a contribuciones de quienes no son miembros del grupo, una y la misma contribución no sustancial resultaría punible si es prestada por alguien que no integra el grupo y quedar impune si es prestada por quien sí lo integra.[106]

En el sistema del ECPI es dudoso que argumentos basados en el sentido común o en la existencia de lagunas de punibilidad puedan ser dirimentes para extender el alcance de un tipo penal o un modo de responsabilidad penal. Existe un grupo de garantías, expresamente reconocidas en el art. 22 del ECPI, que se resisten a ello. Me refiero al principio *nullum crimen sine lege*, la indicación en cuanto a que la definición de crimen sea interpretada estrictamente y no se haga extensiva por analogía y el principio que ordena, en los casos en los que la ley sea ambigua, seguir la interpretación que más favorezca al imputado. Más bien, entonces, la interpretación debe guiarse por razones independientes de la constatación de una laguna de punibilidad.

También se ha argumentado que la interpretación que exceptúa a los miembros del grupo no es imparcial sino que se ha hecho con "animosidad".[107] Se dice que su finalidad consiste en que la ECC, que requiere que el individuo sí sea parte del grupo, no pueda concebirse como parte del art. 25(3)(d) con lo cual solo cabría incluirla como una forma de "comisión" tal como fue instrumentada en el TPIY. Entonces, la argumentación en uno u otro sentido estaría teñida por la intencionalidad del intérprete en cuanto a si favorece o no un lugar en el ECPI para la ECC. A mi modo de ver, un argumento o una interpretación jurídica no debería ponderarse o desacreditarse especulando sobre la intención de quien lo formula. Lo correcto es concluir que esta consideración tiene que ser irrelevante en la discusión sobre si el art. 25(3)(d) cubre o no contribuciones de miembros del grupo.

Otra de las argumentaciones ensayadas se sustenta en los antecedentes del 25(3)(d). El art. 2(3) de la Convención contra la Supresión de Bombardeos Terroristas, que se abrió a la firma en 1998 en una fecha cercana al ECPI, contiene una formulación que es más clara en cuanto a que este modo de responsabilidad no se aplica a los miembros del grupo.[108] De este antecedente,

---

106. Ídem, para. 273-274.

107. David Ohlin. Op. cit., p. 412 y s.

108. Ídem, p. 412. 3. En su art. 2(3) la Convención prescribe: "Any person also commits an offence if that person: (a) Participates as an accomplice in an offence as set forth in paragraph 1 or 2; or (b) Organizes or directs others to commit an offence as set forth in paragraph 1 or 2; or (c) In any other way contributes to the commission of one

sin embargo, se pueden inferir posiciones encontradas. Por un lado, se puede sostener que esta norma fue tenida en cuenta por los redactores del ECPI y que ello indicaría que su alcance es equivalente. Pero, por otro lado, también se pude sostener que si los redactores del Estatuto hubiesen querido exceptuar la responsabilidad de los miembros del grupo, habrían podido hacerlo simplemente siguiendo con mayor fidelidad ese antecedente. A mi modo de ver, no está claro que el recurso a la Convención contra la Supresión de Bombardeos Terroristas arroje luz sobre el problema.

El argumento decisivo a favor de captar bajo esta norma la contribución de los miembros del grupo ha sido formulado correctamente por la SCP. Es un argumento de interpretación literal que resalta la ausencia de especificación, en el texto de la ley, sobre si la contribución debe ser hecha por alguien que integra el grupo o es ajeno a éste.[109] Pero esta interpretación tiene que sortear dos obstáculos que también surgen del texto de la ley. El primero sale a la luz cuando se considera la cláusula de accesoriedad contenida en el art. 25(3)(d). El segundo surge de la formulación del tipo sujetivo.

4.1 Accesoriedad

¿Es accesoria la responsabilidad de quien participa en el hecho grupal? En efecto, lo es. La norma requiere una contribución en la "comisión o la tentativa de comisión" de un delito con lo cual la responsabilidad depende de que el hecho haya alcanzado el grado de tentativa. Esto produce, a primera vista, cierta perplejidad pues el comienzo de ejecución del delito debería ya dispararse cuando un miembro del grupo realiza su aporte. Bajo esta consideración, la regla de accesoriedad sería superflua lo cual sugiere que la norma no se aplica a los miembros del grupo.

Sin embargo, a mi modo de ver, sí existe un ámbito válido, aunque reducido, en el que la regla de accesoriedad tiene aplicación incluso frente a contribuciones efectuadas por miembros del grupo. En efecto, la tentativa requiere en el sistema del ECPI la realización de actos que supongan un paso

---

or more offences as set forth in paragraph 1 or 2 by a group of persons acting with a common purpose; such contribution shall be intentional and either be made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or be made in the knowledge of the intention of the group to commit the offence or offences concerned."

109. *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 272; David Ohlin. Op. cit., p. 411-412.

importante para la ejecución del crimen (art. 25(3)(f)). Es imaginable que una contribución menor (aunque subsumible bajo el art. 25(3) (d)) sea de una importancia insuficiente como para dar comienzo a la ejecución del crimen. Entonces, el miembro que realiza esta contribución no es punible hasta tanto el delito no haya comenzado a ejecutarse, por ejemplo, por aportes de otros intervinientes.[110] De esto se sigue que la cláusula de accesoriedad no refuta la interpretación que se propone en este trabajo.

4.2 Aspecto subjetivo

El segundo obstáculo se basa, como se dijo, en la redacción del tipo subjetivo. La norma particulariza los elementos subjetivos requiriendo que la contribución sea intencional y se provea: (i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o (ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

En cuanto al primer apartado del art. 25(3)(d), toda vez que es necesaria una actividad o un propósito delictivo por parte del grupo, sus miembros contribuirán sin excepciones con "el propósito de llevar a cabo el propósito delictivo". De lo contrario no serían miembros de un grupo que tiene un propósito delictivo. En cuanto al segundo apartado, el miembro de un grupo que tiene la intención de cometer el crimen prestará su contribución "a sabiendas de que el grupo tiene la intención". De ello se sigue que los elementos subjetivos planteados en el art. 25(3)(d)(i) y (ii) solo tienen valor agregado cuando de lo que se trata es del aporte de un extraño. A la misma conclusión se llega, incluso, si se desdobla el análisis entre la intención con relación a la conducta y la intención con relación a la consecuencia de acuerdo con el art. 30(2).

Sin embargo, la regulación del tipo subjetivo en esta norma permite captar supuestos que no podrían considerarse "complicidad". Una persona que contribuye sin el propósito específico de facilitar la comisión del crimen puede ser responsabilizada bajo el art. 25(3)(d) (ii).[111] Dada la ampliación del espectro

110. Bajo la interpretación que propongo, la comisión o tentativa de comisión del delito es, para quien "contribuye de algún otro modo" una condición objetiva de punibilidad; como aquí Burchard. Op. cit., p. 943.

111. Kai Ambos. Art. 25... cit., p. 766; Kai Ambos. *La parte general del derecho penal*... cit., p. 292.

de responsabilidad penal que ello supone, la regulación no es redundante en vistas a la responsabilidad de los miembros del grupo.

5. CONCLUSIONES

La opinión de la doctrina en cuanto a los serios problemas de interpretación que plantea esta figura está justificada. La intención de dejar fuera del entramando del ECPI a la forma de responsabilidad penal conocida como conspiración debe ser bienvenida y seguramente no fue sencillo convenir un texto jurídico capaz de satisfacer los intereses contrapuestos de las delegaciones que participaron en la redacción de esta norma. Ese texto le ofrece a la dogmática penal un espacio prolífico para elaborar criterios, estándares y herramientas de interpretación que contribuyan a soluciones sistemáticamente coherentes y teleológicamente razonadas de los problemas más sintomáticos que emergen en su aplicación práctica.

El acuerdo de voluntades o plan común de los coautores no precisa estar específicamente dirigido a la comisión de un delito. De lo contrario, se reintroduciría por vía de este elemento lo que el texto del ECPI ha descartado al regular que no es preciso que el imputado se proponga causar una "consecuencia" sino que basta con que sea consciente de que se producirá en el orden normal de los sucesos. A la vez, quien contribuye en el delito cometido por un grupo es responsable si sabe que la actividad común del grupo "entraña un crimen de la competencia de la Corte" (art. 25(3)(d)(i)). Esto incluye situaciones en las que quien contribuye sabe que la actividad delictiva del grupo va a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en un crimen de la competencia de la Corte. Desde este punto de vista la coautoría y la contribución en la comisión de un crimen por un grupo son, en efecto, funcionalmente coextensivas.

Bajo el modo de responsabilidad penal previsto en el art. 25(3)(d) no es preciso que exista un plan o acuerdo entre los intervinientes sino tan solo que formen un grupo y que tengan una finalidad común. Tampoco es necesario que presenten cierta igualdad jerárquica. En efecto, el grupo puede integrarse por personas en diferentes rangos y escalafones, sean líderes o ejecutores. Puede tratarse de grupos de gran escala. Sin embargo, para calificar como un "grupo" esa pluralidad de personas debe demostrar un grado de cohesión que vaya más allá de "tener una finalidad común". Ese grado de cohesión se verifica entre los destinatarios de una orden, una propuesta o una inducción incluso cuando entre ellos no exista ningún acuerdo de voluntades y también se verifica entre quien da una orden, propone o induce y los destinatarios.

En los supuestos en que los ejecutores no pertenezcan al "grupo" o no se pueda demostrar que compartan la finalidad común cabe analizar si el grupo pudo haber cometido el delito *por conducto* de los ejecutores.

El art. 25(3)(d) permite criminalizar contribuciones que no ostenten una relación causal directa con respecto al crimen. La norma criminaliza a quien contribuya *en la comisión* de un crimen por un grupo de personas.

En cuanto al *grado* de contribución se ha concluido que no hace falta que sea "significativo" sino que alcanza con que se contribuya "de algún otro modo". En cuanto a la *naturaleza* de la contribución se ha concluido que un "aporte neutral" no debe considerarse como una "contribución". También se ha sugerido que para evaluar si el aporte es o no neutral se pueden tomar en consideración aspectos objetivos y subjetivos.

Por último, se ha concluido que el modo de responsabilidad penal previsto en el art. 25(3)(d) sí se aplica a quienes contribuyan en un crimen cometido por un grupo de personas que tengan una finalidad común a pesar de que formen parte de ese grupo. Es decir, la aplicación de la norma no se limita a quienes son ajenos al grupo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de José Luis Rodríguez-Villasante Y Prieto – *RBCCrim* 33/9;
- Concepción criminológica de la criminalidad organizada contemporánea, de Pedro Juan Mayor M. – *RBCCrim* 25/216; e
- Dominio por organización. Estado de la discusión, de Kai Ambos – *RBCCrim* 68/69.

03427

2 A VALORIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS DE NATUREZA PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DA CIDH

O exemplo das graves violações de direitos humanos cometidas durante as ditaduras dos países do Cone Sul

The appreciation of positive obligations of a criminal nature at the ICHR: the example of serious human rights violations committed during the period of dictatorship in countries of the southern cone

KATHIA MARTIN-CHENUT

Pesquisadora do CNRS – Centre National de Recherche Scientifique, na França.

Traduzido por

PRISCILA AKEMI BELTRAME

Mestre em Direitos Humanos e Doutoranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Advogada.

PEDRO AUGUSTO SIMÕES DA CONCEIÇÃO

Acadêmico de direito da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O presente trabalho aborda o percurso jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a afirmação de obrigações positivas aos Estados, sobretudo as de natureza penal, como forma de garantia da plena eficácia dos direitos humanos previstos no sistema regional. Ainda que obrigações deste tipo não estejam previstas na Convenção Americana, o trabalho analisa casos concretos em que a criação pretoriana as impõe aos Estados contra a situação de impunidade, favorecedora de repetições. Reconhece-se a inversão do princípio de subsidiariedade do direito penal quando se trata da proteção dos direitos humanos na jurisprudência internacional. São especialmente abordados os casos julgados pela Corte envolvendo Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolívia, caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil e o caso Guelman contra Uruguai.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado - Amérida - Direitos humanos - Corte Interamericana de Direitos Humanos - Obrigação positiva dos Estados - Ditadura - Direitos e liberdades fundamentais.

ABSTRACT: This paper addresses the jurisprudential path of the Inter-American Court of Human Rights for the affirmation of positive obligations on the States, especially those of a criminal nature as a means to fully secure the full efficacy of human rights provided for in regional systems. Even though obligations of this nature are not provided for in the American Convention, this paper analyses concretes cases where the Praetorian creation have imposed them on States, against the situation of impunity likely to be repeated. The inversion of criminal law's principle of subsidiarity is recognized when referring to the protection of human rights in the international jurisprudence. We especially address cases that have been judged by the Court involving Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña against Bolivia, the Gomes Lund case (the Araguaia guerrilla) against Brazil and the Guelman case against Uruguay.

KEYWORDS: Compared law - Amerida - Human rights - Inter-American court of human rights - Positive obligations of states - Dicatorship - Fundamental rights and freedom.

Para[1] a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), assim como para a Corte Europeia, a plena efetividade dos direitos humanos não pode ser garantida somente por meio de obrigações negativas. A plena efetividade dos direitos humanos implica, igualmente, obrigações positivas de proteção, inclusive, quando se trata de relações entre particulares, o que alguns autores qualificam como "horizontalização dos direitos humanos".[2]

A leitura da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) não permite, contudo, a afirmação da existência explícita de obrigações positivas, sobretudo as de natureza penal. Trata-se, antes, de instrumento pretoriano. Cabe aos juízes interamericanos determinar a existência dessas obrigações e definir

1. Crônica de jurisprudência interamericana originalmente publicada na *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 2012, p. 705.
2. V. S. Van Drooghenbroeck, L'horizontalisation des droits de l'homme, In: H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (org.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelas: Bruylant, 2005, p. 355 s.

seu conteúdo. A Convenção é considerada um instrumento vivo e evolutivo, a qual pode ser objeto de uma interpretação dinâmica, à luz das circunstâncias atuais ou das "condições de vida de hoje" para retomar a expressão bastante utilizada pela Corte. Uma posição como essa não vem sem problemas.[3]

As obrigações positivas de proteção podem trazer questionamentos, especialmente devido ao fato de esta criação pretoriana colocar sob o jugo dos Estados deveres com os quais estes não tinham consentido quando da adesão ao tratado. Ora, no sistema interamericano, as obrigações positivas vão bem além da simples adequação da legislação interna à Convenção (art. 2.° da CADH). Todavia, apesar dos riscos decorrentes, a existência e o desenvolvimento destas obrigações, penais inclusive, parecem ser não apenas legítimas, pois permitem garantir a efetividade dos direitos humanos, mas também parecem se impor cada vez mais, quando a matéria é referente a graves violações a direitos humanos.

Desde sua primeira decisão,[4] a Corte se fundou no art. 1.° da Convenção – relativo à obrigação geral de garantir e de respeitar os direitos contidos na Convenção – e o interpretou de maneira bastante ampla. Neste caso, a Corte entendeu que a obrigação presente no art. 1.° da Convenção atribui ao Estado o dever de mobilizar todas as estruturas pelas quais o Poder Público se manifesta de modo a que sejam capazes de garantir, juridicamente, o exercício dos direitos humanos. Desta obrigação, resulta o dever de o Estado prevenir, investigar a punir toda violação dos direitos humanos.[5]

Interpretada de tal forma, a obrigação de garantir direitos e liberdades inscrita no art. 1.° da Convenção induz, de uma parte, às obrigações gerais, antes de uma violação a fim de prevenir sua ocorrência e, de outra parte, às obrigação situadas a partir de tais violações, das quais decorre o dever de o Estado investigá-las efetivamente a fim de identificar o(s) autor(es) de tais violações, submetê-los à justiça e sancionar suas ações.

O art. 1.° da CADH apresenta um fundamento genérico para a determinação de obrigações positivas. A Corte, para identificar tais obrigações, se refere a numerosas outras fontes, endógenas (como a Convenção sobre desaparecimentos forçados de 1994) e exógenas (como a Convenção das Nações Unidas

3. Não nos esqueçamos, no sistema europeu, das reações como o voto divergente de Sir Gerald Fitzmaurice em 1975 no acórdão *Golder contra Royaume-Uni*, no qual o juiz qualificou a interpretação feita pela Corte do art. 6(1) de "legislação jurisprudencial".

4. Corte IDH, *Velásquez Rodriguez contra Honduras*, 29.07.1988, Série C, n. 4 (§§ 162 à 168).

5. Idem, § 166.

relativa aos direitos da criança, a Convenção das Nações Unidas sobre os desaparecimentos forçados ou, ainda o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional)[6] ao sistema interamericano.

Sobretudo em razão da tipologia das violações cometidas no continente,[7] e não sem ligação com a evolução do direito penal internacional, o sistema interamericano de proteção dos direitos do homem teve um papel essencial no movimento de valorização das obrigações positivas de proteção pela via do direito penal. Os estados são, de tal forma, obrigados a recorrer à repressão penal para proteger os direitos humanos, seja pela criminalização de certas violações a estes direitos, seja pela redução da autonomia processual penal a nível estatal.

A jurisprudência interamericana relativa à luta contra a impunidade das violações graves e massivas dos direitos humanos, pioneira e, em certa medida, fonte de inspiração para a própria Corte Europeia, traduz, de modo exemplar, este movimento de valorização das obrigações positivas do Estado em matéria penal.

A impunidade é definida pela Corte como a falha, de modo conjunto, na investigação, no processamento, na prisão, no julgamento e na condenação dos responsáveis por violações dos direitos protegidos pela Convenção.[8] Mesmo que os dois textos gerais de proteção aos direitos humanos positivados no sistema interamericano (a Convenção e a Declaração) não contenham dispositivo específico acerca do dever de investigar e punir, pode-se extrair da jurisprudência interamericana que o Estado não pode renunciar ao *jus puniendi* em casos de violação dos direitos humanos. A impunidade é considerada como nefasta pela Corte, pois ela favorece a repetição crônica de violações de direitos humanos e a incapacidade das vítimas e de suas famílias de defenderem seus direitos.[9] Nenhuma disposição ou instituição de direito interno pode obstruir

---

6. Por exemplo, nesses últimos dois casos, para impor a obrigação de incriminação de desaparecimentos forçados como uma infração autônoma ou como crime contra a humanidade.

7. V. L. Hennebel, H. Tigroudja, *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris : Pedone, 2009; E. Lambert Abdelgawad, K. Martin-Chenut, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. de l'UMR de droit comparé, vol 20, 2010.

8. V. por exemplo, Corte IDH, *Paniagua Morales e outros contra Guatemala*, 08.03.1998, acórdão de mérito, Série C, n.37, § 173.

9. Idem, § 173. Cf. também, a título exemplificativo, Corte IDH, *Villagrán Morales e outros contra Guatemala*, decisão sobre indenização, 26.05.2001, Série C, n. 77, § 100;

a obrigação de investigar e punir os responsáveis por violações a direitos humanos.[10] O Estado deve afastar todo obstáculo de fato ou de direito que venha a causar a impunidade.[11]

Este movimento de valorização das obrigações positivas de natureza penal traz à luz a ambivalência da relação entre direito penal e direitos humanos, segundo termos de Mireille Delmas-Marty, "o paradoxo de um direito penal que, concomitantemente, protege e ameaça os direitos humanos, enquanto que os direitos humanos permitem, concomitantemente, uma redução e um alargamento do direito penal".[12]

A jurisprudência internacional de proteção aos direitos humanos, em matéria de graves violações a tais direitos, contribui, na verdade, para inverter o princípio da subsidiariedade do direito penal. Este "direito odioso", "instrumento brutal", que somente deve ser utilizado como derradeira opção, torna-se meio prioritário de ação.[13] No lugar de justificar o uso do direito penal em detrimento de outras medidas alternativas a esta via, é exatamente a falta do uso do recurso penal que deve ser justificada.[14]

Esta valorização das obrigações positivas de natureza penal, que parece desconhecer o princípio da *ultima ratio*, a ponto de inverter o princípio da subsidiariedade do direito penal, apesar de ser também observado no sistema europeu, é tipicamente reforçado no sistema interamericano. Isso ocorre,

---

Corte IDH, *Cesti Hurtado contra Peru*, decisão sobre indenização, 31.05.2001, Série C, n. 78, § 63.

10. V. por exemplo Corte IDH, *Bulacio contra Argentine*, 18.09.2003, Série C, n. 100, § 116 et 117.

11. V. por exemplo Corte IDH, *Caso da Comunidade Moiwana contra Suriname*, 15.06.2005, Série C, n. 124, § 207.

12. V. M. Delmas-Marty, Postface: d'un paradoxe à l'autre, In: Y. Cartuyvels e outros (org.), *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 615. V., igualmente, F. Tulkens, The paradoxical relationship between criminal law and human rights, *JICJ*, 2011, p. 577-595.

13. V. Y. Cartuyvels, Droits de l'homme et droit pénal, un retournement?, In: Y. Cartuyvels et autres (org.), *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?* cit., p. 40.

14. V. M. Van de Kerchove et S. Van Drooghenbroeck, La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne, In: F. Delperee (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelas, Paris: Bruylant, LGDJ, 2002, p. 159; S. Van Drooghenbroeck, Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme, In: Y. Cartuyvels et autres (dir.), *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?* cit., p. 89.

sobretudo, por causa da particularidade das violações (graves e massivas), da existência de artigos específicos na CADH (1.º e 2.º) e da quase inexistência da "margem de apreciação nacional" na jurisprudência da CIDH.

Os julgados da Corte relativos a graves violações de direitos humanos cometidas durante os regimes autoritários dos países do Cone Sul traduzem bem o movimento de inversão do princípio da subsidiariedade do direito penal. Este movimento não é novo, e um artigo publicado na *Revue de Science Criminelle* (2007) abordava esta questão ao se perguntar acerca das origens e do desenvolvimento da obrigação de investigar, perseguir e punir os autores de graves violações dos direitos humanos e, consequentemente, o afastamento dos obstáculos representados pelas anistias, pela prescrição e pelo indulto.[15]

Três decisões recentes, publicadas após 2010, todas relativas a violações a direitos humanos cometidas durante a onda de regimes autoritários que vigorou nos países do Cone Sul entre os anos 60 e 80, confirmam este movimento de "penalização do direito interamericano",[16] ou a evocação do direito penal para a proteção dos direitos humanos. Os casos são referentes a três países que passaram por regimes autoritários mais ou menos concomitantemente e que integraram o "Plano Condor", vasta operação repressiva que reuniu as forças de segurança e os serviços secretos latino-americanos a fim de combater, ou até mesmo exterminar, os opositores políticos aos regimes.[17] Os três casos dizem respeito a desaparecimentos forçados, cometidos durante tais regimes autoritários e a recusa à tutela de justiça a que se seguiu. Trata-se dos casos *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, contra a Bolívia, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)* contra o Brasil e, também, *Gelman* contra o Uruguai. As obrigações positivas de natureza penal que resultam destes três casos serão analisadas após uma introdução sobre a contribuição do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no surgimento do delito de desaparecimento forçado.

---

15. V. K. Martin-Chenut, Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé,* Chronique internationale, Droits de l'homme, n. 3, p. 628-640, 2007.

16. Expressão utilizada por Ludovic Hennebel para referir-se, entre outras coisas, à utilização pela Corte de conceitos de direito internacional penal e da jurisprudência dos tribunais penais internacionais. V. L. Hennebel, La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme, In: L. Hennebel, H. Tigroudja, op. cit., p. 84-91.

17. V., a respeito da operação Condor, Corte IDH, caso *Goiburú e outros contra Paraguay*, 22.09.2006, Série C, n. 153.

I) O sistema interamericano e o surgimento do delito de desaparecimento forçado de pessoas.

É preciso lembrar que o sistema interamericano teve papel fundamental na definição desta nova infração penal a qual, à semelhança do crime de genocídio, tem sua raiz no direito internacional e que, em um movimento descendente, se aloja, progressivamente no direito interno.

O desaparecimento forçado não foi inventado na América Latina, mas foi muito utilizado por ditadores latino-americanos. Esta prática se tornou organizada e se generalizou no continente, em especial, a partir dos anos 60. Se uma tal generalização teve lugar, é porque o desaparecimento forçado foi visto como um crime perfeito: ausência de vítima (ela desapareceu), de corpo de delito (está oculto, dissimulado) e muitas vezes também de autor (geralmente acobertado pelo aparelho estatal e não se manifesta, diferentemente do que ocorre no sequestro, em que o autor costuma se manifestar, ainda que para a exigência de pagamento de resgate). A gravidade desta infração faz pensar nas análises de Hannah Arendt sobre as origens do totalitarismo. O desaparecimento forçado torna impossível saber se um prisioneiro está morto ou vivo. Ele torna a morte anônima. É a morte, ela mesma, que é roubada do indivíduo.

A prática sistemática dos desaparecimentos forçados, na América Latina, é a causa que levou a comunidade internacional a reagir contra este fenômeno. A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, destarte, uma resolução, em 1978.[18] Entretanto, é preciso observar a contribuição fundamental do sistema interamericano na apreensão jurídica do fenômeno. O sistema interamericano muito contribui na definição dos direitos violados por esta prática, e na definição jurídica do fenômeno dos desaparecimentos forçados. Desde o primeiro caso contencioso perante a Corte, importantes construções jurisprudenciais vieram a lume, a fim de definir as obrigações do Estado em face destas práticas.

Os dois grandes textos fundadores do sistema (a Declaração e a Convenção americanas) não contêm dispositivos específicos sobre este fenômeno, o desaparecimento forçado em si. Quando da adoção da Declaração, em 1948, esta prática não era comum nos países da região. Quando da elaboração da Convenção, os Estados da região que praticavam os desaparecimentos não tinham nenhum interesse em que o fenômeno fosse revelado, não exercendo nenhum meio para acelerar a imposição de obrigações internacionais que visassem a frear tais violações. Ademais, a percepção majoritária era a de que os direitos previstos na convenção americana cobririam este fenômeno, o que implica

18. Res. 33/173, de 20.12.1978.

múltiplas violações a direitos já assegurados. O problema, então, era o de saber como qualificar, juridicamente, esta prática, não havendo incriminação específica em direito interno ou internacional.

Desde 1983, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) admite na sua Resolução 666 (XIII-0/83) que "a prática do desaparecimento forçado de pessoas na América é uma afronta à consciência do hemisfério e constitui crime contra a humanidade",[19] qualificação retomada, em seguida, por diversos instrumentos internacionais relativos a desaparecimentos forçados. Em seu relatório anual de 1986-1987,[20] a Comissão Interamericana requereu aos países membros que considerassem a possibilidade de adotar uma convenção interamericana sobre os desaparecimentos forçados. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmava que a política de desaparecimentos na América Latina constituía importante instrumento de repressão e de supressão física de dissidentes políticos, solicitando, assim, a adoção de medidas especializadas tanto a nível internacional quanto nacional. Em 1988, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos apresentou à Assembleia Geral da OEA um projeto de Convenção sobre desaparecimentos.

Mas foi somente em 1994 que uma Convenção sobre desaparecimentos forçados foi adotada,[21] coincidindo com os processos de abertura democrática na região. Mesmo se a Convenção Interamericana foi pouco ratificada, ela representou um passo importante na criminalização da infração. Em seu preâmbulo, afirma-se que o desaparecimento forçado viola numerosos direitos essenciais da pessoa humana, os quais não podem ser objeto de nenhum tipo de medida derrogatória. O desaparecimento forçado não pode, assim, ser justificado pelas circunstâncias excepcionais (como o Estado de Guerra ou de Emergência),[22] de modo que a prática sistemática de desaparecimentos se tornou crime contra a humanidade. O desaparecimento forçado é definido pela Convenção Interamericana de 1994 como sendo a "a privação de liberdade de uma ou mais pessoas, seja de que forma for, causada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do

19. V. Res. 666 (XIII-0/83), Annual Report of the Inter-American Commission on Human Righs, 18.11.1983, V. CIDH, relatório anual 1983-1984, DEA/Ser.L/V/II.63.

20. V. CIDH, relatório 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.71.

21. Convenção interamericana sobre o desparecimento forçado de pessoas, adotado em Belém do Pará, Brasil, em 09.06.1994, por ocasião da 24.ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da OEA, vigente desde 28.03.1996.

22. Corte IDH, *Velásquez Rodriguez contra Honduras*, 29.07.1988, Série C, n. 4 (§§ 155-157).

Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes".

A Convenção Interamericana de 1994 impõe aos Estados a criminalização do desaparecimento forçado especificando que este crime deve ser punido na proporção da extrema gravidade da infração (III). Trata-se de crime continuado ou permanente enquanto a destinação da vítima ou o local onde ela se encontra não é determinado (III) e a ação penal e as penas são imprescritíveis, salvo se uma norma fundamental previr garantia em sentido contrário, caso em que o prazo prescricional deve se alongar o mais próximo possível da infração mais grave prevista no Direito Interno (VII).

Não obstante, contudo, antes da adoção do tratado, a principal conquista veio da jurisprudência interamericana a qual, desde suas primeiras decisões, atinentes aos casos hondurenhos (*Velásquez Rodriguez, Godinez Cruz, Fairén Garbi e Solis Corrales*) apercebeu-se a complexidade do fenômeno, considerando a prática de desaparecimentos forçados como uma violação múltipla e contínua de vários direitos previstos na Convenção, afastando o reconhecimento de várias violações isoladas, contudo, para aplicar uma abordagem global.

No caso *Velásquez Rodriguez*, a primeira decisão de uma jurisdição internacional relativa a desaparecimentos forçados, a Corte determinou que esta prática implicava uma "violação múltipla e contínua a vários direitos reconhecidos na Convenção, a qual os Estados estão obrigados a respeitar e garantir".[23] As bases jurídicas utilizadas pela Corte para condenar o Estado eram os arts. 4.º (direito à vida), 5.º (direito à integridade pessoal e de não ser submetido a tortura ou tratamentos desumanos e degradantes) e 7.º (direito à liberdade pessoal ou de não ser detido arbitrariamente) da Convenção americana. Somente mais tarde,[24] em 2009,[25] que a violação do art. 3.º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica) foi, também, considerado como objeto das violações. Em vista do caráter múltiplo e complexo desta grave violação dos direitos humanos, a Corte reviu sua posição para considerar que o desaparecimento forçado leva à violação do art. 3.º porque a recusa de reconhecer a privação forçada de liberdade ou o paradeiro da vítima retira esta última do âmbito de proteção que a lei lhe oferece, fragilizando, pois, sua segurança pessoal e jurí-

23. Idem.

24. Tal como a evolução que ocorreu no seio do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, a este respeito.

25. Corte IDH, *Anzualdo Castro contra Peru*, 22.09.2009, Série C, n. 202, §§ 90 a 101.

dica.[26] O desaparecimento subtrai a pessoa do campo de incidência do direito, nega a sua existência e a mantém em uma situação de indeterminação jurídica face à sociedade e ao Estado que a impede de exercer, de maneira efetiva, seus direitos em geral.[27]

Em 1998, com o caso *Blake contra Guatemala*, relativo ao desaparecimento forçado, ocorrido em 1985, de um jornalista americano que trabalhava cobrindo o conflito guatemalteco, a Corte apresentou interessantes considerações acerca do sentido do tempo quando se avalia a infração, notadamente para que sua competência contenciosa *ratione temporis* possa ser exercida. A vítima teria sido presa e executada em 1985, sendo que a Guatemala somente reconheceu a competência da Corte em 1987. O corpo da vítima, contudo, permaneceu desaparecido até 1992. A Corte se considerou, então, competente para julgar o caso, mas ela introduziu uma certa fragmentação nos elementos do desaparecimento forçado quando ela considerou que os atos de privação de liberdade e de execução não poderiam ser considerados como sendo, *per se*, de caráter contínuo, o sendo, tão somente, alguns de seus efeitos.[28] Esta fragmentação foi criticada pelo Juiz Cançado Trindade em sua opinião divergente. Para ele, tomando tal posição, a Corte não estaria dando a devida importância a fatos que estavam na origem mesma e, talvez, que tenham dado causa ao desaparecimento forçado (a detenção e a morte). A fragmentação, introduzida no caso *Blake*, desaparece, então, quando do caso *Trujillo Oroza*.[29] Neste caso, sobre um estudante desaparecido em 1972 – sendo que a Bolívia, local do desaparecimento, somente reconheceu a jurisdição da Corte em 1993 – a Corte considerou o desaparecimento em sua globalidade. É forçoso dizer que o reconhecimento, por parte da Bolívia, dos atos cometidos desde de 1972, auxiliou a Corte a imputar todas as consequências jurídicas dos fatos e consolidar a classificação do fenômeno como crime continuado ou permanente. A privação de liberdade é tão somente o começo da configuração de uma violação complexa que se prolonga no tempo, até que o paradeiro da vítima seja conhecido e sua identidade definida.

Desde o primeiro caso, a Corte utiliza conceitos de direito internacional penal quando qualifica os desaparecimentos como crime contra a humanidade.[30]

---

26. V. Corte IDH, *Anzualdo Castro contra Peru*, supra, §§ 86 e 90-101.
27. V. Corte IDH, *Anzualdo Castro contra Peru*, supra, § 57.
28. Corte IDH, *Blake contra Guatemala*, preliminaries de exceção, 02.07.1996, Série C, n. 27, §§ 33, 39 e 40.
29. Corte IDH, *Trujillo Oroza contra Bolívia*, 26.01.2000, Série C, n. 64. Além disso, neste caso, a Bolívia reconheceu sua responsabilidade internacional também pela violação do art. 3.º da CADH.
30. Corte IDH, *Velásquez Rodriguez contra Honduras*, supra, §§ 155 et 158.

Posteriormente, no caso *Goiburú*,[31] enquanto ainda formulava sua teoria sobre a responsabilidade dos Estados por violações graves contra direitos humanos, ela se baseia em disposições, em paralelo com o art. 7.º do Estatuto de Roma, para qualificar o "terrorismo de Estado", como sendo a utilização do poder do Estado para organizar, em nível interestatal, detenções arbitrárias, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais, do qual decorre a "responsabilidade agravada" do Estado.

Deste "crime de Estado"[32] nascem obrigações que implicam a adaptação da legislação penal nacional à Convenção (notadamente a criminalização dos desaparecimentos forçados e o estabelecimento de uma pena proporcional à gravidade da violação dos direitos humanos, bem como a supressão de qualquer obstáculo à investigação, persecução e punição dos possíveis autores) e a efetivação dos recursos jurisdicionais que visem a eliminar a impunidade. A consideração dos desaparecimentos forçados como graves violações a direitos humanos e sua qualificação como crime contra a humanidade implicam um reforço das obrigações positivas de natureza penal ilustrado pelos três casos que seguem.

II) *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolívia*[33]

A – Contexto do caso

A Bolívia se encontrou submetida a uma Ditadura Militar entre 1971 e 1981, após um Golpe de Estado orquestrado pelo Coronel Hugo Banzer. Durante o regime autoritário, as garantias constitucionais foram suspensas e os dissidentes políticos perseguidos. A detenção ilegal de pessoas, a tortura e os desaparecimentos forçados foram praticados abundantemente.

Este caso concerne o desaparecimento forçado, na década de 70, de Rainer Ibsen Cárdenas e de José Luis Ibsen Peña (pai e filho), no quadro de combate contra a dissidência política durante o regime e a negação à prestação jurisdicioinal que se seguiu. A sorte da primeira vítima ficou clara em 2008, seus

31. Cour IDH, *Goiburú e outros contra Paraguay*, 22.09.2006, Série C, n. 153.

32. Expressão utilizada pela Corte especialmente sob a influência de seu ex-Presidente, Antônio Augusto Cançado Trindade. Outro ex-Presidente da Corte, Sergio García Ramirez, prefere as expressões "crime de Estado" (*crimenes desde el Estado*) e "terrorismo de Estado" (*terrorismo desde el Estado*) pois a atribuição de uma conduta ao Estado e a qualificação de ações criminais como políticas atribuíveis ao Estado, engendra, segundo ele, o risco de desresponsabilizar o indivíduo e, em consequência, favorecer a impunidade (v. voto divergente no caso *Goiburú*).

33. Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolívia*, 01.09.2010, Série C, n. 217.

restos mortais tendo sido identificados e entregues à sua família, enquanto que a sorte da segunda vítima ainda era desconhecida.

O caso teve início com uma queixa apresentada à Comissão em setembro de 2003. Em 2008, a Comissão Interamericana formulou recomendações ao Estado. Apesar de duas prorrogações, as medidas tomadas pelo Estado foram consideradas insatisfatórias pela Comissão, de modo que o caso foi encaminhado à Corte em maio de 2009.

A Bolívia ratificou a Convenção Americana em 1979 e reconheceu a competência da Corte Interamericana em 1993. Assim, a Bolívia também se vê sob a tutela da Convenção interamericana sobre desaparecimentos forçados.

B – A posição da Corte

Ainda que as violações tenham sido cometidas em 1971 e 1973, antes, portanto, da ratificação da CADH e do reconhecimento da competência contenciosa da Corte por parte da Bolívia, a Corte Interamericana, invocando a jurisprudência que determina sua competência a partir do caráter contínuo ou permanente das violações, considera-se competente *ratione temporis* para julgar o caso, notadamente do fato do reconhecimento expresso pela Bolívia no caso específico, dos fatos ocorridos a partir de outubro de 1971.

Neste caso, a Corte reiterou a importância de uma análise global do desaparecimento forçado.[34] Mesmo se ela lembra que a atenção da Comunidade Internacional acerca de tal fenômeno não é recente e também faz alusão aos trabalhos do Grupo de trabalho das Nações Unidas,[35] a Corte insiste no caráter precursor de sua própria jurisprudência sobre a matéria[36] e mostra que a evolução do direito internacional e dos direitos nacionais da região revelam um consenso em torno da definição desta grave violação dos direitos humanos e das obrigações internacionais dela decorrentes.[37]

A posição da Corte se insere na continuidade do movimento mencionado acima e se traduz pela invocação do direito penal para a proteção dos direitos humanos, notadamente pela obrigação de investigar, de processar e, nos casos cabíveis, de punir os autores de graves violações contra os direitos humanos, "visto que a persecução penal é um instrumento adequado para prevenir futuras violações contra direitos humanos de similar natureza".[38]

---

34. Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolívia*, supra, § 57.
35. Idem, § 58.
36. Idem, § 59.
37. Idem, § 60.
38. Idem, § 66.

É preciso mencionar que quando da apresentação do caso perante o sistema interamericano, a Bolívia não tinha, ainda, integrado a incriminação do desaparecimento forçado na sua legislação nacional. Ela o fez tão somente em 2006, mas a Corte considerou, em caso pretérito[39] que este país não tinha honrado com suas obrigações internacionais (arts. I-d e III da Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados e art. 2.° da Convenção Interamericana), uma vez que esperou até 2006 para fazê-lo. A Corte, então, considerou, no presente caso, que ela já tinha se manifestado sobre a questão e que uma nova declaração de violação não era necessária, visto que os efeitos da decisão precedente teve efeitos gerais que transcendem o caso específico.[40]

Ainda assim, a Corte se manifestou demoradamente sobre a obrigação que tem o Estado de inquirir, de julgar e de sancionar, sob o ângulo dos arts. 8.° e 25 da Convenção (garantias judiciais e proteção judicial, respectivamente). E ela ainda o fez em detalhes, analisando o desdobramento do inquérito e dos processos judiciais internos.

A Corte relembra sua jurisprudência constante e afirma que se a obrigação de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado, isso não significa que os inquéritos possam ser instaurados como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera.[41] A integralidade do inquérito deve ser guiada por um objetivo preciso: a determinação da verdade, a investigação, a persecução, a detenção, o julgamento e, eventualmente, a sanção dos responsáveis pelos fatos.[42]

Primeiramente, ela considerou que no caso de desaparecimentos forçados, o Estado tem o dever de iniciar, *ex officio*, sem demora e de maneira séria, imparcial e efetiva, o inquérito.[43] O Estado, contrariamente, esperou, segundo a Comissão, por 28 anos e pela ação da família das vítimas para fazê-lo.

Na sequência do movimento que se traduz por uma reversão do princípio da subsidiariedade do direito penal,[44] a Corte afirma que a verdade histórica desvelada por comissões especiais, como a Comissão Nacional de Inquérito sobre os Cidadãos Desparecidos e que foi estabelecida em 1982 na Bolívia,

39. V. Corte IDH *Ticona Estrada e outros contra Bolívia*, 27.11.2008, Série C, n. 191, §§ 104 e 105 e Corte IDH *Ticona Estrada e outros contra Bolívia*, Interpretação do acórdão, 01.07.2009, Série C, n. 199, §§ 9-13.

40. Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolívia*, supra, § 192 à 194.

41. Idem, § 177.

42. Idem, § 153.

43. Idem, § 155.

44. V. infra.

"não completam nem substituem a obrigação de o Estado estabelecer a verdade e de inquirir sobre as infrações por meio de processos judiciais".[45] Para a Corte, o dever do Estado de inquirir *ex officio* deve se circunscrever às ações jurisdicionalizadas.[46]

O inquérito deve ser iniciado de ofício e ser efetivo. A Corte releva inúmeras falhas nas condutas das autoridades (o que teve como consequência recair o ônus da prova sobre as partes privadas) e concluiu pela inexistência de um inquérito sério por parte do Estado,[47] o que contribuiu com a impunidade. O desenvolvimento do processo foi igualmente prejudicado por regras processuais então em vigor, as quais permitiram um número considerável de recursos.[48]

Em matéria de imprescritibilidade das violações contra direitos humanos, a Corte confirmou sua jurisprudência, entendendo que a vedação de desaparecimentos forçados de pessoas e o dever correspondente de investigar e sancionar os responsáveis são normas que atingiram o status de *jus congens*.[49] Assim, "face à imperiosa necessidade de evitar a impunidade dos desaparecimentos forçados", a Corte reitera a necessidade de "utilizar os recursos penais à disposição do Estado".[50]

Após ter lembrado que "desde seus primeiros casos (ela) qualificou o desaparecimento forçado como fato ilícito de natureza contínua e permanente, composto de múltiplas violações dos direitos humanos",[51] a Corte insistiu no ponto de que as perseguições das infrações isoladas, como a privação ilegal da liberdade, não satisfazem o dever de o Estado sancionar uma conduta "pluri-ofensiva", como o desaparecimento forçado.[52]

Ademais, como se trata de uma infração que se executa de forma permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a aplicação aos fatos da nova legislação boliviana de 2006, a qual tipifica o desaparecimento forçado, não implica – conforme a Corte – uma aplicação retroativa da lei.[53]

---

45. Idem, § 158.
46. Idem, § 159.
47. Idem, § 174.
48. Idem, § 191.
49. Idem, § 197.
50. Idem, § 198.
51. Idem, ibidem.
52. Idem, § 200.
53. Idem, § 201. V. igualmente, Corte IDH, *Trujillo Oroza contra Bolívia*, acompanhamento da execução do acórdão, Resolução da Corte de 27.01.2009, n. 38.

Podemos constatar como o reforço de obrigações positivas de natureza penal pode afetar o princípio da legalidade penal e seu corolário da não retroatividade, conforme defendido pelos penalistas. Estes apreendem a insegurança jurídica que pode decorrer deste apelo aos juízes nacionais feito pelo juiz interamericano e da emancipação do juiz nacional a través da aplicação do direito interamericano.

Ademais, a Corte reiterou sua jurisprudência inaugurada no caso *Almonacid Arellano* contra um outro país do Cone Sul, o Chile,[54] e chama o Poder Judiciário nacional a exercer um controle de convencionalidade de ofício: "A Corte está consciente de que os juízes e tribunais internos se encontram sob o império da lei e, visto isso, são obrigados a aplicar as disposições em vigor no ordenamento jurídico. Mas, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção americana, seus juízes, como parte do aparelho estatal, também estão a ela submetidos, o que os obriga a cuidar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam mal aplicados em decorrência de outras leis que sejam contrárias a seus objetivos e que já tenham sido derrogadas pela edição da Convenção. Para dizer de outro modo, o poder judiciário é convocado a exercer um 'controle de convencionalidade' *ex officio* entre as normas internas e a Convenção americana, respeitando suas respectivas competências e as regras procedimentais correspondentes. Nesta tarefa, deve o Poder Judiciário levar não somente em consideração o tratado, mas também a interpretação que dele faz a Corte, intérprete última da Convenção americana".[55]

A Corte lembra que, em primeira instância, houve condenações a penas que variavam de dois a oito anos de prisão por privação ilícita da liberdade de modo qualificado e que a prescrição se deu para demais crimes, como tortura, homicídio ou organização criminosa. Ela lembra, igualmente, que em sede de apelação, considerou-se que a lei de 2006 não poderia ser aplicada retroativamente. Por outro lado a Corte saúda a decisão que anula as prescrições declaradas previamente com base na jurisprudência interamericana[56] e, sobretudo, a decisão que aplica a nova incriminação de desaparecimento forçado aos fatos do caso concreto.[57]

---

54. Corte IDH, *Almonacid Arellano contra Chile*, 26.09.2006, Série C, n. 154, § 124.

55. Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolívia*, supra, § 202.

56. Acórdão da *Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 02.06.2010 (*expediente de fondo*, t. V, p. 1967-1968). Esta decisão faz referencia ao caso *Trujillo Oroza contra Bolivie*, acórdão sobre indenizações, 27.02.2002, Série C, n. 92.

57. Acórdão da *Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 16.08.2010 (*expediente de fondo*, tomo V, p. 2000-2001 e 2005-2006).

É preciso notar que já há alguns anos, a Corte interamericana estabeleceu uma espécie de diálogo entre juízes nacionais e interamericanos, colocando em foco as decisões nacionais que se alinham com a sua própria jurisprudência internacional. Entretanto, condena a Bolívia em razão da impunidade parcial que ainda persiste.[58]

A Corte considera que o processo penal interno não constituiu recurso efetivo para garantir o acesso à Justiça, ao inquérito e à eventual sanção dos responsáveis dos fatos ligados ao desaparecimento forçado dos senhores Rainer Ibsen Cárdenas e José Luis Ibsen Peña em um prazo razoável e condena a Bolívia por violação dos arts. 8(1) e 25(1) combinado com os arts. 1(1) e 2 da Convenção americana.

III) O caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) contra o Brasil*[59]

A – Contexto do caso

O Brasil esteve sob uma Ditadura Militar entre 1964 e 1985. Em 31.03.1964, um golpe de Estado Militar retirou do poder o Presidente Civil João Goulart, que vinha realizando reformas temidas. Se, no começo, o golpe de Estado se beneficiou de amplo apoio popular, a manutenção de um tal regime durante duas décadas não foi, assim, tão bem aceita. Para encarar a crise e combater a dissidência política, poderes excepcionais foram atribuídos ao governo e um edifício repressivo foi colocado em ação graças à instauração de um sistema penal de exceção.[60] O jurídico jogou um papel muito importante nas relações de dominação política.[61] Desde o golpe de Estado, o Poder Executivo começou a legiferar com instrumentos denominados "Atos Institucionais".[62] A colabo-

58. Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolívia*, supra, § 209.

59. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, 24.11.2010, Série C, n. 219.

60. V., a este respeito, K. Martin, La dictature militaire et la réconciliation nationale au Brésil, *L'astrée – Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, n. 8, número especial temático : "Les crimes contre l'humanité", p. 19-24, set. 1999; K. Martin-Chenut, O sistema penal de exceção instaurado durante a ditadura militar brasileira confrontado com as exigências do direito internacional dos direitos humanos, In: MacDowell Santos, C.; Almeida Teles, E. L. de; Almeida Teles, J. (orgs.), *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*, São Paulo, Ucitec, 2009, p. 265-298.

61. V. Lemos, R., Poder Judiciário e poder militar, In: Castro, C.; Izecksohn, V.; Hendrik, K. *Nova história militar brasileira*, Rio de Janeiro, FGV, 2004, p. 410-411.

62. Foi dessa forma que as persecuções políticas foram levadas à cabo, suspendendo inúmeros direitos políticos, mandados legislativos, militares sendo colocados em cargos de chefia, partidos políticos dissolvidos, a mídia sendo censurada, associações

ração da autoridade judiciária foi garantida, notadamente pela modificação da composição do Supremo Tribunal Federal,[63] a exclusão da apreciação da justiça de direito comum dos "atos de comando supremo da revolução"[64] e o alargamento da competência da justiça militar para abranger, também, as infrações de civis contra a "segurança nacional".[65]

A criminalização da dissidência política se tornou possível graças à adoção de qualificações típicas largas e imprecisas.[66] A Ditadura atingiu seu auge com a adoção do Ato Institucional 5, de 13.12.1968 (AI-5). Uma onda suplementar de restrições a direitos civis teve lugar, mas o esforço de racionalização jurídica dava sinais de esgotamento. O eterno problema dos regimes autoritários em geral, do brasileiro inclusive, aparece assim que a estrutura oficial, colocada em prática para a opressão da oposição política, a qual se baseava em ataques a garantias constitucionais, se mostra, ainda assim, insuficiente para a manutenção da ordem estabelecida.

Estes regimes recorrem, então, a práticas alheias a qualquer legalidade em nome da manutenção do poder. O relatório feito por Nicole Questiaux para a ONU, sobre as consequências dos Estados de Exceção para os direitos humanos[67] revelou este problema, considerado como a última etapa da degradação do Estado de Direito: os desaparecimentos, os assassinatos políticos, entre outros. Com a adoção do AI-5, o ciclo de luta dos militantes de oposição alocada

---

estudantis sendo perseguidas e garantias constitucionais, como o Habeas Corpus, suspensas etc.

63. AI 2, art. 6.

64. AI 2, art. 8.

65. AI 2, art. 19. V. K. Martin-Chenut, Les juridictions militaires et d'exception au Brésil, In: Lambert-Abdelgawad, Elisabeth (org.), *Tribunaux militaires et juridictions d'exception en mutation: perspectives comparées et internationales*, Coedição AUF, ed. des Archives contemporaines, Coleção Actualité scientifique, 2007, p. 49-89.

66. V. art. 3.º, § 2.º, do Dec.-lei 314, de 13.03.1967 (Lei de Segurança Nacional de 1967). De acordo com este artigo "a guerra psicológica adversa" era uma das infrações contra a segurança nacional. Estes atos eram definidos como "o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais".

67. V. N. Questiaux, Étude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'État de siège ou d'exception, Conselho Econômico e Social, Comissão de Direitos Humanos – Distr. Geral E/CN 4/ Sub. 2/1982/15.

no interior do sistema alcançou seu limite, uma vez que todas as formas de participação política foram anuladas. Praticamente todos os militantes passaram a ser considerados clandestinos e aderiram a grupos de luta armados (denominados "guerrilhas", pelos militantes, e qualificados como "terroristas" pelo militares).[68] O Governo respondeu com uma repressão ainda mais intensa. É neste contexto que se insere a *Guerrilha do Araguaia*, nome do movimento de resistência ao regime militar composto por alguns membros do Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

Este movimento, que atuou na região da Amazônia, às margens do Rio Araguaia, desde o fim dos anos 60 até meados dos anos 70, tinha como objetivo a luta contra o regime por meio da construção de uma milícia popular de libertação. Ele contava, em 1972, com cerca de 70 membros, em sua maioria, jovens. Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, várias operações de repressão foram tomadas por integrantes do exército, da marinha e aeronáutica bem como por policiais militares e federais. Ao final dessas operações, os guerrilheiros tinham sido exterminados.

Em uma primeira fase dessas operações, os corpos das vítimas, após terem sido identificadas, foram enterrados na floresta. Entretanto, ao final dessas operações, adotou-se a estratégia da exumação de corpos, alguns foram queimados e outros despejados em rios locais.[69] As informações acerca dessas operações permaneceram sob segredo e a Lei de Anistia, adotada em 1979,[70] bloqueou toda tentativa de instauração de inquéritos e de processos penais.

Na origem do caso se encontra uma petição apresentada à Comissão em 1995 por duas ONGs em nome das pessoas desaparecidas quando do episódio da "Guerrilha do Araguaia" e de seus familiares. A reclamação na Comissão[71] atacava a detenção arbitrária, a tortura e o desaparecimento forçado daquelas pessoas, bem como a ausência de informações e de um inquérito, processo ou punição das autoridades responsáveis por estas graves violações a direitos humanos decorrentes da anistia. A Comissão estabeleceu, desde 2008, várias recomendações para o Estado Brasileiro, que teve dois meses para informar a Comissão das medidas adotadas em respeito à reclamação. Apesar de duas

68. V. Anônimo, Pau de Arara. La violence militaire au Brésil, *Cahiers libres*, 215-216, p. 79, Paris, Maspero, 1971.

69. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra, §§ 89-90.

70. Lei 6.683, de 28.08.1979.

71. Comissão IDH, Caso 11.552, Decisão de Admissibilidade n. 33/2001.

prorrogações deste prazo, as informações transmitidas pelo Brasil não foram consideradas satisfatórias pela Comissão, de modo que o caso foi enviado à Corte em março de 2009, considerando que se tratava de importante oportunidade para a Corte consolidar sua jurisprudência interamericana sobre a exclusão de leis de anistia em matéria de desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais, sobre a obrigação de os Estados fazerem emergir a verdade, bem como de investigar, processar e punir os autores destes crimes.

B – A posição da Corte

Mesmo tendo as violações ocorrido antes de o Brasil reconhecer a competência judiciária da Corte, o que se deu em 10.12.1998, a Corte decidiu, como em outras oportunidades, considerar-se competente para julgar o caso em decorrência do caráter contínuo das violações que compõem o desaparecimento forçado (violações que começam com a privação de liberdade e a falta de informações e vão até a impossibilidade da pessoa, ou de seus restos mortais, ser encontrada), mas também porque a ausência de justiça permanecia.

Neste caso, não há controvérsia sobre os fatos relativos aos desaparecimentos forçados dos membros da *Guerrilha*, tendo o Estado Brasileiro reconhecido sua responsabilidade e a Corte condenado-o por violação aos artigos 3°, 4°, 5° e 7° da Convenção americana. As dificuldades apareciam neste caso de modo especial no tocante ao acesso à verdade e pela negação à prestação de Justiça. A controvérsia, então, girou em torno das obrigações internacionais exigíveis do Brasil decorrentes da Convenção.

Se da jurisprudência interamericana tem-se que os Estados são obrigados a recorrer à repressão penal para proteger os direitos humanos – seja pela criminalização de violações aos direitos humanos, seja pela restrição à autonomia processual penal dos Estados – o caso *Guerrilha do Araguia* ilustra bem estas duas vertentes, sendo, ainda um exemplo importante da inversão do princípio da subsidiariedade do direito penal.

1. A obrigação de criminalizar o desaparecimento forçado

No caso *Gomes Lund e outros*, a Corte retomou as conclusões da Comissão Especial Brasileira sobre Mortes e Desaparecidos Políticos para mostrar que os desaparecimentos forçados se tornaram prática recorrente no Brasil a partir de 1974, substituindo falsas notas estatais que, até então, simulavam o suicídio ou acidentes automobilísticos. A partir de 1974, para que não fosse desvendada a incoerência entre o discurso oficial de abertura política adotado pelo Governo Militar e a prática repressiva, não houve mais o reconhecimento do falecimento dos dissidentes políticos nos centros de detenção. Os prisioneiros políticos que morriam, desapareciam. A clandestinidade da repressão contribuía, assim,

para evitar que as contradições do regime não fossem desmascaradas e para assegurar a impunidade dos autores de graves violações de direitos humanos cometidas.

Na continuidade de sua jurisprudência, ressaltando seu caráter precursor e inovador em matéria de direito internacional,[72] a Corte afirma que a prática de desaparecimentos forçados implica um abandono inexorável de princípios essenciais que se encontram na base do sistema interamericano de direitos humanos e sua proibição atingiu, já, caráter de *jus cogens*.[73] O dever de prevenção do Estado compreende todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos, como, por exemplo, o registro minucioso dos detentos e o reconhecimento legal dos centros de detenção, dos recursos céleres e efetivos à disposição dos cidadãos, entre outros.[74] Ademais, assim que haja razões para suspeita do desaparecimento forçado de uma pessoa, o Estado deve de ofício e sem demora, de maneira séria, imparcial e efetiva, instaurar inquérito.[75] Assim, a instauração de inquérito efetivo, significa, para Corte, a criminalização do desaparecimento forçado como ilícito interno autônomo, porque, como mencionado na decisão examinada anteriormente, "a persecução penal é um instrumento adequado para prevenir futuras violações de direitos humanos desta natureza".[76]

O Brasil deve, então, legiferar sobre o desaparecimento forçado como infração autônoma para permitir a persecução penal de uma infração que teve por objetivo impedir as vítimas e seus familiares e próximos de exercer os recursos jurídicos adequados. Ademais, no capítulo consagrado às reparações, a Corte especifica que a incriminação do desaparecimento forçado constitui uma garantia de não repetição da violação,[77] combinando esta às exigências do art. 2.º da Convenção.

A Corte incentiva o Brasil a dar prosseguimento ao processo de reforma legislativa em curso (Projetos de Lei 301/2007 e 4.038/2008) e a ratificar a

---

72. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra, §§ 101-104.

73. Idem, § 105. A Corte confirmou seu entendimento, recuperando o que já havia sido afirmado em acórdãos antecedentes, como no caso *Ibsen* acima comentado.

74. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra, §§ 106-107.

75. Idem, § 108.

76. Idem, § 109.

77. Idem, §§ 284-287.

Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados.[78] Todavia, a Corte anota que estes projetos em curso não satisfazem, completamente, a obrigação de criminalizar o desaparecimento forçado, nos termos dos parâmetros interamericanos, visto que os parâmetros adotados são os do Estatuto de Roma. Para estar de acordo com os parâmetros interamericanos seria preciso prever a infração de desaparecimento forçado isolada da dos crimes contra a humanidade. Seria preciso, ainda, não somente afastar a prescrição e a anistia mas também, por exemplo, afastar a competência da Justiça Militar para julgar tais delitos.

No dispositivo da decisão do caso, a Corte dispõe que o Estado deve, em prazo razoável, incriminar o desaparecimento forçado conforme os parâmetros interamericanos, soma, porém, a isso, que na espera "deve o Estado adotar todas as ações capazes de garantir o julgamento efetivo e, eventualmente, a punição pelos fatos apontados no desaparecimento forçado, de acordo com os mecanismos existentes de direito interno".[79] A Corte afirma que o Brasil deve, na falta de qualificação típica específica, lançar mão de outras qualificações já existentes para responsabilização dos envolvidos.[80]

2. A obrigação de remover o obstáculo ao acesso à Justiça representado pela lei de anistia brasileira

Para a Corte, o Estado deve garantir que nenhuma barreira legal ou de qualquer outra natureza, impeça a investigação de infrações e, se for o caso, punição dos responsáveis.[81] No entanto, a Lei de Anistia brasileira, incluindo a interpretação constante do art. 1.º desta Lei,[82] representa um obstáculo ao dever de investigar, de processar e sancionar, se for o caso.

---

78. Idem, § 287. Estranhamente, nenhuma referência é feita à Convenção das Nações Unidas de 2006, ratificada pelo Brasil em 29.11.2010, poucos dias após a decisão interamericana, e que poderia igualmente servir de base à integração no direito interno da infração de desaparecimento forçado.

79. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra, n. 15. V. igualmente § 287.

80. A este respeito, v. Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana contra Colômbia*, Indenizações, 29.01.1997, Série C, n. 31, § 56.

81. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra, § 109.

82. O art. 1.º da Lei prevê anistia para toda pessoa que tiver cometido um crime político ou conexo no período de setembro de 1961 a agosto de 1979. A lei considera "crimes conexos", "os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política". De acordo com a interpretação atual deste artigo, os agentes da repressão que tiverem cometido um "crime conexo" a um crime político,

Como já mencionado, a Comissão encaminhou o caso para a Corte como uma importante oportunidade para consolidar a jurisprudência interamericana sobre inconvencionalidade *per se* das Leis de Anistia. No entanto, uma particularidade deste caso deve ser destacada: o debate brasileiro sobre a natureza da Lei de 1979 (Lei de Autoanistia ou Acordo de Anistia) perante a Corte usado como um argumento para a manutenção da norma.

a) A consolidação da jurisprudência sobre inconvencionalidade *per se*, as leis de anistia em matéria de graves violações de direitos humanos

Parece importante observar o longo caminho percorrido pela jurisprudência interamericana até a consagração da inconvencionalidade *per se*, das leis de anistia. Inicialmente, a Corte não admitia a possibilidade de declarar a inconvencionalidade *in abstracto* de uma lei interna.[83] Ela passou a admiti-la a partir de 1997, em relação a uma lei penal que ameaçasse os direitos dos presos[84] – os direitos humanos, aqui, conformam e limitam o direito penal – e, a partir de 2001, em relação às leis de autoanistia[85] – os direitos humanos, neste caso, reforçam o direito penal ou direito penal protege os direitos humanos. Na decisão emblemática do caso *Barrios Altos*, sobre a violência política contra a população do Peru durante o governo de Alberto Fujimori, a Corte considerou "inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e as causas de exoneração de responsabilidade que pretendiam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, como tortura, as execuções sumárias, execuções extrajudiciais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados,quando de fato seriam todos eles proibidos, por violarem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos".[86] A Corte combina os arts. 1.º(1), 2.º, 8.º e 25 da CIDH e considera que "os Estados Partes têm o dever de tomar todos os tipos de medidas para garantir que ninguém seja subtraído da proteção judicial e seja privado

aí incluídas as graves violações dos direitos humanos, como a tortura e os desaparecimentos forçados, beneficiar-se-iam da anistia.

83. Corte IDH, Opinião Consultiva n. 14, de 09.12. 1994 "Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis de violação da convenção (arts. 1.º e 2.º da Convenção Americana)", Série A, n. 14, OC 14/94, § 42.

84. Corte IDH, *Suárez Rosero contra Ecuador*, 12.11.1997, Série C, n. 35, § 98. Para mais informações sobre a evolução trazida com este caso, v. L. Burgorgue-Larsen, Le bannissement de l'impunité: décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *RTDH*, 5-10, 2012.

85. Corte IDH, *Barrios Altos contra Peru*, 14.03.2001, Série C, n. 75, § 41.

86. Corte IDH, *Barrios Altos contra Peru*, supra, § 41.

do direito a recursos simples e eficazes (...)". As leis que tivessem efeitos idênticos, como as leis de autoanistia, violam estas disposições.[87] A Corte afirma a manifesta incompatibilidade das leis de autoanistia com a CADH, sendo que estas leis não têm nenhum efeito legal e não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos, para identificar e punir os responsáveis.[88] Em decorrência disso, por ocasião de uma demanda de interpretação a este respeito pela Comissão Interamericana, a Corte considera que a declaração de incompatibilidade das leis de autoanistia e a Convenção americana não ficou limitada ao caso, mas, sim, teve uma repercussão geral.[89]

A jurisprudência de *Barrios Altos*, qualificada como histórica, pois pela primeira vez um tribunal internacional declarou uma lei de anistia como desprovida de qualquer efeito, tem sido repetidamente confirmada pela Corte. Desde a sua decisão de 2001, a Corte Interamericana afirmou constantemente a inadmissibilidade de instrumentos jurídicos que podem isentar de responsabilidade, servir de obstáculo à persecução penal ou, ainda, à aplicação de sanção.[90] Ela repetiu esse entendimento no caso *Guerrilha do Araguaia*, no qual podemos ver um grande esforço de sistematização por parte da Corte, não completamente livre e sem relação com a pressão exercida sobre os juízes da Costa Rica, que teve que decidir sobre a convencionalidade de uma lei cuja constitucionalidade acabara de ser confirmada pelo Supremo Tribunal nacional.[91]

Foi desta forma que a Corte, antes de confirmar a sua jurisprudência constante (afirmando que já havia manifestado sobre o assunto e que ela não en-

87. Idem, § 43

88. Idem, § 44.

89. Idem, interpretação da sentença de mérito, 03.09.2001, Série C, n. 83, § 18.

90. V., especialmente, *Almonacid Arellano contra Chile*, 26.09.2006, Série C, n. 154, § 112 e *La Cantuta contra Peru*, 29.11.2006, Série C, n. 162, § 152. V. K. Martin-Chenut, Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité cit., especialmente nota 62.

91. STF, ADPF 153/DF, 29.04.2010. Além disso, durante a análise das preliminares de exceção no julgamento *Guerrilha do Araguaia*, a Corte declarou que, para determinar se houve ou não uma violação por parte do Estado das suas obrigações internacionais por causa da conduta dos seus órgãos judiciários, a Corte pode ser instada a rever os procedimentos internos, incluindo aí as decisões dos tribunais superiores. No entanto, neste caso, não foi pedido à Corte analisar a Lei de Anistia de 1979 em relação à Constituição Federal, o que não é da sua competência e que foi objecto de uma decisão do STF. O que foi demandado à Corte Interamericana foi a realização de um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da compatibilidade da legislação nacional com a Convenção Americana (§ 49).

contrava argumentos jurídicos, neste caso, justificando uma revisão da jurisprudência) dedicou 23 parágrafos[92] à condenação das anistias em caso de graves violações de direitos humanos. A Corte analisa as decisões e relatórios adotados em diferentes níveis (mundial, regional e nacional) e de diferentes sistemas normativos: ela analisa o sistema das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos, mas também as jurisdições penais internacionais, os sistemas regionais europeu e africano e, finalmente, diferentes sistemas nacionais, fazendo referência às decisões das Cortes Supremas da Argentina, do Chile e do Uruguai ou às dos Tribunais Constitucionais do Peru e da Colômbia.

No caso da *Guerrilha do Araguaia*, a Corte reiterou a sua famosa fórmula consagrada no casso *Barrios Altos* (§ 41) e acrescenta que a forma como a Lei de Anistia brasileira foi interpretada e aplicada afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, pois impediu que as famílias das vítimas, neste caso, fossem ouvidas por um juiz (violação do art. 8.1), e que ela impediu a investigação, processamento, prisão, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos (violação do art. 25).[93]

b) Autoanistia ou Pacto de Anistia?

As Leis de Anistia aprovadas no continente foram muitas vezes leis de autoanistia, ou seja, leis promulgadas pelas próprias pessoas que estiveram na origem de graves violações dos direitos humanos, como desaparecimentos forçados, execuções sumárias e tortura cometidos durante os regimes autoritários. Este é particularmente o caso do Dec. 2.191, do Chile, de 19.04.1978 ou da Lei 22.924, da Argentina, de 22.09.1982 ou, mais recentemente, as leis peruanas que deram ensejo ao caso *Barrios Altos*. A jurisprudência da Corte Interamericana relativa à inconvencionalidade das leis de anistia até este caso tratava apenas de casos de Leis de Autoanistia.

O Estado brasileiro teve a oportunidade de apresentar, como reforço à sua defesa perante o sistema interamericano um argumento já utilizado internamente para aqueles que defendem a manutenção da Lei de 1979: a Lei de Anistia é um acordo político bilateral entre o povo e o Governo da época, com a intenção de esquecer o passado e perdoar. Sem entrar neste debate, especialmente no que diz respeito ao desequilíbrio na época da aprovação da lei entre as partes, o que lança dúvidas sobre a existência de um verdadeiro acordo, a Corte considerou a legislação brasileira manifestamente incompatível com a

92. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra, §§ 147-170.

93. Idem, § 172.

Convenção.[94] Para contrariar o argumento lançado pelo Estado relativo à natureza consensual da Lei de 1979 (de que não seria uma autoanistia), a Corte observa que a incompatibilidade das Leis de Anistia com a Convenção nos casos de graves violações dos direitos humanos não deriva de uma questão de forma (como a origem dessas leis), mas sim de um problema material (violação de direitos consagrados nos arts. 8.º e 25, em relação com os arts. 1.º e 2.º).[95]

O obstáculo que representa a Lei de Anistia deve ser, portanto, afastado e o papel dos juízes é fundamental. Estes devem se tornar aliados da Corte e erigidos a juizes da convencionalidade.[96]

Enquanto os Estados têm a obrigação de adaptar as suas leis internas à Convenção – seja pela adoção de novas leis (criminalização dos desaparecimentos forçados) ou revogação das leis existentes (as leis de anistia, as disposições de prescrição penal etc.) – os tribunais nacionais, como componente das ordens estatais, por outro lado, devem assegurar com relação a estas ordens, a adaptação prevista pelo art. 2.º da CADH de modo a que estes sistemas estejam conforme às exigências da Convenção e da jurisprudência interamericana. No entanto, enquanto se aguarda a reforma eficaz da lei, todos os instrumentos legais à sua disposição devem ser mobilizados. Nós já observamos que, na ausência de criminalização autônoma do desaparecimento forçado, por exemplo, os mecanismos existentes no direito interno devem ser mobilizados para garantir que as investigações sejam realizadas e os autores de graves violações de direitos humanos sejam processados e punidos, em sendo o caso. Mas para que assim seja, o papel dos juízes, mas também dos diversos "operadores do direito" (advogados, promotores etc.) é crucial.

Assim, a Corte, confirmando sua jurisprudência em matéria de controle de convencionalidade consagrada por ocasião do caso *Almonacid Arellano contra Chile* e já mencionado, mostra-se sensível a tensões internas que forçam as autoridades a aplicar as leis em vigor, mas reafirma que "quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão sujeitos à norma internacional, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições do Tratado não

94. Idem, § 174.

95. Idem, § 175

96. Para uma excelente análise da teorização do controle de convencionalidade na América Latina, v. L. Burgorgue-Larsen, Le bannissement de l'impunité: décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme cit., p. 10-18.

sejam enfraquecidas pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e à sua finalidade". Estes, desde o início, são desprovidos de efeito legal. O Judiciário nacional se vê, portanto, internacionalmente obrigado a exercer de ofício o controle de convencionalidade das normas internas, obviamente, dentro das respectivas competências e as regras processuais. Para tanto, ele deve seguir e ter em conta a interpretação que é dada ao Tratado pela Corte Interamericana, o intérprete final da Convenção.[97] A jurisprudência do Tribunal sugere que o juiz nacional seria susceptível de resolver um conflito entre o direito interno e a Convenção em favor desta última. A Corte incentiva os juízes nacionais a alinharem-se não somente ao texto da Convenção, mas também à interpretação que é feita pelo Tribunal.

Neste caso, a Corte considera que não apenas as autoridades judiciárias brasileiras não exerceram esse controle de convencionalidade, mas, pelo contrário, o Supremo Tribunal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia sem levar em consideração as obrigações internacionais do Brasil. É de se notar que o STF ignorou completamente a lei internacional em sua decisão. A Corte Interamericana reitera que o Estado contraiu voluntariamente essas obrigações e seu respeito é um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados (*pacta sunt servanda*).[98]

Deve-se ter atenção à reação dos juízes brasileiros, como partes integrantes do aparelho de Estado, em relação a essa condenação. Eles assumirão a responsabilidade do Estado brasileiro e começarão a implementar o direito interamericano como interpretado pela Corte Interamericana? Irão eles emancipar-se da legislação nacional com base no direito internacional?

3. A inversão do princípio da subsidiariedade do direito penal ou o privilégio do processo penal

O bloqueio ao qual Justiça Criminal brasileira está submetida para julgar as graves violações dos direitos humanos cometidas durante o regime autoritário é óbvio. Além disso, os canais judiciais cíveis e administrativos mobilizados para julgamento do caso pela Corte Interamericana realmente não tem sido de fato bem sucedidos.[99] No entanto, várias medidas de reparação tem sido imple-

97. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra, § 176.

98. Idem, § 177.

99. É graças aos fracassos de algumas destas iniciativas para identificar o paradeiro dos restos mortais de vítimas e conhecer as circunstâncias dos desaparecimentos que houve, nesse caso, uma evolução importante em relação ao tema da afirmação do direito à verdade ao relacioná-lo ao art. 13 da CADH. Mas esta questão não será abordada neste trabalho, dedicado às obrigações positivas de natureza criminal.

mentadas desde os anos 90 em âmbito interno. Estas medidas foram analisadas pela Corte no seu acórdão no capítulo específico sobre as reparações.

A Corte aprecia as medidas tomadas em âmbito interno para reparação e não repetição do ocorrido, valoriza as medidas tendentes a encontrar vestígios das vítimas e compensar as famílias, mas não as considera suficientes em vista das exigências contidas nos arts. 8(1) e 25 da Convenção Americana, pois as vítimas não tiveram de fato acesso à Justiça.[100]

Além disso, mantendo a sua posição sobre o papel das comissões da verdade, em comparação com o sistema judiciário,[101] o Tribunal considera que a "Comissão Nacional da Verdade, criada no Brasil a partir da decisão interamericana, constitui um mecanismo importante na execução da obrigação do Estado de garantir o direito à verdade. Essa comissão pode ajudar a construir e manter a memória histórica, esclarecer os fatos e identificar responsabilidades institucionais, sociais e políticas".[102] É por isso que a Corte instou o Estado a implementar tal comissão e a respeitar, neste assunto, os critérios de independência, imparcialidade e transparência na seleção dos seus membros. O Estado também deve fornecer-lhe os meios para que possa cumprir o seu mandato. No entanto, a Corte declarou que as atividades e as informações obtidas pela Comissão "não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais por meio de processo penal".[103]

IV – O caso *Gelman contra Uruguai*[104]

A – O contexto do caso

O Uruguai foi submetido a uma ditadura entre 1973 (golpe de Estado de Juan María Bordaberry) e 1985. Durante este período, como em vários outros países da região, graves violações de direitos humanos foram cometidas, especialmente no contexto da Operação Condor já mencionada neste trabalho.

Este caso diz respeito a uma questão muito sensível na América Latina: o destino dos filhos dos desaparecidos durante os regimes autoritários na região,

100. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra, § 178.

101. V., a este respeito, K. Martin-Chenut, Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité cit.

102. Corte IDH, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra, § 297.

103. Idem, § 297.

104. Corte IDH, *Gelman contra Uruguai*, 24.02.2011, Série C, n. 221.

retirados e muitas vezes colocados entre as famílias de soldados ou policiais que criaram seus filhos escondendo a sua origem.

É provavelmente graças à mobilização da opinião pública e dos Poderes Públicos liderados por Juan Gelman, um intelectual argentino, que um caso como este teve uma solução.[105] Em 1976, seu filho e sua nora (que estava grávida) foram presos na Argentina. Seu filho foi morto, seu corpo foi encontrado 10 anos após a prisão. Sua nora desaparece sob a Operação Condor. Soube-se que ela teria dado à luz no Uruguai, antes de desaparecer, o que o levou a empreender uma busca incansável da criança, que durou 25 anos.

O Uruguai faz parte da CADH e reconhece a competência da Corte Interamericana desde 1985. Também é parte da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, desde1996. A reclamação em relação a este caso foi apresentada à Comissão em 2002 e, em 2010, a Comissão remeteu o caso para a Corte.

B – A posição da Corte

Neste caso, existe uma continuidade na apreensão globalizante feita pela Corte do fenômeno de desaparecimentos forçados, como os dois outros casos discutidos neste trabalho. Mas este julgamento se diferencia pelo reconhecimento de uma forma particular de desaparecimento forçado de pessoas (subtração, supressão e substituição da identidade de uma criança cuja mãe quando ela estava grávida fora detida, enviada para outro Estado, e depois desapareceu).[106] Este caso foi também uma oportunidade para que a Corte fizesse outra importante inovação em sua jurisprudência: a afirmação de um direito à identidade (mesmo que ele não seja garantido pela Convenção Americana).[107]

Mas o que chama a atenção neste trabalho sobre obrigações positivas de natureza criminal, é mais uma vez a prioridade dada à obrigação de investigar, processar e, se necessário, punir. A Corte reitera a sua posição a respeito da

---

105. V. C. Liscano, *L'impunité des bourreaux. L'affaire Gelman*, traduzido do espanhol por Françoise Thanas, Paris: Bourin, 2007. Ver, também, Corte IDH, *Gelman contra Uruguai*, supra, §§ 151, 152 e 163.

106. Corte IDH, *Gelman contra Uruguai*, supra, §§ 117-132 e especialmente o § 132. V. igualmente, a respeito do desaparecimento de uma mulher grávida, §§ 91-101.

107. Ainda que a Convenção Americana, como a europeia, não consagre expressamente este direito, a Corte Interamericana considera que os direitos à proteção da família (art. 17), ao nome (art. 18), e à nacionalidade (art. 20) podem ser mobilizados para proteger o direito à identidade. V. Corte IDH, *Gelman contra Uruguai*, supra, § 122 s.

eficácia da investigação: dever de meio, mas que deve ser assumido como um dever jurídico próprio e não como uma mera formalidade,[108] que deve ser acionado de ofício, sem demora, de maneira séria e imparcial.[109] A Corte recupera as passagens do acórdão *Velasquez Rodriguez* para reafirmar as obrigações positivas do Estado na luta contra a impunidade.[110] Mais uma vez, a Corte reafirma a importância de uma incriminação autônoma para os desaparecimentos forçados e reafirma que a aplicação mediata da nova qualificação penal de desaparecimento forcado aos fatos do caso em questão não é uma aplicação retroativa da lei criminal, dada a natureza contínua e permanente da infração.[111]

A Corte também pediu aos juízes exercerem um controle efetivo de convencionalidade[112] em conformidade com a jurisprudência *Almonacid Arellano* e os dois casos discutidos anteriormente neste trabalho. Ela dedica várias páginas de sua decisão à inconvencionalidade das anistias, abordando, mais uma vez, as decisões dos organismos internacionais de controle do respeito aos direitos humanos, mas também das jurisdições nacionais na região,[113] assim como a sua jurisprudência a respeito.[114] A Corte destacou a importância de se considerar, para as suprimir, todas as leis que favorecem a impunidade para graves violações de direitos humanos, independentemente da sua origem. Ele afirma expressamente que "as anistias para graves violações de direitos humanos" são tão incompatíveis com a Convenção quanto as autoanistias,[115] porque a sua *ratio legis* (evitar a punição de graves violações do direito internacional) que deve ser levada em conta mais do que seu processo de adoção e a autoridade que delas decorre.[116] Ela analisa, em seguida, a lei uruguaia.

Observe que, quando da abertura política, logo após a eleição do presidente Sanguinetti, uma primeira Lei de Anistia foi aprovada (Lei 15.737/1985). Mas a anistia era limitada. Violações dos direitos humanos, como desaparecimentos forçados, foram excluídos. Comissões de investigação foram criadas, mas uma nova lei foi aprovada sob pressão dos militares, em 1986, a lei da prescrição

108. Corte IDH, *Gelman contra Uruguai*, supra, § 184.
109. Idem, § 186.
110. Idem, § 189.
111. Idem, § 236.
112. Idem, § 193.
113. Idem, §§ 195-224.
114. Idem, §§ 225-229.
115. Idem, § 229.
116. Idem, ibidem.

da pretensão punitiva do Estado (Lei 15.848, de 28.12.1986). As famílias das vítimas mobilizaram-se para lutar contra esta lei e conseguiram que ela fosse submetida à consulta popular. Mas o texto recebeu o apoio popular por duas vezes (1989 e 2009), respectivamente, por meio de um referendo e um plebiscito[117] (116).

Trata-se, portanto, neste caso, e é uma de suas particularidades, de consagrar-se a superioridade da obrigação internacional de investigar, processar e, se necessário, punir, mesmo contra a vontade da população local. A consulta popular em 2009, que confirmou a vontade do povo de não questionar o alcance da Lei de 1986, veio dias após a decisão da Suprema Corte do Uruguai declarar a inconstitucionalidade de determinadas disposições da referida lei. Na decisão *Sabalsagaray*,[118] para alterar a orientação jurisprudencial em vigor por 20 anos, a Corte baseou-se no direito internacional e em particular a jurisprudência interamericana. O juiz uruguaio exerceu o controle de convencionalidade, mas mais tarde foi desaprovado pela vontade popular.

A Corte considera que "o fato de que a lei de prescrição tenha sido aprovada por um sistema democrático e tenha recebido ainda, apoio popular por duas vezes não lhe confere, nem automaticamente, nem por si só, legitimidade em direito internacional".[119] Esta participação cidadã se concebe, mesmo, como um "fato imputável ao Estado e gerador de responsabilidade internacional".[120] Ele acrescentou que a mera existência de um regime democrático, por si só, não garante o respeito permanente do direito internacional, como foi afirmado pela Carta Democrática Interamericana.[121] Para a Corte, especialmente em casos de graves violações das normas do direito internacional dos direitos humanos, "a proteção dos direitos humanos representa um limite inexpugnável para a regra da maioria".[122] A luta contra a impunidade deve prevalecer sobre os desejos do povo. Mesmo que a Corte tenha considerado que a forma pela qual a lei da prescrição tenha sido interpretada e aplicada por um determinado período tenha afetado o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos,[123] ela saúda a decisão da Suprema Corte

117. Idem, §§ 147 e 149.

118. *Suprema Corte de Justicia*, Julgamento 365, 19.10.2009.

119. Corte IDH, *Gelman contra Uruguai*, supra, § 238.

120. Idem, § 238.

121. Idem, § 239.

122. Idem, ibidem.

123. Idem, § 230.

no caso uruguaio *Sabalsagaray*, tendo o tribunal nacional exercido um "controle de convencionalidade adequado", quando afirma que o limite da decisão da maioria reside essencialmente na tutela dos direitos fundamentais e na submissão dos poderes públicos à lei.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A declaração de inconvencionalidade da Lei de Anistia brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil (Guerrilha do Araguaia), de Deo Campos Dutra e Sílvia Maria da Silveira Loureiro – *RT* 920/183;
- Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de Anistia e prescrição penal, de Marlon Alberto Weichert – *RBCCrim* 74/170;
- Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira, de Irene Patrícia Nohara – *RDCI* 67/125; e
- Relatos – Um advogado na ditadura, de Antonio Carlos da Gama Barandier – *RBCCrim* 19/417.

3428

1 A CRISE FINANCEIRA DE 2008: CINCO ANOS DEPOIS

The 2008 financial crisis: five years later

ALBERTO SILVA FRANCO

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico; Penal

RESUMO: O artigo tem o objetivo demonstrar que a crise financeira de 2008 é resultante do próprio paradigma capitalista neoliberal, sendo identificáveis suas causas imediatas. Quase cinco anos depois, a crise não se arrefeceu; ao contrário, aumentou de intensidade e teve repercussões tanto no Direito Penal, como no Direito Penal Econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Crise financeira de 2008 – Revolução Tecnológica – Globalização – Financeirização – Direito Penal – Direito Penal Econômico.

ABSTRACT: This goal of this paper is show that the 2008 financial crisis is the result of the neoliberal capitalist paradigm and its immediate causes are identifiable. Almost five years later, the crisis has not been reduced; on the contrary, it has increased in intensity and has had repercussions on both: criminal law and economic criminal law.

KEYWORDS: The 2008 financial crisis – Technological revolution – Globalization – Financerization – Criminal law – Economic criminal law.

SUMÁRIO: 1. A crise financeira de 2008 e a busca de suas causas: 1.1 A revolução tecnológica da comunicação e da informação; 1.2 A globalização acelerada; 1.3 A perspectiva neoliberal da economia, sob o ângulo da financeirização; 1.4 Quase cinco anos depois – 2. O Direito Penal e a crise financeira de 2008 – 3. O Direito Penal Econômico e a crise financeira de 2008 – 4. Considerações finais.

1. A CRISE FINANCEIRA DE 2008 E A BUSCA DE SUAS CAUSAS

Como todo otimista arraigado,[1] acreditei, quando se instalou a crise financeira de 2008,[2] que o paradigma capitalista neoliberal estava em pleno processo de desagregação o que conduziria o mundo ao acolhimento de um novo paradigma e cheguei até, com certo atrevimento, a indicar alguns pontos de suporte do novo paradigma: (a) a reinvenção do Estado-Nação; (b) a morte da teologia do mercado; (c) a ideia do pleno emprego e (d) a reconstrução do Estado social.[3]

Ledo engano.

Errei meu prognóstico, revelando minha total falta de vocação para ser profeta.

Para compreender melhor o que, no momento atual, se me apresentam como causas da crise de 2008, parto do posicionamento do historiador norte-americano, Francis Fukuyama, no sentido de que o mundo atingira, em 2001, seu ponto máximo de equilíbrio com o capitalismo e a democracia que não seriam obviamente abalados, nem por vestígios de nacionalismos, nem pelo fundamentalismo islâmico. O capitalismo neoliberal e a democracia representavam a forma e o conteúdo de um governo humano, o que significava o fim da história da humanidade. No entanto, a história das duas últimas décadas

---

1. O presente artigo é uma reprodução atualizada da palestra proferida, no dia 28.04.2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por ocasião do encerramento do XV Curso de Direito Penal Econômico, do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) daquela Universidade.

2. FRANCO, Alberto Silva, Na expectativa de um novo paradigma. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. 1, p. 323-345.

3. O que me conforta é que outros viram também, na crise de 2008, a possibilidade de novo paradigma. Assim, Gustave Massiah (O altermundismo e a crise da globalização. *Le Monde Diplomatique, Brasil*. n. 18. p. 22-23, jan. 2009) cogitava, diante da crise, da criação de quatro perspectivas: (a) A derrota ideológica do neoliberalismo favorece a ascensão em termos de força das políticas de regulação pública; (b) A redistribuição de riqueza traz novamente a possibilidade de retorno ao mercado interno, à estabilidade do salário e à garantia das rendas e da proteção social, a uma nova ampliação de serviços sociais; (c) O reequilíbrio entre norte e sul abre uma nova fase de descolonização e uma nova geopolítica do mundo. E é acompanhado por uma nova urbanização e por ondas migratórias que são novas formas de povoamento do planeta; (d) A crise do modelo político de representação torna incontornável a ampliação da democracia social e o reforço da democracia representativa pela democracia participativa".

– fim do século XX e começo do século XXI– demonstrou que o pensamento de Fukuyama não tinha nenhum arrimo factual. Em momento algum, o capitalismo neoliberal e a democracia representativa revelaram-se em condições de ser um sistema econômico e um sistema político que tivessem as características de permanência e de durabilidade *ad aeternum*. Ambos, coligados ou não, significavam apenas um período, uma fase de desenvolvimento histórico, o que não impediria que deixassem, em momento posterior, de existirem ou de serem substituídos por outros princípios. A história não chegara, portanto, ao fim da linha.

Pondo de lado a questão da democracia e de seus eventuais desdobramentos, firmo pé no tema do capitalismo e, em particular, no funcionamento e desenvolvimento do denominado capitalismo neoliberal. E desde logo, sob este prisma, não posso deixar de dar valia à análise marxista, que ainda sobrevive e não encontrou refutação, no sentido de que o sistema capitalista – qualquer que seja a sua adjetivação – contém, no seu bojo, contradições geradoras de crises e também, na sua perspectiva social, uma forte dose de injustiça e de desigualdade entre ricos e pobres. O sistema capitalista sofre periodicamente conflitos internos, que criam crises dos mais diversos tipos apenas superáveis por alguma mudança drástica ou de menor significado. Como enfatiza o historiador Eric Hobsbawn, "mais uma vez é óbvio que as operações do sistema econômico devem ser analisadas tanto historicamente, como uma fase da história, e não como seu fim, quanto de forma realista, isto é, não em termos de equilíbrio de mercado ideal, e sim de um mecanismo integrado que gera crises periódicas capazes de transformar o sistema. A crise atual pode ser uma dessas. Mais uma vez fica patente, que mesmo no intervalo entre grandes crises, "o mercado" não tem nenhuma resposta para o principal problema com que se defronta o século XXI: o fato de que o crescimento econômico ilimitado e cada vez mais tecnológico, em busca de lucros insustentáveis, produz riqueza global, mas às custas de um fator de produção cada vez mais dispensável, o trabalho humano e, talvez convenha acrescentar, dos recursos naturais do planeta. O liberalismo econômico e o liberalismo político, sozinhos ou combinados, não conseguem oferecer uma solução para os problemas do século XXI. Mais uma vez chegou a hora de levar Marx a sério".[4]

Partindo dessa premissa maior, torna-me mais fácil trocar em miúdos a premissa menor, ou seja, pôr em destaque algumas das causas que influíram decididamente na explosão da crise do capitalismo neoliberal, no ano de 2008.

4. HOBSBAWN, Eric. *Como mudar o mundo*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 375.

Creio que as raízes principais de todos os males foram a revolução tecnológica na área da comunicação e da informação, a aceleração da globalização e a perspectiva neoliberal da economia, sob o ângulo da *financeirização*. O tratamento isolado desses temas, no entanto, tem o caráter meramente expositivo, pois todos eles guardam, em verdade, uma inquestionável inter-relação, como se fossem raízes cruzadas.

1.1 A revolução tecnológica da comunicação e da informação

O capitalismo neoliberal não teria condições de aceleração sem o impulso da revolução tecnológica, principalmente, na área da comunicação e da informação. Tal revolução edificou uma nova sociedade em termos globais. Há bem mais de um século, "é conhecida a frase de Karl Marx: 'deem-me um moinho de vento e eu lhes dou a Idade Media'. Parafraseando-o, poderíamos acrescer: 'Deem-me a máquina a vapor e eu lhes dou a era industrial'. Ou aplicando a paráfrase à época contemporânea: 'deem-me o computador e eu lhes dou a globalização'".[5] Trata-se, sem dúvida, de frases de efeito, mas que permitem, numa síntese meio simplista, deixar patente como a invenção de um novo processo tecnológico pode ter força suficiente para transmudar a ordem das coisas, influir sobre a direção dada à sociedade e dar curso a novos movimentos, no campo econômico e social. O computador , "com sua vocação de substituir o cérebro",[6] permite uma rápida difusão de informações e diminui sensivelmente as distâncias. Tempo e lugar acomodam-se, numa velocidade incrível, dentro dessa fantástica máquina. Foi a invenção tecnológica paradigmática dos últimos tempos e conseguiu exercer uma influência absoluta em relação a tudo quanto passou a girar ao seu redor: "o contexto econômico, os dados políticos, os parâmetros ecológicos, os valores sociais, os critérios culturais e as atitudes individuais". Tudo, absolutamente tudo, tem seu centro irradiador a partir do computador. "As tecnologias da informação e da comunicação, assim como a revolução digital, nos fazem ingressar *nolens volens* numa nova era, cuja característica central é o transporte instantâneo de dados imateriais e a proliferação de relações e redes eletrônicas".[7] É evidente que cabe aqui explorar apenas uma das várias facetas do computador, ou seja, o influxo que tal ferramenta deu à atividade econômica, e em especial, à financeira, nos anos derradeiros do século passado e, em particular, nos anos iniciais do século XXI. Mercê do

5. RAMONET, Ignácio. *La crisis del siglo*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2008. p. 49.
6. Idem.
7. RAMONET, Ignácio. Ob. cit., p. 50.

computador, a economia globalizou-se no sentido de que se tornou uma economia "com capacidade de funcionar como uma unidade em tempo real, em escala planetária" (...) "O capital é gerenciado 24 horas por dia em mercados financeiros globalmente integrados, funcionando em tempo real pela primeira vez na história: transações no valor de bilhões de dólares são feitas em questão de segundos, através de circuitos eletrônicos por todo o planeta". Destarte, "os fluxos de capital tornam-se globais e, ao mesmo tempo, cada vez mais autônomos vis-à-vis o desempenho real das economias".[8]

1.2 A globalização acelerada

A globalização,[9] nos primeiros anos do século XXI, não sofreu nenhum processo de retração; ao contrário, aumentou seu ritmo de velocidade e, dessa forma, derrubando todos os obstáculos que se lhe antepunham, assumiu dimensão planetária. O desaparecimento das barreiras impostas ao livre movimento de capitais em busca de mais lucro, em menor tempo, provocaram a fragilização do Estado-Nação, o qual foi perdendo sistematicamente seu poder de atuação e sua capacidade de controlar as atividades desenvolvidas pelos grandes grupos econômicos. Além disso, a capitalismo neoliberal – que era o motor impulsionador da globalização – invadiu as estruturas do próprio Estado-Nação na medida em que submetia a atividade política estatal às leis do mercado. "Produziu-se assim uma inversão da relação entre política e economia: já não são os Estados, com suas políticas, os que controlam o mundo dos negócios, regulam e governam a vida econômica e social em função dos interesses públicos e gerais, mas sim são os poderes incontrolados dos mercados que impõem aos Estados políticas antidemocráticas e antissociais, para vantagem dos interesses privados de maximização de lucros e de saque de bens coletivos".[10] A

8. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 3. ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 111.

9. Cogita-se aqui de globalização não no sentido de um processo de caráter universal, abarcando todos os setores da atividade humana, mas, sim, da globalização, enquanto movimento dirigido às áreas da tecnologia, comunicações e economia.

10. Luigi Ferrajoli e Juan Ruiz Manero (*Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Editorial Trotta, 2012. p. 146) acentuam ainda "a impotência da política e de suas tradicionais instituições democráticas nacionais – partidos, governos, parlamentos – frente ao capitalismo globalizado de hoje e aos chamados "mercados", isto é, aos poderes desregulados e vorazes das finanças especulativas, os quais, além de ter provocado a atual crise econômica, impuseram aos Estados as restrições do Estado de Bem-Estar, a redução da esfera pública, e dos direitos sociais, o desman-

inversão da equação política-economia abriu ainda espaço para a inoculação, no sistema político, do vírus da corrupção que nele se espraiou livremente. A postura neoliberal passou a ter uma força de tal magnitude que até os políticos de esquerda levantaram bandeira branca diante do Deus "Mercado". A história dá conta, no período enfocado, de inúmeros governos sociais-democratas, ou mesmo de perfil socialista, que aceitavam, sem pestanejar, a receita neoliberal.

Com o desfibramento do Estado-Nação, deu-se também o ocaso do Estado social[11] que, debilitado e deprimido, não tinha mais condições, diante do processo globalizador, de apresentar-se como "o garante da satisfação das necessidades sociais".[12] "O capitalismo neoliberal pôs em xeque o Estado do Bem-Estar, debitando-lhe a formação de extratos sociais parasitários na medida em que os favorecidos pela política intervencionista do Estado tinham, em razão das condições oferecidas pelo sistema protetor, deixado de contribuir para o desenvolvimento coletivo, produzindo ainda graves patologias sociais. Mas o novo surto capitalista não levou em linha de conta o surgimento simultâneo de novas tecnologias nos processos de produção, geradoras de uma necessidade progressivamente menor do uso da força de trabalho. Por via de consequência, "uma porção crescente da força de trabalho se deslocou para um setor terciário cada vez mais precarizado, e ainda para um conjunto de modalidades de desocupação, infraocupação e ocupação irregular, incrementando em ter-

telamento do direito do trabalho, o crescimento das desigualdades e da pobreza e a devastação dos bens comuns".

11. Em recente artigo, Boaventura de Sousa Santos (A democracia ante o abismo. *Folha de S. Paulo*, 30.01.2013, p. A3) adverte que "se o desmantelamento do Estado do Bem-Estar e certas privatizações ocorrerem, estaremos a entrar numa sociedade politicamente democrática, mas socialmente fascista, na medida em que as classes sociais mais vulneráveis verão as suas expectativas de vida dependerem da benevolência e, portanto, do direito de veto de grupos sociais minoritários, mas poderosos. O fascismo que emerge não é político, é social e coexiste com uma democracia de baixíssima intensidade". E acrescenta: "só o Estado de Bem-Estar forte torna possível a Sociedade do Bem-Estar (pais reformados com pensões cortadas deixam de poder ajudar os filhos desempregados, tal como os filhos desempregados deixam de poder ajudar os pais idosos ou doentes). A filantropia e a caridade são politicamente reacionárias quando, em vez de complementar os direitos sociais, substituem eles".

12. O Estado Social não podia mais, conforme: BRANDARIZ GARCÍA, José Angel, (*Política criminal de la exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 5-6) "garantir a satisfação de certas necessidades sociais da cidadania e que se sustentam não apenas numa determinada política orçamentária e de gasto público, mas também na intervenção ativa do Estado na vida econômica, tanto no plano da regulação jurídica, quanto no da implicação empresarial em setores nucleares do sistema produtivo".

mos quantitativos os grupos sociais excluídos ou em risco de exclusão".[13] A redução das políticas assistenciais do Estado social reforçou, em verdade, o problema da *excedência* de mão de obra, tornando impossível a inclusão social através do trabalho. E mais do que isto, a progressiva *excedência* da força de trabalho, "numa fase de progressiva privatização e mercantilização de todo gênero de bens e serviços,"[14] passou a condicionar a inclusão social à capacidade de consumo "que é o que, na realidade, permite o acesso à satisfação de necessidades básicas. Em consequência, os setores sociais excluídos ou em risco de exclusão, inúteis por sua capacidade de consumo, tornam-se prescindíveis, *excedentários*".[15] Não causa, portanto, espécie que "a sociedade contemporânea admita seus membros primeiramente como consumidores; só de maneira secundária, e em parte, os aceita como produtores. Para atingir os padrões de normalidade, ser reconhecido como um membro pleno, correto e adequado da sociedade, é preciso reagir pronta e eficientemente às tentações do mercado de consumo, contribuir com regularidade para a 'demanda que esvazia a oferta', enquanto em tempos de reviravolta ou de estagnação econômica se deve ser parte da 'recuperação conduzida pelo consumidor'. De nada disso são capazes os pobres e indolentes, pessoas destituídas de um lar decente, de cartões de crédito e de perspectiva de melhores dias. Por conseguinte, a norma quebrada pelos pobres de hoje, que os coloca à parte e os rotula de 'anormais', é a da *competência ou aptidão de consumo*, não de *emprego*". (...) "Os pobres da sociedade de consumidores são inúteis. Membros decentes e normais da sociedade – consumidores autênticos – nada desejam nem esperam deles. Ninguém (e, o que é mais importante, ninguém que de fato importe, que fale e seja ouvido) precisa deles. Para eles, tolerância zero. A sociedade ficaria melhor se os pobres queimassem seus barracos e se permitissem queimar junto com eles. Sem eles, o mundo seria muito mais afetuoso e agradável de viver. Os pobres são *desnecessários*, e portanto, *indesejados*".[16]

---

13. BRANDARIZ GARCÍA, José Angel. Ob. cit., p. 47-48.

14. Idem, p. 49.

15. Idem. Como enfatiza também ZUÑIGA RODRIGUES, Laura (*El desafío de la criminalidad organizada*, Granada: Editorial Comares, 2006. p. 57) "milhões de pessoas são condenadas a serem prescindíveis dentro da lógica do sistema, porque carecem de importância tanto como produtores, como consumidores".

16. Zygmunt Bauman (*Vida para consumo*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 160-162) acrescenta que "na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacida-

Mas não é só.

Os chamados consumidores inúteis e detestáveis possuem uma característica relevante, ou seja, a mobilidade. No passado, quando os processos históricos de globalização (colonialismo e neocolonialismo) não tinham a dimensão geográfica global, nem tão forte força expansiva e ainda havia espaços territoriais para serem ocupados, os fluxos migratórios de excluídos moviam-se, sem grandes transtornos, para aqueles espaços e constituíam fator positivo de desenvolvimento econômico.[17] Nos fins do século passado e no início do presente século, não há mais espaços vazios, nem terras de ninguém no planeta e os seres humanos supérfluos não têm para onde ir nem dentro, nem fora dos Estados-Nações. Assistiu-se, então, ao espetáculo da superurbanização, um dos problemas mais importantes, e por certo, politicamente, um dos mais explosivos do presente século.[18] Os campos despovoaram-se com a agricultura cada vez mais mecanizada e formaram-se os grandes formigueiros urbanos. A *favelização* das grandes cidades é fato, sem nenhuma margem de duvida, provocador de enorme inquietação. As cidades do presente e as do futuro – se nenhuma outra saída for encontrada – não serão mais edificadas com tijolos, vidro e aço "como fora previsto por gerações anteriores de urbanistas: serão construídas em grande parte de tijolo aparente, palha, plástico reciclado, blocos de cimento e restos de madeira" (...) e, em lugar de " cidades de luz, arrojando-se aos céus, boa parte do mundo urbano do século XXI instala-se na miséria, cercada de poluição, excrementos e deterioração".[19] Por outro lado, a deslocação dos excluídos sociais de países atormentados pela miséria, e até mesmo pela fome, para países de economia mais poderosa, torna-se cada dia

---

des esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A "subjetividade" do "sujeito", e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a *transformação dos consumidores em mercadorias*".

17. Como esclarece Eric Hobsbawn (*O novo século*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999. p. 73) um dos fatores que diferenciavam os outros movimentos globalizadores da atual globalização era "a liberdade de movimento da mão de obra através das migrações em massa". Na atual fase da economia global, há "um estrito controle migratório por parte de todas as grandes potencias capitalistas".

18. Mike Davis (*Planeta terra*. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 26) enfatiza que a "superurbanização, em outras palavras, é impulsionada pela reprodução da pobreza, não pela oferta de empregos. Essa é apenas uma das várias descidas inesperadas para as quais a ordem mundial vem direcionando o futuro".

19. DAVIS, Mike. Ob. cit., p. 28-29.

mais complicada, sob o argumento de que os fluxos migratórios desse perfil significam desestabilidade, ruptura da ordem social, agitação, desordem, em resumo, insegurança. A globalização conduzida na sua velocidade máxima acarretou uma maior concentração de riqueza, deslocamentos migratórios, desemprego e exclusão social.

1.3 A perspectiva neoliberal da economia, sob o ângulo da financeirização

O que, afinal, vem a ser a *financeirização*?[20] No momento em que os Estados-Nações, no processo de globalização movido na angulação neoliberal, vêm-se na contingência de derrubar as barreiras protetivas da própria economia e dar permissão, sem nenhum tipo de limitação, aos capitais financeiros, estabelece-se uma relação de domínio do capital financeiro sobre o capital produtivo. O capital não passou mais a ser empregado "na indústria com os mesmos modos e os mesmos níveis, isto é, não tem mais perspectivas de longo prazo. Joga o mesmo jogo dos mercados financeiros e adquire grande mobilidade e plasticidade, evitando, assim, uma imobilização prolongada".[21]

A nova realidade econômica evidencia a existência de "dois circuitos de reprodução do capital: um "longo" e um "encurtado". O primeiro é realizado pelo processo de produção de mercadorias em que o dinheiro inicialmente investido se desdobra na forma de mais dinheiro. Já, no segundo, a expansão do dinheiro ocorre sem a mediação da produção. O "percurso extenso" desenvolve-se no âmbito da produção e se realiza na esfera da circulação. O "abreviado" é um fenômeno intrínseco ao espaço da circulação, por isso, "(...) ele conduz os sujeitos do capital à ilusão de que é possível valorizar o seu capital sem passar pelo processo de produção e, portanto, pode prescindir do trabalho para sua realização (...)". "No processo encurtado, o capital se amplia com uma maior liquidez. No entanto, aos deslocar os recursos para a esfera financeira, o capital aborta as possibilidades de expandir produtivamente. Agindo assim, ele pode até elevar sua capacidade de realização, mas não o de valorização. Ao gerar uma riqueza abstrata, sem mediação da produção, o capital abdica de cumprir seu desígnio". A opção pela alternativa do capital financeiro con-

20. PAULRÉ, Bernard (Capitalismo cognitivo e financeirização dos sistemas econômicos. In: FUMAGALLI, Andrea; MEZZADRA, Sandro (orgs.). *A crise da economia global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 260) define a *financeirização*, num conceito mais conciso como sendo "um fenômeno difuso que se traduz, no plano macroeconômico, na emergência de uma economia baseada nos ativos financeiros".

21. PAULRÉ, Bernard. Ob. cit., p. 262.

tribui "para aprofundar ainda mais o movimento de sua contradição central. Ao desativar parte de seu parque industrial no processo de fusão e aquisição de empresas, o capital sangra autofagicamente, diminuindo ainda mais sua base de valorização. Ao tornar inativa parte de sua estrutura produtiva, ainda que em nome de uma propensa produtividade, ele atua contra sua substância. Agindo em sentido contrário, isto é aportando recursos em novas tecnologias, termina por substituir trabalho vivo por trabalho morto, aprofundando sua contradição central". (...) Não causaria, portanto, surpresa que a crise da *financeirização* se materializasse com "a expansão de bolhas especulativas. São bolhas em constante ebulição, cuja incontrolabilidade e volaticidade se precipitam ora aqui, ora acolá, produzindo efeitos devastadores sobre as diferentes economias nacionais".[22]

A *financeirização* tornou-se, portanto, um mecanismo de extrema atração para efeito de restauração da rentabilidade do capital, máxime na medida em que ela própria não se mostrava submetida a nenhum tipo de regramento. Nisso, o neoliberalismo ignorou a advertência de seu maior profeta, Adam Smith (*Investigação sobre a natureza e as causas das riquezas das nações*) que, desde 1776, "já dizia que a lógica de um mercado livre e competitivo não deveria estender-se à esfera financeira. Daí a necessidade de um quadro rigoroso de regulamentações: 'essas regulamentações podem, em alguns aspectos, parecer uma violação da liberdade natural de alguns indivíduos, mas essa liberdade de alguns poderia comprometer à segurança de toda a sociedade. Tal como ocorre com a obrigação de construir muros para impedir a propagação de incêndios, os Estados, tanto em países livres, como despóticos, devem regulamentar o comércio de serviços bancários'".[23]

A lógica da rentabilidade a curto prazo, a busca desenfreada de ganhos crescentes, e a repulsa a qualquer tipo de regulação conduziram o mercado financeiro à crise de 2008[24] "Começou com o estouro da bolha imobiliária

22. OLIVEIRA, Aécio Alves de; MOREIRA, Carlos Américo Leite; MARQUES, Marcelo Santos Marques (*Crise estrutural do sistema do capital, dominação sem sujeitos e financeirizacão da economia*. Disponível em: [www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt3/sessao3/Marcelo_Marques.pdf]) tomaram, como ponto de partida da análise da crise financeira, as considerações feitas por François Chesnais em seu livro *La finance mondialisée: racines sociales et politiques, configuration, conséquences*. Paris: La Découverte, 2004.

23. WARDE, Ibrahim. Como se nada tivesse acontecido. Dossier 8. *Le Monde Diplomatique*, p. 71-76.

24. Karl Reinz Roth (Crise global, proletarização global, contraperspectivas. In: FUMAGALLI, Andrea; MEZZADRA, Sandro (orgs.). *A crise da economia global*. Rio de Janeiro:

que acarretou uma ampla inadimplência das hipotecas provocando imensos prejuízos a muitas instituições financeiras. A esse choque inicial se somaram efeitos secundários, enquanto a falta de capital obrigava os bancos a recuar, provocando declínio maior dos preços dos ativos e, em decorrência, mais prejuízo, e assim por diante – um círculo vicioso de *desalavancagem*. A perda generalizada da confiança nos bancos, até mesmo por parte de outros bancos, reforçou o círculo vicioso Os mercados financeiros já conturbados fecharam-se efetivamente".[25]

Quando a crise de 2008 atingiu seu ápice e a arquitetura financeira internacional se mostrou incapaz de revertê-la, o sistema financeiro – aí incluído o sistema bancário, hipotecário, securitário e empresarial– correu, de pronto, a pedir ajuda ao Estado-Nação que até então a globalização neoliberal dizia ser o problema e não a solução. "Durante 30 anos, os fundamentalistas do mercado repetiram que este tinha sempre razão, que a globalização era sinônimo de felicidade e que o capitalismo financeiro edificava o paraíso terrestre para todos".[26] A lógica da rentabilidade a curto prazo, a busca de lucros ilimitados, "a forma de uma economia de papel, virtual, imaterial",[27] fictícia mesmo, tinham encontrado seu desmentido. Os mercados não tinham respostas adequadas aos problemas por eles próprios criados. A redenção estava na intervenção do Estado-Nação, tão vilipendiado pelo capitalismo neoliberal e tão condenado à inércia pelos mercados. Se antes cabia ao Estado submeter-se ou adaptar-se à retórica da liberdade dos mercados, preservando-os de qualquer ingerência porque eram eles capazes de equacionar suas próprias pendências; agora era o Estado que deveria ser a tábua de salvação das loucuras, dos ganhos

---

Civilização Brasileira, 2011. p. 273) acentua , com inteira propriedade, que o caráter global da crise existente nas entranhas do capitalismo neoliberal " se tornou repentinamente claro quando foram realizadas ações para dar suporte aos bancos em risco de colapso que estavam na periferia dos eventos, quando as distorções que haviam gerado essa situação tinham origem nos epicentros anglo-saxões da crise. A partir de uma série de cinco ou seis ondas de impacto, que começaram no terceiro trimestre de 2007, a crise de crédito fez então a crise financeira mundial. Em setembro de 2008 já havia invadido o sistema bancário inteiro".

25. KRUGMAN, Paul. O momento da verdade. *O Estado de S. Paulo*, Cad. Economia, São Paulo, 11.10.2008, p. B-11.

26. RAMONET, Ignácio. Ob. cit., p. 9.

27. Ignácio Ramonet (ob. cit., p. 10) acrescenta que os mercados estavam "dispostos a tudo para obter lucros: vendas abusivas, manipulações, invenção de instrumentos financeiros opacos, titularizacão de ativos, contratos de cobertura de riscos, *hedge funds*... A febre do proveito fácil contagiou todo o planeta".

exorbitantes, das invenções irresponsáveis e da falta de freios dos mercados. E o Estado-Nação veio de pronto em socorro ao capital financeiro, socializando suas perdas.[28] Sob o fundamento de que os grandes bancos caminhavam para a quebra – e o Lehman Brothers efetivamente entrou em processo falimentar – e que isso acarretaria um caos financeiro, além de um desemprego generalizado, os Estados-Nações – em particular, os Estados Unidos e os países da União Europeia – com enorme presteza a denunciar a porta giratória existente entre a estrutura estatal e os mercados financeiros[29], colocaram "quase 20% de seus respectivos PIBS para socorrer bancos e empresas submetidas a gestões temerárias, sob a justificativa parcialmente verdadeira de que estavam protegendo casas, poupanças e empregos da população".[30]

Não vem a pelo enumerar e quantificar as providências estatais adotadas para pôr termo ou tão somente minorar as graves consequências da atuação desenfreada dos mercados financeiros. Após o inesperado ressurgimento do Estado interventor, não poucos autores disseram que o capitalismo não era eterno e que "a questão de sua superação pode ser atualizada. E nós poderíamos começar desde já a reivindicar e a construir um outro mundo possível".[31]

---

28. Boaventura de Sousa Santos (*Portugal: ensaio contra a autoflagelação*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 191-194) observa com propriedade que "a crise foi provocada por um sistema financeiro empolado, desregulado, chocantemente lucrativo e tão poderoso que no momento em que explodiu e provocou um imenso buraco financeira na economia mundial, conseguiu convencer os Estados a salvá-lo da bancarrota e a encher-lhe os cofres sem lhes pedir conta. Com isto, os Estados já endividados, endividaram-se mais, tiveram de recorrer ao sistema financeiro que tinham acabado de resgatar e este, porque as regras do jogo não foram entretanto alteradas, decidiu que só emprestaria dinheiro nas condições que lhes garantissem lucros fabulosos até à próxima explosão. A preocupação com as dívidas é importante, mas, se todos devem (famílias, empresas e Estado) e ninguém pode gastar, quem vai produzir, criar empregos e devolver a esperança às famílias? Neste cenário, o futuro inevitável é a recessão, o aumento do desemprego e a miséria de quase todos".

29. Ignácio Ramonet (ob. cit., p. 11) enfatiza que as "intervenções do Estado – as maiores em volume, da história econômica – demonstram que os mercados não são capazes de regular-se por si mesmos. Autodestruíram-se em razão da própria voracidade. Além disso, confirma-se uma lei do cinismo neoliberal: privatizam-se os lucros, mas socializam-se as perdas Cabe aos pobres o pagamento pelas excentricidades irracionais dos banqueiros que os ameaçam, no caso em que se neguem a pagar, com o empobrecimento ainda maior".

30. DUPAS, Gilberto. O que fazer da crise? *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 15.11.2008, p.A2.

31. MASSIAH, Gustave. Ob. cit., p. 23. Boaventura de Sousa Santos (ob. cit., p. 25) observa que "contrariamente aos que viram na crise o fim do neoliberalismo e da supremacia

Outros entenderam que nada poderia ser como antes e que, portanto, seria imprescindível para evitar novas crises, que os mercados financeiros fossem regulamentados, pondo termo à voracidade de ganhos e à irresponsabilidade de seus gestores. Mas muitos autores se esqueceram facilmente da crise de 2008 e passaram a dizer que o Estado não deve aproveitar-se da situação para instalar-se no centro do sistema econômico. Como adverte um desses autores – Philippe Manière – em citação feita por Eric Dupin, "devemos parar o processo feito injustamente contra o capitalismo e devemos procurar, ao contrário, um meio de liberar os mercados financeiros da influência estatal" (...) "Os Estados são como os bombeiros que devem apagar o fogo e voltar para seus postos".[32]

1.4 Quase cinco anos depois

Seria de todo compreensível que, no interregno entre o estouro da crise de 2008 e o momento atual, fossem analisados criticamente os fundamentos do sistema capitalista. Mas nada disso ocorreu. E, espantosamente, e com um vigor mais acentuado, a discussão acadêmica e política se transplantou da crise provocada pelos mercados para os desequilíbrios financeiros estatais como se esses fossem a origem ou a causa principal da própria crise econômica e o reequilíbrio financeiro como o único equacionamento possível para a saída dessa crise. Nesse contexto, a fórmula mágica que agrada aos mercados é a da política de austeridade sobre as finanças públicas. Destarte, é imprescindível que se faça um esforço coletivo a fim de que *todos* vivam, não acima, mas dentro das suas possibilidades. Esse apelo a *todos* visa, antes de tudo, colocar cada cidadão como responsável pela própria crise. "Esta mensagem, tão simples, tão cômoda, tão reiterada, tão cheia de lógica intuitiva... tão embusteira e equivocada, se converteu no abc, no pão nosso de cada dia dos responsáveis políticos e econômicos" (...). "Está ela carregada de imprecisão ao eliminar, num golpe, as diferenças sociais como se o conjunto da cidadania tivesse tido a mesma capacidade de recorrer ao endividamento ou de capturar as rendas geradas por diferentes bolhas".[33]

---

do capital financeira, a crise tem vindo a ser "resolvida" pelo mesmo capital financeiro que a provocou e o seu motor principal, a *Wall Street*, está hoje mais forte e arrogante do que antes. A luta política dos próximos anos será uma luta pela redefinição dos termos da crise e só na medida que esta ocorrer será possível punir, em vez de recompensar, quem a provocou e encontrar soluções que efetivamente a superem. É uma luta de contornos imprevisíveis".

32. DUPIN, Eric. Os liberais diante da crise. *Le Monde Diplomatique Brasil*. n. 39. p. 32-33. fev. 2009.

33. LUENGO, Fernando. Algumas reflexiones sobre las políticas de austeridad, 29.01.2012. Disponível em: [www. sinpermiso]. Acesso em: 23.03.2012.

A política da austeridade fiscal não constitui uma novidade: é repetição monocórdia e cansativa de uma proposta que já foi, por inúmeras vezes, apresentada como solução ideal para o combate aos desequilíbrios financeiros estatais. A ideologia da austeridade fiscal foi imposta pelo Fundo Monetário Internacional, dos anos 1960 aos anos 1980 do século passado, aos devedores do Terceiro Mundo e o resultado dessa política foi conduzir economias regidas pela austeridade a cotas maiores de dívidas, beneficiando banqueiros e oligarcas nacionais.[34] É este o roteiro básico que se apresenta de novo para fazer face à crise financeira. E isto significa redução considerável de salários,[35] cortes significativos nos gastos públicos destinados à educação e à saúde, privatização de setores públicos estratégicos, redução de planos de pensão, etc. A solução posta em execução agrava sobremaneira a problemática social e tende a criar problemas sociais ainda mais graves. "A austeridade reduz o padrão de vida, o consumo, a produção e o emprego. Torna as coisas ainda piores. Os Estados Unidos e a Europa estão engajados na política da austeridade e isso está perpetuando a crise. Mas há uma lógica por trás da crise: as pessoas poderosas e influentes se beneficiam dela. Os ricos estão indo muito bem. Portanto, perpetuar a crise é uma forma de perpetuar seu crescente poder e sua crescente riqueza."[36]

Os agravos da política de austeridade fiscal podem ser exemplificados pelas altíssimas taxas de desemprego registradas nos Estados Unidos e na Europa. Relatório do Departamento do Trabalho dos Estados Unidos informou que a taxa de desemprego é a de 8,2% da população ativa e que o ritmo de criação de vagas diminuiu, de janeiro de 2012, de 275.00 vagas para 120.000 vagas, em março do ano de 2012.[37] Por outro lado, dados de fevereiro de 2012, forneci-

34. KRUGMAN, Paul (O suicídio econômico da Europa. *O Estado de S. Paulo*, Cad. Economia, de 17.04.2012, p. B10) enfatiza que os programas duros de austeridade "empurram as economias deprimidas ainda mais fundo na depressão. E como os investidores olham para o estado da economia de um pais quando vão avaliar sua capacidade de saldar dívidas, os programas de austeridade nem sequer funcionam como uma maneira de reduzir os custos da captação".

35. Boaventura de Sousa Santos (ob. cit., p. 9) enfatiza que "a redução de salários reduz os custos e gera competitividade, mas, como a vitalidade da economia depende tanto de quem produz como de quem consome, com salários mais baixos os trabalhadores consumirão menos e quem produz verá seus lucros caírem. Uma crise econômica que vê a sua solução na guerra aos salários traz em si a injustiça social, o empobrecimento global e a instabilidade social e política".

36. HERVEY, David. Crise beneficia os mais ricos. *Folha de S. Paulo*, de 26.02.2012, p. A19.

37. Ritmo de criação de vagas nos EUA diminui em março, *Folha de S. Paulo*, de 07.04.2012, p. A14.

dos pela Eurostat (Escritório Estatístico da Comunidade Europeia) dão conta de que, nos 27 países da União Europeia, há 24 milhões e meio de homens e mulheres, sem trabalho, o que corresponde ao índice de 9,5% da população em idade ativa. Note-se que, em determinados países como a Espanha, a taxa de desemprego ascende a 23,6 % da população ativa[38] e a mais de 50,5% entre os jovens.[39] A impropriedade e as graves sequelas resultantes do emprego da política de austeridade fiscal bastam para demonstrar que a crise de 2008 não chegou ainda a seu fim e pode, a qualquer momento, ressurgir com uma intensidade mais vigorosa ainda. O Estado-Nação está, de novo, fragilizado por seu esforço inglório de salvar os mercados financeiros; a teologia do mercado não morreu: teve apenas um ataque cataléptico; a ideia do pleno emprego foi para o espaço; o Estado social não tem condições de ser reconstruído; a desigualdade social cresce; a concentração de riqueza se torna maior e a pobreza se espraia pelo mundo.

2. O DIREITO PENAL E A CRISE FINANCEIRA DO ANO DE 2008

A revolução tecnológica da comunicação e da informação, a aceleração assumida pelo processo globalizador e a *financeirização* da economia, como resultantes do capitalismo na sua formatação neoliberal provocaram uma série de graves consequências que, forçosamente, teriam reflexos no direito penal. A inversão da equação política-economia enfraqueceu o poder do Estado-Nação, decretou o definhamento do Estado social e abriu campo à invasão da corrupção em todos os níveis da estrutura estatal. Na ordem da economia real, permitiu a circulação, sem nenhum regramento ou tipo de controle, do capital financeiro, deu causa a uma maior concentração de riquezas, aumentou significativamente os índices de desemprego. No campo social, acarretou o aumento das desigualdades sociais, reduziu os programas sociais, ocasionou intensos deslocamentos migratórios internos ou internacionais, armou imensas favelas em redor dos espaços urbanos, impeliu uma grande parte da população para a mais absoluta miséria. Em resumo, ampliou, numa progressão geométrica, a exclusão social.

É óbvio que o capitalismo neoliberal não deu relevância à violência ínsita no próprio sistema, mas se preocupou sobremaneira em preservar-se de

38. Como observa Paul Krugman, (ob. cit., p. B10), tal taxa de desemprego "é comparável à dos Estados Unidos, nas profundezas da Grande Depressão".

39. NETTO, Andrei. Europa tem o maior desemprego em 25 anos. *O Estado de S. Paulo*, Cad. Economia, de 03.04.2012, p. B10.

todo ou qualquer risco que lhe pudesse advir do crescimento da exclusão social. Para tanto, fez uso manipulador dos meios de comunicação social, passando a tratar, como conceitos superpostos a violência e a criminalidade. A "ideia que reduz violência ao crime, além de ocultar o caráter violento de outros fatos mais graves – como a miséria, a fome, o desemprego – cria um clima de pânico, de alarme social a que se costuma seguir um crescimento de demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas".[40]

O *medo* tinha até então uma dimensão pessoal: significava o temor, ou com mais precisão, "uma ansiedade irracional ou fundamentada".[41] Raymond Carver registrava bem o conteúdo desse estado afetivo:

"Medo de ver a polícia estacionar à minha porta.

Medo de dormir à noite.

Medo de não dormir.

Medo de que o passado desperte.

Medo de que o presente alce voo.

Medo do telefone que toca no silêncio da noite.

Medo de tempestades elétricas.

Medo da faxineira que tem uma pinta no queixo!

Medo de cães que supostamente não mordem.

Medo da ansiedade!

Medo de ter de identificar o corpo de um amigo morto.

Medo de ficar sem dinheiro.

Medo de ter demais, mesmo que ninguém vá acreditar nisso.

Medo de perfis psicológicos.

Medo de me atrasar e medo de ser o primeiro a chegar.

Medo de ver a letra dos meus filhos em envelopes.

---

40. KARAM, Maria Lúcia. Criação de crimes não passa de fantasia. *O Estado de S. Paulo*, Cad. Justiça, p. 3, de 04.01.1992.

41. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Medo de que eles morram antes de mim e que eu me sinta culpado.

Medo de ter que morar com a minha mãe em sua velhice e na minha.

Medo de confusão.

Medo de que este dia termine com uma nota infeliz.

Medo de acordar e ver que você partiu.

Medo de não amar e não amar o bastante.

Medo de que o que amo se prove letal para aqueles que amo.

Medo da morte.

Medo de viver demais.

Medo da morte.

Já disse isso."[42]

O vocábulo *medo* é redimensionado pelos meios de comunicação social e perde o seu conteúdo multifacetado para ter por significado apenas a ideia do *medo social* gerador da intranquilidade coletiva. No momento em que o radio, a televisão, a Internet embarcam associados no fluxo da mensagem da insegurança geral e formam a opinião publicada no sentido de que provém exclusivamente dos excluídos sociais as ações de violência, o direito penal é chamado à colação para ser o instrumento protetivo e tranquilizador daqueles que comandam o processo globalizador. E aí surge uma enxurrada de novas leis penais para criar uma nova tipologia ou para provocar a exacerbação das sanções punitivas já existentes. Busca-se, então, ideologicamente, dar legitimação ao figurino de um inimigo – que deveria ser necessariamente eliminado – inimigo esse se ajusta perfeitamente às pessoas geradoras de riscos à sociedade e às que – porque não consumidoras – ficam à margem dessa sociedade. Nenhuma dessas pessoas pode esperar que seja protegida no exercício de direitos (às liberdades, inclusive à de locomoção, à intimidade, a um processo com todas as garantias etc.) porque tais direitos não chegaram a ser adquiridos. Com esse perfil, formula-se, em verdade, um modelo político que tem seu fundamento no princípio da exclusão do inimigo. Nessa linha de compreensão, encontra amplo respaldo a tese de Jakobs do "direito penal do inimigo". Para ele, o inimigo não pode ser encarado como autor de um fato normal, isto é, como uma pessoa "que por sua conduta ofendeu à validade da

42. CARVER, Raymond. All of Us. *The collected poems*. Trad. Cide Piquet. Nova York: Vintage Books, 2000.

lei e que por isto é chamado – de modo coativo –, mas sempre enquanto cidadão – a reafirmá-la.[43] Quem ultrapassa a linha do direito penal ordinário deve ser tratado como não pessoa e a negação dessa condição constitui o centro fulcral do chamado direito penal do inimigo. "A passagem do 'mau cidadão' a 'inimigo' será determinada progressivamente, através da reincidência, da delinquência profissional, e, finalmente, através da associação a verdadeiras e próprias organizações criminosas ou terroristas; nessa passagem, além do significado de cada fato ilegal, manifesta-se 'uma dimensão ativa de periculosidade' (...) E, nessas condições, 'pessoa' se degenera até converter-se numa mera afirmação e, em seu lugar, aparece o 'indivíduo' interpretado cognitivamente, quer dizer, o indivíduo perigoso: o inimigo. E contra o inimigo é necessário opor-se com uma legislação (de guerra) cujo único fim é a sua neutralização ou 'inocuização'".[44]

Com justa motivação, Luigi Ferrajoli enfatiza que "o direito penal do inimigo equivale a uma dissolução do direito penal. Existe uma contradição insanável entre a guerra e o Direito. A guerra (e a figura do inimigo) é a negação do Direito, que conhece apenas cidadãos e pessoas e não inimigos. No preciso momento em que se configura o arguido como inimigo, perde-se a legitimidade de o julgar. A lógica passa a ser a lógica da guerra, que coloca no mesmo plano os dois inimigos; só se, pelo contrário, configurarmos o delinquente como cidadão delinquente, poderemos ler o ato criminal não como um ato de guerra, mas como uma violação do direito penal e só deste modo poderemos despotenciá-lo moral e politicamente. Apenas se respeitarmos todas as garantias poderemos precisamente enfrentá-lo e isolá-lo socialmente. O segredo do Direito em geral e do Direito Penal, em particular, é a sua assimetria em relação ao crime. Quando se perde esta assimetria, quando o Direito assume formas criminais (...), perde-se legitimidade da resposta. O Estado, as instituições caem no mesmo nível da criminalidade e perdem a sua eficácia dissuasória – a eficácia dissuasória do Direito não provém do fato de ter forças brutas, de ter um policial às costas de cada cidadão, mas da criação de um sentido cívico comum, fundado precisamente na assimetria entre a violação do Direito e o próprio Direito"[45]

---

43. PAVARINI, Mássimo. La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle *unpersonen*. *Studi sulla questione criminale*. n. 2. ano 1. p. 18. Roma: Carocci Editore, 2006.

44. Idem, p. 19.

45. FERRAJOLI, Luigi. Entrevista a Luigi Ferrajoli, entrev. Eduardo Maia Costa/José Mouraz Lopes. *Julgar*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Ed., set.-dez. 2008.

Ademais, "no direito penal nunca se inventa nada de novo. O esquema do direito penal do inimigo outra coisa não é do que o velho esquema do ' inimigo do povo' de estalinista memória e, por outro lado, do velho esquema nazista do "tipo normativo de autor (*Tätertyp*)" (...) "Disso resultam, de fato, distorcidos os princípios da legalidade e da jurisdicionalidade na identificação de quem é punível: não mais a predisposição legal e a verificação judiciária do crime, mas a identificação do inimigo e de quem é suspeito para que seja neutralizado, em lugar de ser julgado. Se o delinquente é um inimigo, o juiz, por sua vez, se torna 'inimigo do réu', segundo as palavras de Beccaria, e o processo se torna a continuação da guerra com outros meios".[46]

Ao findar este tópico, devo regressar ao respectivo título – Direito Penal e a crise financeira de 2008 – e o faço, de forma rápida e singela, para afirmar que tudo quanto foi exposto acima – e que dizia respeito aos antecedentes e aos fatos provocadores da crise de 2008 – continua a viger e a provocar consequências gravíssimas. Entre 2008 e 2012, o capitalismo globalizado e os mercados vorazes e desregrados sobreviveram sem nenhuma mutação substancial. A receita anquilosada da austeridade fiscal é ministrada hoje como a poção mágica idônea a preservar os ganhos do capitalismo neoliberal e a distribuir a carga de suas perdas à população em geral. O Direito Penal prossegue, por influxo dos meios de comunicação social, e para acalmar a intranquilidade coletiva por eles gerada, a fabricar mais e mais leis penais que têm como alvo a criminalidade de massa, ou melhor, a criminalidade dos excluídos sociais.

3. O DIREITO PENAL ECONÔMICO E A CRISE FINANCEIRA DE 2008

Eis-me diante do tema mais desafiador.

É questão pacífica – e isso já foi afirmado por muitos autores – que o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam fundamentalmente por ser uma criminalidade supranacional, sem fronteiras limitadoras; por ser uma criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas objetivamente lícitas, quer em forma de organização criminosa e por ser uma criminalidade que permite a separação tempo-espaço entre a ação dos que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada. Tal criminalidade desvinculada do

46. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris – Teoria Del Diritto e della Democrazia*. Roma/Bari: Editori Laterza, 2009. p. 540-541.

espaço geográfico do Estado-Nação espraia-se por vários outros e se distancia nitidamente dos padrões de criminalidade que tinham sido até então objeto de tipificação penal.

A criminalidade econômica é a mais expressiva das criminalidades expandidas e aperfeiçoadas pela economia mundializada: é irmã siamesa da criminalidade organizada e tem vínculos indissolúveis com a criminalidade das drogas, com a criminalidade ecológica, com a criminalidade do tráfico de armas, com a criminalidade resultante do conúbio entre o mundo político e o mundo dos negócios, com a criminalidade do terrorismo, com a criminalidade do tráfico de pessoas e de partes do corpo humano, com a criminalidade das guerras. É ela a macrocriminalidade, o fio invisível que perpassa por todas as outras formas da moderna criminalidade.

Como fazer face a essa macrocriminalidade? Não há dúvida de que o Tribunal Penal Internacional, decorrente do Tratado de Roma, constituiu, sob a angulação jurídica e institucional, um passo, "a primeira afirmação significativa da primazia da lei também no Direito internacional".[47] Mas se trata de um passo demasiadamente curto. Primeiro, porque o TPI se restringe aos crimes contra a humanidade e a criminalidade econômica não se inclui, apesar de algumas opiniões em contrário,[48] nesse rol. Segundo, porque o seu raio de

47. FERRAJOLI, Luigi; RUIZ MANERO, Juan. *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid: Editorial Trotta, 2012. p. 133.

48. Lourdes Beneria e Carmen Sarasúa (Crimines contra la humanidad, 03.04.2011. Disponível em: [www.sinpermiso]. Acesso em: 06.02.2012) defendem a inclusão dos crimes econômicos entre crimes contra a humanidade." Na atualidade são os países ocidentais que sofrem os custos sociais da crise financeira e do emprego e dos planos de austeridade que supostamente lutam contra ela. A perda de direitos fundamentais como o trabalho e a vivenda e o sofrimentos de milhões de famílias que se vêm em perigo de sobrevivência são exemplos dos custos aterradores desta crise. Os lares que vivem na pobreza estão crescendo de forma ininterrupta. Mas quem são os responsáveis? Os mercados, lemos e ouvimos cada dia".(...) " Culpar os mercados é efetivamente quedar-se na superfície do problema. Há responsáveis e são pessoas e instituições concretas: são os que defenderam a liberalização sem controle dos mercados financeiros; os executivos e empresas que se beneficiaram dos excessos do mercado durante o *boom* financeiro, aqueles que permitiram suas práticas e aqueles que lhes permitem agora sair indenes e robustecidos, com mais dinheiro público, em troca de nada" (...) " Da mesma forma que se criaram instituições e procedimentos para perseguir os crimes políticos contra a humanidade, é hora de fazer o mesmo com os econômicos. Este é o bom momento, dada a sua existência difícil de refutação. É urgente que a noção de *crime econômico* se incorpore ao discurso cidadão e se entenda a sua importância para construir a democracia econômica e política. Como mínimo

competência é bastante reduzido na medida em que não foi reconhecido pelas grandes potências internacionais (Estados Unidos, Rússia, China, Índia). Terceiro, porque não têm capacidade de iniciativa, pois depende para agir da omissão dos países subscritores do tratado o que tem provocado sua atuação em relação a crimes contra a humanidade executados por governantes de países menores.

Excluído o Tribunal Penal Internacional, não há falar-se, em termos internacionais, de organismos suficientemente fortes que disponham do poder de punir, nem órgãos com legitimação para o exercício do *ius persequendi*. "Foram exigidos dois ou três séculos para construir nossos frágeis Estados de Direito nacionais. Não podemos pensar, realisticamente, que um fenômeno análogo, em nível planetário, exija tempo muito mais breve".[49] Mas se não se mostra possível, a curto prazo, a criação do Estado internacional, dotado de poder punitivo e de poder persecutório, é mister que se preencha este espaço vazio a fim de que não se lance no total e dramático descrédito as normas existentes no direito positivo estatal. O preenchimento pode e deve ser feito através de uma urgente e inafastável legislação supranacional.

Este questionamento vem à baila quando se reconhece, na esfera do direito penal econômico, a existência de atividades transnacionais e de poderes de decisão que funcionam com igual característica e que não são atingíveis pelas leis penais estatais. Os paraísos fiscais e neles as contas bancárias e as empresas ali abertas, denominadas popularmente como *offshores*,[50] tiveram importância capital na gestação e no agravamento da crise financeira de 2008. Eles foram o ponto de partida na distribuição dos chamados "ativos tóxicos" que invadiram todo o sistema financeiro, provocando o contágio e a aceleração das perdas num ritmo extremamente rápido. Mas não foi só isso. Os bancos para fugir às regulações bancárias de seus países de origem inves-

---

nos fará ver a necessidade de regular os mercados para que, como disse Polanyi, estejam a serviço da sociedade e não vice-versa".

49. FERRAJOLI, Luigi; RUIZ MANERO, Juan. Ob. cit., p. 133.

50. Lourenço Martins (Branqueamento de capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. fasc. 3. ano 9. Coimbra: Coimbra Ed. jul.-set. 1999, p. 455-456) esclarece que as zonas *off-shore* são "centros financeiros dos mercados internacionais que visam fundamentalmente três objectivos: proporcionar uma sede para companhias internacionais que integram *holdings* comerciais e suas delegações, em melhores condições fiscais e de controlo de trocas; viabilizar a exploração dos capitais internacionais e dos mercados respectivos em ambiente de grande liberdade de acção; actuar como portos seguros para lucros internacionais e para investimentos num ambiente neutro de taxação".

tiram seus fundos nos oásis fiscais "para titular suas hipotecas *sub-prime* e poder obter assim financiamento para continuar subscrevendo novas hipotecas .Um atrás do outro, a maioria dos bancos, que tiverem de ser resgatados, foi revelando que tinham importantes quantidades investidas em paraísos fiscais o que levou às autoridades a recolocar questão de sua regulação ou de sua proibição".[51]

Os paraísos fiscais faziam parte do sistema dos mercados financeiros internacionais, dando-lhes a necessária cobertura na ânsia de obtenção de lucros ilimitados. Tanto é exato que se estima que 30% do patrimônio dos ricos e dos super-ricos está colocado nas praças financeiras *offshore* e "quase 50% das transações financeiras mundiais, de caráter transnacional, passam por elas: "as ilhas Caimã são o quinto centro bancário do mundo".[52] As consequências dos paraísos fiscais, em relação aos Estados de onde provém os investimentos, são nefastas e de enorme magnitude, principalmente, quando se passa a adotar uma política de austeridade fiscal. Nessa hipótese, a mantença dos paraísos fiscais provoca uma fuga imediata de capitais movidos pelo sistema financeiro,[53] o que acarreta "uma maior pressão fiscal sobre os agentes que não podem evitar o pagamento de impostos, ou seja, o ônus recai sobre as rendas salariais das classes medias e baixas. O Estado social e as políticas de redistribuição, cujas fontes de financiamento são fundamentalmente o sistema arrecadatório estatal, acabam por serem financiados pelas classes sociais que deveriam ser, no desenho original, as que menos teriam de contribuir para a sua sustentabilidade. O resultado é que o Estado arrecada

51. ESPINOSA, Alberto Garzón. *Economia real y paraísos fiscales*, 16.11.2011. Disponível em: [www. solidariedad.net]. Acesso em: 06.02.2012.

52. KRÄTKE, Michael R. Paraísos fiscais, 02.03.2008. Disponível em: [www.sinpermiso]. Acesso em: 18.03.2011.

53. Recente informe da Rede de Justiça Tributária (*Tax Justice Network*) dá conta de que se esconde nos paraísos fiscais cerca de 21 trilhões de dólares o que equivaleria às economias combinadas dos Estados Unidos e do Japão. Até final de 2010, conforme explicita Sarah Jaffe (6 coisas que devemos saber sobre os 21 trilhões (ao menos) de dólares que escondem as pessoas mais ricas do mundo em paraísos fiscais, 02.09.2012. Disponível em: [http://sinpermiso]) só os principais bancos privados geriam 12,1 trilhões de dólares em ativos "transfronteiriços" investidos por seus clientes. Isto significa mais do que o dobro do que havia no ano de 2005 "o que representa uma taxa média de crescimento anual superior a 16%". Se a importância depositada nos paraísos fiscais tivessem taxa extremamente conservadora de 3% significaria uma receita da ordem de 190 bilhões de dólares.

muito menos de impostos e, desta forma, não pode dispor de ferramentas para consolidar serviços públicos eficientes".[54]

Mas os paraísos fiscais, detectados em diversos países europeus, nas costas dos Estados Unidos e na América Central, não servem apenas e exclusivamente à especulação financeira internacional. Prestam-se perfeitamente a objetivos criminosos e, em particular, para a lavagem do dinheiro procedente da criminalidade organizada. E há razões pertinentes para a passagem do dinheiro sujo pelos paraísos fiscais: "um elevado grau de confidencialidade (não se fala em segredo) das transações, que começa pela dificuldade de identificação dos verdadeiros titulares das mesmas; o seu papel como ponto de passagem dos capitais (numa etapa de branqueamento); um estatuto especial de não residentes, que lhes permite uma separação física entre o proprietário e o dinheiro; nulos ou baixos impostos para o capital estrangeiro ou entidades estrangeiras; tênue regulamentação das atividades dos bancos e reduzida supervisão das entidades residentes, bons transportes e comunicação, regulação mínima de transferências cambiais pelas sociedades e pessoas singulares, estável situação política".[55]

Seria de esperar-se que, com a crise financeira de 2008, os paraísos fiscais fossem devidamente regrados, ou até mesmo, extintos. Mas, em 2013, subsistem sem nenhum tipo de alteração, continuando a ser o instrumento adequado à especulação neocapitalista, e mais ainda, à evasão de divisas e à lavagem de capitais provenientes da criminalidade transnacional.

A adstrição do Direito Penal Econômico, nas balizas geográficas de um Estado, pode permitir, com bastante largueza, a construção de inúmeros tipos penais que, por certo, encontrarão ampla possibilidade de caracterização na realidade fática. Mas, enquanto não houver um Direito Penal Internacional de largo espectro, não há como fugir à formatação de um sistema penal econômico organizado e de caráter supranacional, em condições de pôr termo aos refúgios paradisíacos de um capitalismo exacerbado e de uma criminalidade transnacional cada vez mais ousada. Não desconheço que o Eurojust (Unidade Europeia de Cooperação Judiciária) foi constituído, em 2002, para fazer face às formas graves de criminalidade transnacional e organizada e envolve, nesse combate, os países da União Europeia. Não obstante, há paraísos fiscais, indenes a qualquer ação mais rigorosa tendente à sua supressão, tanto na área dos países subscritores (Ilhas Jersey, Luxemburgo,) como de países europeus fora do Eurojust (Suíça, Listenstaine, Mônaco etc.).

54. ESPINOSA, Roberto Garzón. Ob. cit., p. 1-2.

55. MARTINS, Lourenço. Ob. cit., p. 456.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Penso ter construído um panorama mundial desolador, triste e rude. As nuvens que correm por sobre nossas cabeças são escuras e sombrias. Mas apesar disso, acredito que, por detrás delas, o sol continue emitindo raios de luz que, a qualquer momento, romperão a barreira que o circunda. Sei que já atingi a *quarta idade* de que fala Norberto Bobbio, e que, por certo, não serei testemunha dos novos tempos. Estou – idealmente – sentado num banco de estação de estrada de ferro à espera do comboio que chegará sempre na hora certa, embora torça para que se atrase. E não obstante ter palmilhado tantos caminhos, não me sinto presa fácil do pessimismo e continuo indagar como Tuahir, personagem de Mia Couto: "o que faz a estrada? É o sonho. Enquanto a gente sonhar a estrada permanecerá viva. É para isso que servem os caminhos, para nos fazerem parentes do futuro".[56]

Por isso, vejo à distancia algumas marcas denunciadoras de mudanças Em Portugal, fizeram-se presentes as manifestações populares da "geração à rasca",[57] que deu origem ao Movimento de 12 de Março (M12M) do qual participaram mais de 200 mil pessoas, em Lisboa. Na Espanha, surgiu, em Madrid, o movimento dos indignados (15M).[58] Na Grécia, os rebeldes de Atenas protestaram, por inúmeras vezes, contra a política de austeridade fiscal. Milhares

56. COUTO, Mia. *Terra sonâmbula*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995. p. 5.

57. Mas para onde caminham essas mudanças? É muito cedo ainda para uma avaliação adequada. Boaventura de Sousa Santos (ob. cit., p. 77) enfatiza que não se sabe ainda até que ponto "a geração à rasca poderá levar sua luta, nem que aliados vai mobilizar a seu favor. Por agora, o facto de esta geração estar divorciada dos sindicatos é tão preocupante para o futuro dela como para o futuro dos sindicatos. Sem ela, os sindicatos não se renovam; sem eles, a geração cairá facilmente no desespero, a menos que se encontrem formas de organização inovadoras que não sejam nem sindicatos nem partidos". Na Espanha, o movimento dos "indignados" "tem duplo eixo constitutivo inseparável: a crítica à classe política e aos poderes econômicos e financeiros" (ANTENTAS, Josef Maria; VIVAS, Esther. *Planeta indignado*. Madrid: Sequitur, 2012. p. 50). Já no Movimento Occupy, a ênfase é mais sob a angulação econômica do que a respeito da classe política. De qualquer modo, como acentuam os autores anteriormente citados, tais movimentos constituem "o fiel reflexo da própria confusão política reinante nas sociedades contemporâneas e a ausência de referências organizacionais, culturais ou ideológicas dignas de crédito" (p. 51). Apesar de não existir uma visualização clara da direção a ser tomada, a simples agitação popular já denúncia a busca de um caminho novo.

58. Sobre o Movimento M 15, há alguns artigos publicados na *Revista Paideía*, n. 94, da Sociedade Española de Professores de Filosofia de Madrid, dos meses de Maio a Agosto de 2012, merecendo especial destaque o artigo de Pedro Chaves Giraldo, sob o título "La movilización de los indignados: una explicación sociopolítica".

de pessoas saíram às ruas, em Tel Aviv para condenar o governo de Israel por empregar o dinheiro público em gastos militares, em lugar do bem estar social; nos Estados Unidos, o movimento de ocupação da Wall Street, espraiou-se por várias cidades americanas. A "primavera árabe" derrubou ditaduras na Tunísia, no Egito e no Iêmen. Em síntese, há manifestações populares que espocam por toda parte.[59] Todos esses sinais tem uma característica comum: são movimentos de jovens mobilizados através de redes sociais. A crise atual afetou à juventude, sobretudo, pelo desemprego que a atingiu duramente. Além disso, os jovens lutam contra um inimigo abstrato e globalizado, sem identidade explícita, mas que interfere na vida de todos, ou seja, o cruel sistema econômico-financeiro que, como um polvo amedrontador possui tentáculos quase invisíveis: não tem nacionalidade, não tem pátria, não tem bandeira, não tem endereço e manifesta-se, ao mesmo tempo, e em tantos lugares, assumindo faces e características aparentemente distintas.[60] As próprias redes sociais – novo processo tecnológico – foram criadas para servir ao sistema: tornar seus participantes escravos do consumismo ou anestesiá-los com a ideia de que não estão mais solitários no mundo,[61] mas sim pessoas vinculadas por laços de uma

59. Como observa Sen Amartya (Uma boa sociedade requer tanto o Estado como o mercado. *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, de 18.04.2012, p. A16), " a falta de precisão e de articulação não torna os movimentos não torna os movimentos pouco importantes. Eu os vejo como algo que está registrando a insatisfação com as disparidades e injustiças do mundo. O impacto que terão sobre o modo como o mundo funciona vai depender de como são levadas adiante essas explosões de protesto. Com um engajamento contínuo e liderança inteligente poderão trazer para a discussão pública uma série de questões cruciais".

60. Joseph Maria Antentas e Esther Vivas (ob. cit., p. 197) enfatizam, com absoluta precisão, "que a rebelião dos indignados e a política dominante representam duas lógicas diferentes, irreconciliáveis. Por um lado, a aspiração à justiça social e à democracia real no sentido mais amplo do termo, isto é, a capacidade de decidir sobre o próprio destino. Por outro lado, os preceitos dos interesses empresariais e o império do benefício privado. Ambas marcam dois itinerários antagônicos para a humanidade. Nosso futuro será muito diferente em função de qual deles prevaleça". (...) "A aposta para mudar o mundo se faz não 'na evidência da solução assegurada, mas na contingência irredutível da hipótese'".

61. Paula Sibila (El eclipse de la interioridad moderna y la búsqueda de una felicidade espectacular. *La vida que viene*. Madrid: Antonio González Ed., 2011. p. 87-106) chama a atenção para o fato de que, na atualidade, não é casual que "notemos uma crescente incapacidade para estar a sós: certo pânico em relação a solidão e ao silêncio, que se tornaram subitamente problemáticos; não apenas indesejáveis, mas até insuportáveis. E não é casual muito menos que seja precisamente a solidão onde se enraíza o grande abismo que ainda insiste em separar-nos dos personagens. Porque se a verdade sobre quem somos nós não se apoia mais na interioridade – quer dizer em algo situado

amizade quase universal, apesar de ser ela puramente virtual e descartável ao mero toque de uma tecla do computador... A única vantagem das redes sociais é que esta nova ferramenta tecnológica ainda não foi objeto de censura e bem empregada, pode transformar-se – como já o foi – num instrumento de mobilização popular e de discussão da temática política e econômica que a todos atordoa. É bem provável que a boa política, a médio prazo, se reconcilie com a juventude e que ambas recomecem, junto com os inconformados, o dialogo para o encontro de um novo modelo de sociedade, de um mundo melhor e mais humano. Tal posicionamento pode parecer utópico, mas é a forma justa de que fala Sophia de Mello Breyner Andresen:

"Sei que seria possível construir o mundo justo
As cidades poderiam ser claras e lavadas
Pelo canto dos espaços e das fontes
O céu o mar a terra estão prontos
A saciar a nossa fome do terrestre
A terra onde estamos – se ninguém atraiçoasse – proporia
Cada dia a cada um a liberdade e o reino
Na concha na flor no homem e no fruto
Se nada adoecer a própria forma é justa
E no todo se integra como palavra em verso
Sei que seria possível construir a forma justa
De uma cidade humana que fosse
Fiel à perfeição do universo".[62]

"Por isso recomeço sem cessar a partir da página em branco
E este é meu ofício de poeta para a reconstrução do mundo".

Creio, com profunda convicção, que o ofício dos poetas, dos jovens e dos inconformados será reconstruir o mundo, recomeçando a partir da página em branco.

"dentro" de cada um e que constitui a própria essência – mas sim que essa verdade se irradia através da imagem e do que somos capazes de mostrar, então a conclusão parece muito clara: se ninguém nos vê, nada poderá provar que existimos. Isso explica o intenso desejo atual em converter-se num personagem audiovisual capaz de conquistar os olhares alheios; desde um *reality show* até um perfil numa rede social ou um *blog* oferecem essa promessa".

62. ANDRESEN, Sophia de Mello Breyner. *Obra poética*. Alfragide: Editorial Caminho, 2011. p. 660.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A teoria da imprevisão, a onerosidade excessiva e o equilíbrio econômico-financeiro de contratos à luz da crise econômica mundial de 2008/2009, de Flávia Martins Sant'Anna Perlingeiro, Marcelo Garcia Simões Barbosa – *RDB* 47/124; e
- Notas sobre a crise financeira de 2008, de Jairo Saddi – *RDB* 42/33.

03429

1 O ATO INFRACIONAL E AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO – ENTRE GARANTIA E RESTRIÇÃO DE DIREITOS – UMA REFLEXÃO SOBRE O FUNDAMENTO DA LEI EM PSICANÁLISE

Infraction and protective measures – Between guarantee and restriction of rights – A reflection about psychoanalytical principle of law

ADRIANA SIMÕES MARINO

Mestre em Psicologia Clínica pelo Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo (IPUSP). Especialista em Psicopatologia e Saúde Pública na Faculdade de Saúde Pública (FSP-USP). Faz graduação em Filosofia (FFLCH-USP) e formação continuada em psicanálise pela Escola de Psicanálise dos Fóruns do Campo Lacaniano (EPFCL-SP). Membro pesquisador da linha de pesquisa "A Psicanálise e a criança: a infância e o infantil" (IPUSP). Psicóloga. Psicanalista.

ÁREA DO DIREITO: Infância e Juventude; Constitucional

RESUMO: Este trabalho versa sobre as medidas de proteção, consideradas o instrumento de garantia de direitos egrégio do Estatuto da Criança e do Adolescente. Problematiza a letra da lei que considera, à aplicação dessas medidas, o reconhecimento de situações de ameaça ou violação dos direitos de crianças e adolescentes. Sinaliza a diferença na aplicação dessa mesma lei quando se trata do ato infracional praticado por criança ou por adolescente e questiona se essas medidas revelam garantias ou restrições de direitos. Apresenta também uma discussão sobre os problemas envolvidos nos critérios de sua aplicação e a competência no atendimento

ABSTRACT: This paper discusses the protective measures, considered the heart of the Statute of Children and Teenagers'. It examines the letter of law that considers, in relationship to the application of the Statute, the children and the teenagers being threatening or in situations in which the law is violated. It indicates the difference in the application of that law when dealing with infractions committed by children or teenagers and questions whether these measures present rights guarantees or restrictions. This paper also presents a discussion of problems related to the criteria involved in the application of the protection measures

desses casos. Por fim, aborda teoricamente, a partir da psicanálise freudo-lacaniana, o entendimento que se pode ter do fundamento da lei no complexo paterno.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescente - Criança - Infração - Medidas de proteção - Psicanálise.

and in the competence to these cases. Finally, it approaches theoretically, from the Freudian-Lacanian psychoanalysis point of view, the understanding we can have about the principle of law in the father complex.

KEYWORDS: Teenager - Child - Infraction - Protective measures - Psychoanalysis.

SUMÁRIO: 1. Apresentação - 2. A letra da lei: garantia ou restrição de direitos?: 2.1 Situação de risco: causa ou consequência? - 3. A competência dos casos - 4. Fundamento da lei: 4.1 Função paterna em psicanálise - 5. Para finalizar - 6. Referências.

1. APRESENTAÇÃO

O artigo propõe-se a uma reflexão acerca das medidas de proteção, aplicadas pelo vigor da lei estatutária nas situações de ameaça ou violação dos direitos de crianças e adolescentes. A proposta para este trabalho parte do levantamento de questões acerca dos critérios utilizados pela lei na aplicação das medidas de proteção, nos casos em que se considera a criança ou o adolescente em "situação de risco" pessoal ou social. Em outros termos, situações de ameaça ou violação de direitos. O recurso pauta-se na diferença existente na aplicação dessa mesma lei quando se trata da criança ou do adolescente, especificamente quando o critério de análise utilizado é o do ato infracional.

O texto procura analisar as medidas de proteção, consideradas o cerne do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por meio da letra de seu art. 98.[1] O questionamento dessa lei tem como objetivo refletir se essas medidas revelam garantias ou restrições de direitos. Tais medidas, segundo a lei estatutária, não representam restrições. Entretanto, quando se observa a sua aplicação nos casos de ato infracional praticado por criança ou por adolescente, não é possível, ao menos num primeiro momento, afirmar que se trate apenas de garantias.

A discussão sobre o assunto não se restringe a uma dimensão teórico-conceitual, mas mostra-se também necessária ao contexto de sua aplicação – tendo em vista o campo infracional – pelas autoridades competentes. Conforme salientou Machado,[2] é sempre problemático disfarçar mecanismos de punição como sendo de proteção e vice-versa:

1. BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8.069/1990*. São Paulo: Atlas, 1997.

2. MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

"Se não houver no plano do ordenamento infraconstitucional essa distinção nítida de campos, abre-se a porteira para que o Estado – a exemplo do que ocorria sob o paradigma menorista – implemente mecanismos de controle social de natureza tipicamente penal, disfarçando-os de *proteção*; e, portanto, necessariamente violando todo o sistema de garantias da cidadania que a humanidade levou séculos para fazer positivar nos ordenamentos" (op. cit., p. 107).

A partir de uma contextualização sobre o tema, os problemas tratados serão submetidos a uma reflexão psicanalítica (freudo-lacaniana). A escolha dos autores, não por acaso, farão eco aos questionamentos trazidos à letra das medidas protetivas. Sem esgotarmos o tema, o trabalho traz à tona a seriedade que remete à gênese dessa lei. As medidas de proteção, consideradas o instrumento de garantia de direitos egrégios do Estatuto, representam a súmula da cartilha que outorga direitos humanos aos menores de 18 anos de idade.

Conforme observou Méndez,[3] a Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Infância decorreu à Declaração Universal dos Direitos da Criança que fez justamente referência aos direitos humanos e a um conjunto de instrumentos jurídicos internacionais que expressaram "un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia" (p. 185). Em suas palavras, a nova doutrina foi um marco da passagem da criança como objeto de compaixão e repressão à concepção de criança como sujeito de direitos.

Ao final do trabalho, retomaremos o percurso do texto por meio da síntese dos seguintes pontos levantados: o aspecto da garantia e da restrição de direitos no âmbito das medidas de proteção; a aplicação dessas medidas quando se trata da criança ou do adolescente autor de ato infracional e a chamada "situação de risco"; o órgão competente no atendimento desses casos e, finalmente, a noção de lei em psicanálise. Assim, tem-se como derradeira uma interlocução profícua entre os campos *psi* e do direito.

2. A LETRA DA LEI: GARANTIA OU RESTRIÇÃO DE DIREITOS?

"La crisis de interpretación se configura entonces como la relectura subjetiva, discrecional y corporativa de las disposiciones garantistas del ECA

In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006. p. 87-121.

3. MÉNDEZ, Emilio García. La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos. *Capítulo Criminológico: Revista de las Disciplinas del Control Social*, vol. 18-19, p. 177-193.

y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Dicho de otra forma, la crisis de interpretación se configura en el uso en clave 'tutelar' de una ley como el ECA claramente basada en el modelo de la responsabilidad."[4]

A distinção apontada pelo Estatuto entre criança (pessoa de zero a 12 anos de idade incompletos) e adolescente (pessoa de 12 a 18 anos) tem sua especificidade sobre os atos fora da lei. Não existe diferença perante a lei entre crianças e adolescentes no que tange à Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Infância.[5] Nesse sentido, todos são considerados "crianças".[6] A diferença recai nas medidas aplicadas quando do ato infracional. Assim, aos adolescentes são reservadas as medidas socioeducativas, e, às crianças, as medidas de proteção (arts. 112 e 105 do ECA, respectivamente). Essas medidas são marcadamente diferentes, apesar de trazerem no cerne intuito protetivo ou social e educativo.

Chama atenção aquilo que foi considerado pelo eminente jurista, Edson Sêda, a "pedra angular do novo Direito".[7] Para esse autor, as medidas de proteção representam o rompimento do legislador com a "doutrina da situação irregular" do Código menorista, adotando a doutrina preconizada internacionalmente, presente na Constituição Federal de 1988[8] e, a partir de 1990, no ECA.

O que determina a necessidade de aplicação dessas medidas é exatamente aquilo que o art. 98 da lei estatutária, define como situações em que os direitos

4. MÉNDEZ, Emilio García. Evolução histórica do direito da infância e juventude. In: Ilanud; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006. p. 20-21.

5. A Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Infância compreende os seguintes instrumentos jurídicos internacionais: Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing) de 1985, Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade de 1990 e Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad) de 1990. SILVA, Amaral Fernando Antonio et al. Das disposições preliminares. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15-55.

6. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre os Direitos da Criança. EUA, 1989.

7. SÊDA, Edson et al. Das medidas específicas de proteção. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003., p. 317.

8. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (05.10.1988)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

de crianças e adolescentes são ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, e III – em razão de sua conduta (art. 98 do ECA). Tais situações remetem às descritas "situações irregulares" do antigo Código de Menores de 1979 (art. 2.º do Código de Menores):[9]

"Para efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: *a)* falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; *b)* manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a: *a)* encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; *b)* exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal."

Chamam a atenção, igualmente, nesse âmbito, os incisos do anteprojeto[10] do art. 98, ou seja, anterior à promulgação do Estatuto em 1990:

"Art. 98. Considera-se em situação de risco pessoal e social a criança ou o adolescente:

I – que não tem habitação certa nem meios de subsistência, em virtude de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

II – quando não recebe ou é impedido de receber o ensino fundamental e obrigatório, correspondente à sua idade, por ação ou omissão dos pais ou responsável;

III – envolvido direta ou indiretamente com a prostituição ou utilizado em espetáculos obscenos;

---

9. KAMINSKI, Andre Karst. *O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?* Canoas, RS: Ulbra, 2002. p. 31.

10. Conforme levantamento feito pela Corregedoria dos Conselhos Tutelares do Município de Porto Alegre/RS. É tempo de refletir. *Cadernos de Assessoria aos Conselhos Tutelares*, 2000. p. 16-17. Disponível em: [www.mp.rs.gov.br]. Acesso em: 10.04.2010.

IV – que frequenta habitualmente ambiente prejudicial à sua formação moral, ou nele tenha a sua morada;

V – vítima de maus-tratos, opressão, exploração ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável;

VI – dependente de bebidas alcoólicas, substâncias entorpecentes, medicamentosas, tóxicas ou outras potencialmente prejudiciais à saúde, sem atendimento adequado pelos pais ou responsável;

VII – com grave inadaptação familiar ou comunitária em virtude de ação ou omissão dos pais ou responsável;

VIII – responsável pela prática de ato infracional."

Como é possível notar, durante o período de vigência do segundo Código de Menores, dizia-se que o "desvio de conduta" do menor estava submetido às situações irregulares de "grave inadaptação familiar ou comunitária", indicando, portanto, que o ato infracional estaria relacionado a uma situação de ameaça ou violação de direitos no seio da vida familiar e comunitária. Enquanto o anteprojeto do art. 98 mencionava o aspecto da responsabilidade pela prática de ato infracional, é sabido que o atual art. 98 do ECA tanto não faz menção à situação de risco como não explicita a significação da "razão de sua conduta".

Apesar do exposto, atualmente, as situações de ameaça ou violação de direitos contemplados pelo art. 98, são chamadas de situações de risco. De acordo com Maior,[11] Molaib[12] e Soares et al,[13] as irregularidades que configuram ameaça ou violação de direitos recebem essa denominação na medida em que conferem risco às garantias de direitos que crianças e adolescentes têm.

Apesar da mudança de paradigma, ou seja, de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, a denominação "situação de risco" – referente à ameaça ou à violação de direitos – aproxima-se da antiga descrição. As irregularidades previstas no art. 98 do ECA determinam a necessidade de intervenção da lei, por meio da aplicação das medidas de proteção:

---

11. MAIOR, Olympio Sotto. Das medidas sócio-educativas. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 376-385.

12. MOLAIB, Maria Fátima Nunes de. Crianças e adolescentes em situação de risco e suas relações com a instituição Conselho Tutelar. *Jus Navigandi*. 2006. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8231]. Acesso em: 03.09.2009.

13. SOARES, Judá Jessé Bragança de et al. Do Conselho Tutelar. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 445-453.

"O princípio de exigibilidade, nesse caso, diz-nos que o desvio da norma, sempre que ocorram as três condições por ela referidas, autoriza à cidadania (através do direito constitucional de petição), ao Conselho Tutelar, através da requisição, ao Ministério Público, através da representação em juízo, e à autoridade judiciária, em decisão fundamentada, buscar os fins sociais a que o Estatuto se destina."[14]

Entretanto, cabe lembrar de que, no que se refere ao ato infracional, ou seja, em razão de conduta descrita como crime ou contravenção penal, apresenta-se uma diferença no que tange à criança e ao adolescente (art. 103 do ECA). O Estatuto demarca essa distinção, conforme inc. III do art. 98, apesar de considerar criança e adolescente, sujeitos em situação de ameaça ou violação "em razão de sua conduta". Desse modo, o que distingue a criança do adolescente como autores de ato infracional, se ambos são considerados em situação de ameaça ou violação de direitos?

A hipótese que desenvolveremos é a de que existe um problema contido na letra do art. 98, no qual não é possível afirmar-se com exatidão a quem se dirigem as finalidades protetivas das medidas de proteção. Essas medidas, consideradas cerne da nova doutrina, são do âmbito da proteção especial do Estatuto (parte da Política de Atendimento) e estão dispostas da seguinte maneira pelo art. 101 do ECA:

"Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, entre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV – inclusão em programa comunitário ou oficial, de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII – acolhimento institucional;

VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar;

14. SÊDA, Edson et al. Op. cit., p. 317.

IX – colocação em família substituta."

No caso de adolescente autor de ato infracional, são aplicadas as medidas socioeducativas contempladas pelo art. 112 do ECA:

"Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescnete as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI."

Frente à dificuldade anteriormente apresentada acerca da distinção entre a criança e o adolescente autor de ato infracional e a razão de sua conduta, problematiza-se que, nem todo ato infracional, praticado por menor de 18 anos de idade, garante a interpretação pela lei de sujeitos carecedores de medidas de proteção. Conforme os arts. 105 e 98 do ECA, crianças infratoras são aquelas cuja própria conduta indica ameaça ou violação dos direitos determinados pelo Estatuto. De forma semelhante, dentre as medidas socioeducativas, encontramos no art. 112 supracitado, inc. VII, a possibilidade de aplicação das medidas de proteção, no entanto, excluindo-se o acolhimento em entidade, a colocação em programa de acolhimento familiar e família substituta.

O disposto nos artigos supracitados e, especialmente, na letra do art. 98 em seu inc. III, deixa margem a duas compreensões distintas. A primeira versa sobre a ameaça ou violação dos seus próprios direitos. Nesse sentido, observa Engel:[15] "Surge, porém, na letra da lei, entre os responsáveis pela ameaça ou violação dos direitos da criança, um terceiro agente – ela própria (a criança), em função de sua conduta".

A citação aponta que o ato infracional recebe, pela lei, uma limitação, ou seja, uma consequência ao ato infracional que lhe confere restrição de direitos. Pode-se inferir, nesse sentido, que o próprio artigo que versa sobre garantias, ao mesmo tempo, em razão de sua conduta, pode lhe auferir ameaça ou violação. À guisa dessa interpretação, prossegue a mesma autora: "Reconhece a legislação que a criança e o jovem, em função de uma dada conduta – crime

15. Apud SÊDA, Edson et al. Op. cit., p. 318.

ou contravenção – reconhecida como ato infracional, possam vir a ter direitos ameaçados ou violados" (apud SÊDA, p. 318).

Para que se possa apreender a restrição de direitos quando da prática de ato infracional, é preciso que nos atenhamos às linhas de um artigo fundamental do Estatuto que versa sobre a interpretação da lei estatutária, a seguir (art. 6.º do ECA):

"Art. 6.º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais e a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

Para nos aproximarmos da primeira compreensão, a do infrator como sujeito a restrições (ameaça ou violação) de direitos, é preciso que nos voltemos ao supracitado art. 6.º. Ao relacionarmos o art. 98 a esse artigo fundamental, podemos observar os seguintes termos: "fins sociais", "a que ela se dirige", "bem comum", "direitos e deveres individuais e coletivos" e "pessoas em desenvolvimento". A rigor, portanto, pode dizer-se que a criança ou o adolescente que comete infração, está em desacordo com os princípios norteadores do Estatuto, pois, ao praticar um ato infracional, vai contra os fins sociais a que a lei se dirige, contra o bem comum, os direitos individuais e coletivos e contra aquilo que se entende por direitos de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Assim, em razão de sua conduta, a subjacente possibilidade de aplicação das medidas de proteção pode ensejar restrição de direitos.

Antes de retomarmos a problemática por outro viés interpretativo, é possível apreendermos que, apesar de serem chamadas "protetivas" e seu conteúdo visar à integridade das determinações legais de sua população, ao serem impostas pela autoridade da lei, interferem na autonomia individual. Pela interferência do arbítrio, as medidas de proteção podem ser impostas por regramento legal, representando uma resposta (consequência) da pretensão do Estado "entendida como exigência de subordinação do obrigado à medida jurídica prevista em lei".[16] Exemplifica o autor:

"Crianças e adolescentes são responsáveis pelos atos infracionais que praticam. O são desde o nascimento, porque a prática de conduta descrita como crime ou contravenção penal tem a eficácia potencialmente de determinar movimento na máquina estatal de controle social da criminalidade (O crime,

16. GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006. p. 30.

como desvalor social e independentemente da idade de seu autor, determina iniciativas tendentes a coibi-lo, variando os sistemas no que concerne à qualidade e à intensidade das sanções).[17] A realização, ainda que parcial, de uma conduta típica leva ao desencadeamento da sua apuração ou à inação ditada pela consciência do mundo adulto de que o infante agiu sem dolo. Explico. Uma criança de oito anos de idade pode voluntariamente derrubar outra de um edifício, dando resultado à sua morte. Isto vai determinar, além da lavratura de um boletim de ocorrência (controle administrativo de ocorrências policiais), providências judiciais ou jurisdicialiformes (providências a cargo do Conselho Tutelar) [conforme detalharemos adiante] que podem desaguar na aplicação de medidas em relação à criança" (GARRIDO DE PAULA, p. 30-31).

Segundo esse autor, para não ser abusivo, o acionamento em justa causa da máquina do Estado é reservado aos casos em que há indícios de crime ou contravenção,[18] já que "responsabilizar significa impor resposta", mesmo que essa resposta não seja a de impor sofrimento ou aflição. Assim, as medidas de proteção implicariam uma resposta jurídica diferente (da civil e da penal), em que haveria uma "interferência no processo de aquisição de valores e definição de comportamentos por meio da educação ou mesmo tratamento" (GARRIDO DE PAULA, p. 32 e 34).

No entanto – insistimos para que possamos trabalhar a questão –, conforme os princípios norteadores nos quais o Estatuto se fundamenta, a lei deve ser ponderada.[19] Por esse motivo, o Estatuto garante as medidas de proteção

17. Isto é, "o que varia é a intensidade da responsabilização, entendida esta como a potencialidade de resposta incidente sobre o autor da ação geradora da intervenção estatal" (GARRIDO DE PAULA, p. 31).

18. Exemplifica: "Um bebê pode dar causa a morte de outro, bastando que tenha empurrado seu igual com seus pezinhos, provocando queda aparentemente tola, mas com um resultado fatal. Neste último exemplo a exigência do sistema consiste somente na lavratura do boletim de ocorrência, de modo a registrar administrativamente a ocorrência e permitir até mesmo as providências necessárias ao registro do óbito e ao sepultamento, ou mesmo redundar em procedimento policial conclusivo evidenciando que os fatos passaram-se da forma como a descrita." E continua a seguir: "É claro que o acionar da máquina estatal, na hipótese de condutas descritas como crimes ou contravenções realizadas sem dolo pelos infantes, reserva-se somente aos casos substancialmente graves, deixando o mundo adulto de provocar a atividade nos casos corriqueiros em que o resultado lesivo é absorvido pelos costumes educacionais, como uma briga entre irmãos pequenos com lesões leves entre os contenedores." (GARRIDO DE PAULA, p. 30-31).

19. Ante a importancia do aspecto mencionado, observa Frasseto: "A função da pena não é retributiva, reparatória ou expiatória. Não é compensar o mal. Ela

tanto àqueles que forem ameaçados ou violados em seus direitos por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, bem como em razão de sua conduta. Nesse ínterim, voltemos ao problema interpretativo: Qual a relação entre a ameaça ou violação de direitos (a qual se apóiam as medidas de proteção) e a razão de sua conduta (que pode indicar a prática de ato infracional), presente nas mesmas disposições gerais do art. 98?

O ato infracional, ao mesmo tempo em que implica uma restrição de direitos (por isso das medidas enquanto consequências jurídicas), aponta para uma garantia de direitos (representada também pelas medidas protetivas), na medida em que seus incisos versam sobre garantia de direitos que crianças e adolescentes têm.

Enfim, uma segunda compreensão possível é a de que as medidas de proteção não conferem restrições, mas garantias de direitos. Diferentemente das medidas socioeducativas, as protetivas não trazem nenhum inciso que verse sobre uma restrição *implícita* de direitos. Desse modo, ao tratar da articulação entre as medidas de proteção, a ameaça ou violação de direitos e a conduta infracional, o art. 98 do ECA pode indicar outro entendimento. Para tanto, é preciso que reformulemos a questão: Qual a restrição dada, se a medida é exclusivamente de "proteção"?

Nesta segunda interpretação, pode inferir-se que o infrator está sendo ameaçado ou violado em seus direitos fundamentais, isto é, ao direito à vida, à saúde, ao respeito, à convivência familiar etc. Ao seguir a lei estatutária, nesses casos, a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Poder Público não estariam assegurando, com absoluta prioridade, os direitos presentes na lei (art. 4.º do ECA). Nessa perspectiva, as medidas de proteção podem ser consideradas essencialmente como não punitivas e, portanto, não restritivas de direitos. Complementa o art. 5.º do ECA:

---

não é castigo nem vingança. Se é expressão do poder estatal, não pode ter por fundamento um estado passional, o desejo de impor sofrimento àquele que faz sofrer. Desde o Iluminismo, não se concebe regule o Estado suas ações senão pela racionalidade. Se cabe ao aparato oficial aplicar e executar a pena, ela deve ter uma razão prática e útil (...) Como se trata de um programa reeducativo coercitivo, não deixa de ser aflitivo (impõe-se ainda que contra a vontade do apenado), atraindo a pena, assim, também um efeito de prevenção geral: a sanção é gravosa, e por assim ser, desestimula a transgressão" (FRASSETO, Flávio Américo. Esboço de um roteiro para aplicação das medidas socioeducativas. *RBCCrim* 26/166).

"Art. 5.º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais."

De acordo com a socióloga e comentadora Estela Scheinvar, as razões para a aplicação dessas medidas pela "ótica do Estatuto, eximem o sujeito de qualquer idéia de punição, focalizando o Estado enquanto responsável por sua proteção".[20] Essas observações fazem com que questionemos, necessariamente, o que se entende por restrição de direitos, ameaça ou violação, por sua conduta.

2.1 Situação de risco: causa ou consequência?

Importante salientar que, nem todo ato infracional praticado por pessoa entre 12 a 18 anos de idade, recebe a interpretação das autoridades competentes como sendo situações de ameaça ou violação de direitos por parte da família, da comunidade, da sociedade ou do Poder Público. Nas palavras de Maior,[21] nos casos em que é possível a aplicação das medidas de proteção ao adolescente autor de ato infracional (situações consideradas menos graves) observa-se o caráter "especificamente pedagógico das mesmas, destinadas ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários". Diferentemente do adolescente que encontra implícita restrição de direitos nas medidas socioeducativas (como bem trazem as restritivas de liberdade), para o Estatuto, todo ato infracional praticado por menor de 12 anos recebe medidas de proteção que podem não ser consideradas restritivas de direitos.

Contribui para essa interpretação o fato de que, no caso da aplicação de medidas de proteção ao adolescente autor de ato infracional, são excluídas as medidas de abrigamento (acolhimento em entidade) e colocação em família substituta, o que reforça a concepção de que a situação de risco por outrem está, em certa medida, distanciada do ato infracional praticado por adolescente. Em suma, no caso do adolescente, este literalmente corre o "risco" de ter seus direitos limitados.

A relação entre o infrator e a situação de risco pode levar, portanto, a outro encadeamento argumentativo. A situação de ameaça ou violação de direitos na esfera pública ou privada aproxima-se do exposto nos incs. I e II do art. 98, traduzindo-se como uma disposição aleatória do inc. III.

---

20. Apud SÊDA, Edson et al. Op. cit., p. 325.

21. MAIOR, Olympio Sotto. Op. cit., p. 379.

Conforme objeção n. 151 oferecida por Viana,[22] a disposição desses incisos oferecem imprecisões, em suas palavras: "Resultou enumeração imprecisa, incondizente com a pretendida proteção integral. A fórmula em razão de sua conduta é a imagem da imprecisão". Dessa forma, ao não restringir direitos, a criança autora de ato infracional encontraria na letra da lei a efetiva ameaça ou violação de seus direitos. Concorda Nicodemos:[23]

"Percebe-se, então, que a finalidade das medidas protetivas estabelecidas pelo legislador é de caráter compensatório em relação aos direitos que foram negados ou violados por força da ausência de direitos, quando não negados por um processo social esgarçado."

No campo dessas diferenças, urge novo questionamento: O que determina que o ato infracional seja considerado situação de risco? Efetivamente, a sua própria conduta ou a conduta de outrem?

Os questionamentos feitos conduzem a difíceis julgamentos. Por um lado, tem-se a infração como consequência de risco, isto é, ao mesmo tempo em que se coloca em risco através do ato infracional, dirige o risco a outros (danos a outrem, característicos do ato de crime e contravenção),[24] reservando-se a uma posição que poderá ser entendida como preciso restringir direitos. Por outro, o ato infracional pode ser entendido como causa da ameaça ou violação por parte de outrem, o que poderá ser entendido como ato carecedor de garantia de direitos.

Sem esgotarmos o problema, consideraremos que a situação de risco – entenda-se: situação de ameaça ou violação de direitos – pode ser entendida tanto como causa, como aquilo que refere às consequências do ato infracional.

3. A COMPETÊNCIA DOS CASOS

Como pudemos acompanhar, em razão da conduta delitiva da criança e do adolescente, o Estatuto garante a aplicação de medidas de caráter protetivo

22. Apud CAVALLIERI, Alyrio (org.). *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente: 395 objeções*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 50.

23. NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: Ilanud; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006. p. 74.

24. Ao lado do crime e da contravenção penal, o ato infracional é considerado antijurídico, de ação ou omissão (conduta) típica e culpável. FRASSETO, Flávio Américo. Op. cit., passim.

ou social e educativo. Com isso, admite duas sequências argumentativas que referem a duas lógicas distintas: a da proteção e a da restrição de direitos. Para além desse campo de reflexão, outro aspecto mostra-se imiscuído na temática, trata-se da competência no atendimento dos casos. No caso do adolescente, as medidas socioeducativas são da competência da autoridade judiciária e, no caso da criança, do Conselho Tutelar.

Ao partir do pressuposto ou, mais exatamente, da letra do art. 105 do ECA – "Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101" – seguida do inc. I do art. 136 que versa sobre as atribuições do Conselho Tutelar em "atender as crianças e adolescentes[25] nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII", o Estatuto estabeleceu uma competência específica do Conselho Tutelar.

Os Conselhos Tutelares fazem parte do Sistema da Garantia de Direitos, são representantes das comunidades aonde atuam e, assim, representam a sociedade. Conforme definição trazida pelo art. 131 do ECA, são órgãos permanentes, autônomos e não jurisdicionais que têm a função de atender, em primeira instância, as situações de ameaça ou violação dos direitos garantidos.

Como enfatizado anteriormente, ao atender as situações de risco, analisam a(s) necessidade(s) do caso e determinam a aplicação das medidas previstas no art. 101. Conforme o art. 105, seguido do inc. I do art. 136 do ECA, o Conselho é considerado um órgão competente para a aplicação das medidas de proteção, ou seja, para requisitar e fazer cumprir os encaminhamentos considerados necessários. Não se trata, dessa maneira, de um órgão executor de medidas.

Entretanto, a atribuição dos Conselhos nos casos de ato infracional tem recebido críticas de inconstitucionalidade. O princípio da impugnação, presente na Constituição, garante a apreciação pelo Poder Judiciário em situações de lesão ou ameaça de direito, contra ilegalidade ou abusos de poder (art. 5.º, XXXV, da CF/1988). Frente a essa crítica, é importante ressaltar que o Estatuto, no entanto, não deixou de atribuir o direito de acesso ao Sistema Judiciário. Ao contrário, fez garantir em seu art. 141. Conforme art. 137 do ECA, é possível que haja revisão das decisões dos Conselhos Tutelares "pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse", sem que essa garantia fira a essência da autonomia dos Conselhos.

---

25. Conforme inc. VI do art. 136 do ECA: "VI – providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, entre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional".

Além disso, segundo o inc. VII do art. 148 do ECA e o art. 25 da Res. 139 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente,[26] respectivamente, a Justiça da Infância e Juventude é competente para:

"VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

a) conhecer de pedidos de guarda e tutela;

b) conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda;

c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento;

d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do poder familiar;

e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais;

f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente;

g) conhecer de ações de alimentos;

h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito."

"Art. 25. A atuação do Conselho Tutelar deve ser voltada à solução efetiva e definitiva dos casos atendidos, com o objetivo de desjudicializar, desburocratizar e agilizar o atendimento das crianças e dos adolescentes, ressalvado o disposto no art. 136, incisos III, alínea *b*, IV, V, X e XI, da Lei n. 8.069, de 1990.

Parágrafo único. O caráter resolutivo da intervenção do Conselho Tutelar não impede que o Poder Judiciário seja informado das providências tomadas ou acionado, sempre que necessário."

Especificamente, o Conselho Tutelar recebe crianças nas hipóteses dos incs. I, II e III do art. 98 e, no caso de adolescente, nas hipóteses dos incs. I, II e, quando encaminhado pelo juiz, do inc. III. A autoridade judiciária, representada pelo Juiz da Infância e da Juventude, tem competência para

26. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA). Res. 139, de 17.03.2010. Dispõe sobre os parâmetros para a criação e funcionamento dos Conselhos Tutelares no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: [www.promenino.org.br]. Acesso em: 06.04.2011.

aplicar as medidas de proteção. Contudo, como observa o art. 262 da mesma Lei, tais atribuições somente serão exercidas pelo juiz, quando não estiver instalado ou devidamente funcionando um Conselho Tutelar no Município.

Cabe lembrar-se de que, quando os Conselhos foram criados, buscou-se aliviar as vias de competência jurídicas judiciais. Ao atender situações jurídicas (da norma, relativo ao direito) não judiciais (relativos à jurisdição, à justiça), o Conselho Tutelar passou a ter autonomia na atuação administrativa quando os direitos de crianças e adolescentes são ameaçados ou violados. Sintetiza o autor:

"Então, a partir do Estatuto, o juiz atenderá somente às questões jurídicas judiciais, ficando todas as demais situações jurídicas não judiciais, ou seja, as administrativas e socioassistenciais (...) sob a atribuição do Conselho Tutelar."[27]

Prevalece entre os autores que referiram sobre o assunto, a ideia de que o encaminhamento à Justiça, é realizado aos casos considerados graves, em que são necessárias cautelas especiais.

"As medidas de proteção derivadas da prática de ato infracional aplicáveis às crianças são ordinariamente da alçada do Conselho Tutelar, exatamente em função da falta do componente defesa social (...) Em casos gravíssimos, que saiam da rotina e imponham cautelas especiais, até mesmo para a preservação da integralidade da criança, é de se admitir a apresentação do infante à autoridade judiciária que, ouvido o Ministério Público, deverá aplicar a medida de proteção mais adequada, agindo em razão da combinação dos artigos 101, 105 e 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente" (GARRIDO DE PAULA, op. cit., p. 40-41).

Cabe salientar ainda que, diferente do que ocorre com o adolescente, o Estatuto não contemplou garantias processuais específicas à criança autora de ato infracional.[28] A lei estatutária apenas indica que a atuação dos Conselhos deve ser feita de forma colegiada, atentando-se ao ordenamento jurídico consagrado e, conforme o art. 100 do ECA, às "necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários".

São diferenças que se mostram no tratamento dado à criança autora de ato infracional por um lado, e ao adolescente por outro. No primeiro caso, encontram-se as atribuições do Conselho Tutelar de averiguar e requisitar aquilo que é da ordem da(s) necessidade(s) da criança, dos seus familiares ou responsável (art. 136 do ECA). A exclusividade da aplicação das medidas de proteção à criança autora de ato infracional pode sugerir que, nesses casos, a concepção de medida protetiva como garantidora de direitos é tangencial.

---

27. KAMINSKI, Andre Karst. Op. cit., p. 86, passim. Vide, ainda, Seção V do Estatuto, intitulada: "Da Apuração de Ato Infracional Atribuíido a Adolescente".

28. KAMINSKI, Andre Karst. Op. cit., passim.

Corroboram para essa linha interpretativa, Soares et al,[29] Amarante et al,[30] Kaminski,[31] Sposato[32] e Molaib,[33] ao afirmarem que o ato infracional praticado por criança não é considerado como sendo de sua responsabilidade, mas de seus pais ou responsável no provento das necessidades garantidas pela lei. Entendem, portanto, o ato infracional por criança como uma situação de risco por parte de outrem. Conforme os autores:

"Inaugura-se um dispositivo legal em que a criança é considerada como um ser, ainda, incapaz de refletir em profundidade o ato cometido, e, portanto, alvo de medidas que visem à sua proteção. A fundamentação deste dispositivo está em consonância com as regras de Beijing no que se refere à violação dos direitos da criança, reconhecidas internacionalmente, em que a culpabilidade da situação que provocou o ato infracional não recai sobre a criança. Por isso o art. 101 baseia-se nas hipóteses previstas no art. 98 para fundamentar as medidas específicas de proteção" (AMARANTE et al, op. cit., p. 349).

No caso do adolescente, cabe à autoridade judiciária julgar qual medida socioeducativa e/ou protetiva seja a mais apropriada ao caso (arts. 112 e 148 do ECA). Invariavelmente, no entanto, crianças e adolescentes considerados em situação de risco, encontram no Estatuto um lugar garantido ao exercício de sua cidadania, ao reconhecê-los enquanto sujeitos de direitos (mesmo que ao garantir direitos emirja o paradoxo da restrição).

Para Amarante et al[34] e Frasseto[35] as medidas de proteção são resultado da compreensão, pela letra do Estatuto, de que a falta no cumprimento dos direitos da criança e do adolescente tem consequências, como no caso da delinquência. Por essa razão, conforme os autores, a lei apresenta as medidas protetivas às

29. SOARES, Judá Jessé Bragança et al. Op. cit., passim.

30. AMARANTE, Napoleão X.; VOLPI, Mário; SANTOS, Roberto José dos. Da prática de ato infracional. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 337-350.

31. KAMINSKI, Andre Karst. A criança e o ato infracional. *Seminário Virtual Âmbito Jurídico*. Rio Grande: Departamento de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade Federal de Rio Grande, 2001. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/aj/eca0015.htm]. Acesso em: 05.04.2010.

32. SPOSATO, Karyna Batista. Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006. p. 247-276.

33. MOLAIB, Maria Fátima Nunes de. Op. cit., passim.

34. AMARANTE, Napoleão X; VOLPI, Mário; SANTOS, Roberto José dos. Op. cit., passim.

35. FRASSETO, Flávio Américo. Op. cit., passim.

crianças e aos adolescentes, pois entende a necessidade de intervenções que visem ao cumprimento dos direitos fundamentais.

A partir do levantamento dessas questões, podemos concluir que a situação de risco remete, necessariamente, a um lugar em que crianças e adolescentes podem estar inseridos, isto é, quando se encontram ameaçados ou violados em seus direitos fundamentais (mesmo em razão de sua conduta, enquanto causa ou consequência de ato infracional). Assim, crianças e adolescentes que se encontram dentro da situação de risco estão, ao mesmo tempo, fora daquilo que lhes é garantido pela lei. Conforme o Estatuto explicita, "em razão de sua conduta" estão aqueles que se encontram *fora* da norma social (fora da norma da lei, infrator) e/ou *fora* daquilo que lhes é garantido pela lei (fora das garantias de seus direitos fundamentais).

Retomemos. Existe uma dificuldade para se entender a relação entre ameaça ou violação de direitos, a razão de sua conduta e as medidas protetivas.[36] Em que medida uma lei que versa sobre garantias pode ser considerada também restritiva de direitos? Seria um ranço do desvio da norma? Por ora, deixemos essa questão em aberto na busca de recursos teóricos sobre o assunto. Seria esse mal-estar da ordem de que herança? A esta última pergunta apresentamos uma afirmação do psicanalista Jacques Lacan:[37] "Não pode ser questão do pai pela razão de que estamos além do que pode ser formulado como questão".

4. FUNDAMENTO DA LEI

Voltar-se a uma lei, na tentativa de decifrá-la e compreendê-la só pode ser feito à custa de mal-estar. Foi o que tentamos evidenciar na escrita proposta

36. Segundo Machado, há ambiguidade na redação dos arts. 105 e 112 do ECA que conduzem a equívocos, como o de considerar as medidas protetivas como sendo medidas de "caráter sancionatório", assim como considerar as medidas socioeducativas como tendo "caráter protetivo" (p. 115). Exemplifica: "Assim é que, não raro, tem-se aplicado também a estes [adolescentes], em caráter sancionatório medidas que a lei menciona como de proteção. Veja-se, por exemplo, a tormentosa questão de imposição de tratamento psicoterápico ao adolescente que não padece de transtorno mental, contra a vontade dele e contra a indicação clínica dos profissionais da Saúde, como condição para a extinção ou abreviação da medida privativa de liberdade", denotando, assim, desvirtuamento no entendimento das medidas protetivas e socioeducativas (p. 115). MACHADO, Martha Toledo de. Op. cit.

37. LACAN, Jacques. *Nomes-do-pai*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005 Trabalho original publicado em 1963. p. 72.

deste texto, discutindo algumas dimensões de um artigo fundamental da atual lei estatutária, o art. 98; uma lei considerada fundamental, cerne da nova doutrina.

Nossa hipótese, neste momento, é a de que as medidas de proteção, quando se trata de analisar sua aplicação às crianças e aos adolescentes que cometeram ato infracional, traz algo da ordem da ambivalência. Dito de outra forma, ao analisar-se a letra dessa lei, algo de tabu faz-se sentir. Entre a garantia e a restrição de direitos na esfera da infração (medidas enquanto consequências jurídicas), a espécie do proibido de ser entendido; uma impossibilidade de localizar nessa lei a efetiva garantia (proteção) ou restrição (punição) de direitos.

A lei, no entanto, não é feita para ser entendida nem questionada. É isso que Freud[38] nos ensinou sobre o tabu (ou *sacer* na terminologia dos antigos romanos), que é uma proibição que serve para ser obedecida. Em suas palavras: "As proibições tabus não têm fundamento e são de origem desconhecida" (p. 37). O autor explica que essa primeira lei de regulação (a proibição tabu) inibe o retorno ao estado de horda, isto é, um estado primitivo desordenado, permitindo a criação do estado de massa, aonde as leis podem ser regidas por contratos, pelo poder de coação e coerção do Estado.[39]

No entanto, como será desenvolvido, esse estado organizado apenas se mantém pela constante manutenção de um esquecimento que não se dá sem consequências. Isso quer dizer que, apesar da aspiração de "obedecimento" da lei, a ambivalência faz do homem um fiel herege.

O mal-estar na civilização, o conflito pulsional do sujeito no mundo, é parte de sua constituição e é inerente às relações humanas. É o princípio da ambivalência, portanto, que caracteriza a subjetividade humana (e não o princípio da integração, da harmonia). Como nos ensina o autor, a civilização convoca renúncias, donde se extrai uma parcela de prazer, em prol de uma parcela de segurança.

Em "Totem e tabu" de 1912-1913, o autor aprofundou seus estudos na antropologia que teve como derradeira a criação de um mito, o do pai da horda.[40] O mito sugere que, num tempo primitivo, existira um macho que

38. FREUD, Sigmund. Totem e tabu. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, vol. 13, p. 13-168.

39. FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, vol. 21.

40. O mito do pai da horda encerra importância por ter valor psíquico, isto é, não encontra relevo atrelado à antropologia enquanto campo específico de investigação.

possuía todas as fêmeas. Certo dia, os irmãos revoltados do clã resolveram assassiná-lo e, após esse ato, comeram a carne do macho-chefe. Após o banquete, adveio a culpa e o remorso, pois o pai odiado era também amado (fonte de ambivalência), dando origem às proibições (interditos do incesto e do assassinato fraterno) que seriam transmitidas de geração a geração. Com as restrições-tabus, advindas dessa alegoria freudiana, tem-se a origem da organização social, da consciência moral (supereu) e da religião. Em outros termos, a gênese da lei, assentada no assassinato do pai do mito (equiparado ao totem, enquanto instituição social), é esquecida, restando da culpa, a ambivalência (FREUD, Sigmund. Totem e tabu cit., p. 83).

A natureza das proibições-tabus e, por conseguinte, do sistema penal, é religiosa. A lei opera dessa maneira, ou seja, propaga crenças e valores cujas razões são desconhecidas:

"Em alguns casos têm um significado compreensível e visam claramente a abstinências e renúncias. Mas em outros casos o motivo central é inteiramente incompreensível; estão relacionadas com detalhes triviais e parecem ser de natureza puramente cerimonial" (FREUD, Sigmund. Totem e tabu cit., p. 40).

Dessa forma, o mito do pai da horda e o complexo edípico da obra freudiana complementam-se em dois tempos lógicos, ou seja, não cronológicos. Tempos que marcam a passagem da natureza à cultura ou, parafraseando Lévi-Strauss,[41] do cru ao cozido.

Desde a *Traumdeutung*, obra inaugural da psicanálise, Freud[42] prenunciava a descoberta do funcionamento do inconsciente presente em todas as manifestações humanas:

"Esse simbolismo não é peculiar aos sonhos, mas característico da representação inconsciente, em particular no povo, e é encontrado no folclore e nos mitos populares, nas lendas, nas expressões idiomáticas, na sabedoria dos provérbios e nos chistes correntes em grau mais completo do que nos sonhos" (FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos cit., p. 383).

4.1 Função paterna em psicanálise

A função paterna regula a estrutura da linguagem, impede o retorno à natureza (estado de bestialidade, de horda) e o faz servindo de metáfora,

41. LÉVI-STRAUSS, Claude. O cru e o cozido. In: _____. *Minhas palavras*. São Paulo: Brasiliense, 1984. Trabalho original publicado em 1961-1962.

42. FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, vol. 4-5.

enquanto substituto do desejo da mãe na constituição psíquica estrutural do sujeito. Nesse sentido, Lacan[43] dirá que o sujeito incorpora os significantes paternos (Nomes-do-Pai) que definem a castração e permitem a constituição do humano como sujeito dividido, portador de desejo e de uma herança maldita.

O assassinato do pai, ao longo da obra freudiana, deixa de ser um simples mito e passa a ter fundamento, adquirindo consistência nodal, fazendo valer seu ato na dimensão social. Por ser a lei ambivalente, será ela capaz de dar conta daquilo a que se propõe? A ameaça do retorno ao estado de horda, de um mundo sem validade das leis, pelas massas, é decorrente do mal-estar cuja origem é o assassínio. Neste momento, é possível responder a uma das perguntas levantadas neste texto: o mal-estar é herança do assassinato do pai.

Diante da lei, cuja causa se desconhece porque ficou esquecida, resta obedecer ou infringir e, nesse caso, sofrer as consequências sociais da transgressão. Aquele que infringiu o tabu vira ele próprio tabu, ameaçando os demais ao oferecer-lhes a tentação por ter realizado um dos polos da pulsão. Nas palavras do autor: "O fato mais estranho parece ser que qualquer um que tenha transgredido uma dessas proibições adquire, ele mesmo, a característica de ser proibido – como se toda a carga perigosa tivesse sido transferida para ele" (LACAN, Jacques. *Nomes-do-pai* cit., p. 40). E, noutra passagem, atenta:

"Se substituirmos os desejos inconscientes por impulsos conscientes, veremos que o perigo é real. Reside no risco da imitação, que rapidamente levaria à dissolução da comunidade. Se a violação não fosse vingada pelos outros membros, eles se dariam conta de desejar agir da mesma maneira que o transgressor" (LACAN, Jacques. *Nomes-do-pai* cit., p. 50).

À infração, portanto, é preciso punição. Nesse sentido, pode dizer-se que, diante do ato infracional, a lei precisa fazer-se valer para que se mantenha o controle social. Em sua carta a Einstein, Freud[44] alertou que o direito é resultado de um poder equiparado à violência; a lei passa a ser a violência representada pela força da comunidade. Esta é, para a psicanálise, a função da lei. Mas qual é seu fundamento?

A lei, como dito anteriormente, funda-se no esquecimento do assassinato. Desse recalque, o sistema penal revela-se no litígio, pois é o fundamento da lei (cuja figuração do direito, segura a balança correspondente da justiça)

43. LACAN, Jacques. *Nomes-do-pai* cit.

44. FREUD, Sigmund. Por que a guerra? (Einstein e Freud). *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, vol. 22, p. 191-210.

que estabelece a possível relação entre aquele que será julgado merecedor de garantia ou restrição dos direitos estabelecidos, ou seja, se inocente ou culpado. O sistema penal situa-se assim num campo permeado pela ambivalência, reflexo das pulsões[45] humanas:

"Na verdade, este é um dos fundamentos do sistema penal humano e baseia-se, sem dúvida corretamente, na pressuposição de que os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no criminoso como na comunidade que se vinga. Nisto, a psicanálise apenas confirma o costumeiro pronunciamento dos piedosos: todos nós não passamos de miseráveis pecadores" (FREUD, Sigmund. Por que a guerra? cit., p. 84).

A comunidade invejosa e vingativa do "homem-tabu" é instaurada pelo mecanismo da projeção. Este mecanismo inconsciente inibe a hostilidade intrapsíquica, do supereu introjetado pela culpa do assassinato do pai. A projeção assim dribla a pulsão de morte que tem como objeto primordial o eu, elegendo um objeto externo e hostilizando-o. Por esse motivo, refere o autor: "A hostilidade, da qual os sobreviventes nada sabem e, além disso, nada desejam saber, é expelida da percepção interna para o mundo externo, sendo assim desligada deles e empurrada para outrem" (FREUD, Sigmund. Por que a guerra? cit., p. 76).

Curiosamente, apesar de o assassinato ter sido esquecido, o pai morto não o pode, é um luto impossível de ser totalmente realizado. Mesmo não tendo sobrevivido ao ataque mortal dos irmãos, esse pai (equiparado, pois, ao totem) torna-se mais forte do que fora em vida: "A cena da sujeição do pai, de sua maior derrota, tornou-se o estofo da representação de seu triunfo supremo" (FREUD, Sigmund. Por que a guerra? cit., p. 152).

Freud antevê nesse estudo, a conhecida ambivalência emocional do complexo paterno (edípico) que Lacan[46] retomou para *falar* do Nome-do-Pai.

---

45. Desenvolvido ao longo da obra freudiana, a pulsão é um conceito limítrofe, entre o psíquico e o somático, diferente do instinto animal. O animal encontra seu objeto de satisfação na natureza que o circunda, como a água que sacia a sede. A pulsão, presente na sexualidade humana, escapa ao controle consciente do homem e, por isso, a comida que sacia a fome não necessariamente satisfaz a pulsão (FREUD, Sigmund. Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, vol. 7). É primeiramente sexual, sempre parcial e tem dois aspectos: o primeiro visa à satisfação, Eros, à pulsão de vida e o segundo corresponde ao além do princípio do prazer, Tânatos, à pulsão de morte (Além do princípio do prazer. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, vol. 18).

46. LACAN, Jacques. *Nomes-do-pai* cit., passim.

O significante do Nome-do-Pai é um conceito trazido pelo autor para abordar o tema da função paterna, que une o desejo à lei.[47] Trata-se de uma operação que incluirá o sujeito no registro simbólico, ou seja, fará com que a criança deixe de ser objeto passivo do desejo materno, constitua sua subjetividade (castração) e se insira no mundo da linguagem, dos discursos, na cultura. Para tanto, o autor é categórico ao dizer que não se trata do papel forte ou fraco, presente ou ausente do pai (da "realidade"), para que se faça valer sua presença na estrutura.

Segundo o autor, para falar do pai é preciso falar do Nome que, paradoxalmente, é aquilo que não se pode falar, não pode ser pronunciado. Desse impossível, o autor salienta que se está no campo do real,[48] como na voz onipotente daquele que diz: "Eu sou aquele que é". Trata-se da ordem de um real (do que não tem Nome) no campo do Outro (morto e, portanto, castrado e desejante). Assim, a voz, como o "quinto termo da função do pequeno *a*" do Outro é a "testemunha de que o lugar do Outro não é apenas o lugar da miragem", isto é, comporta algo do real (idem, p. 70).

Diante desse impossível, a lei só alcança seu objetivo pelo viés frágil da crença na autoridade ordenadora, no amor ao censor. Representado pelas figuras paternas, como o próprio pai, Deus, o Papa, os reis e as instituições jurídicas, o amor ao censor se dá pela via da crença em que, através de seu ordenamento, poder-se-ia dar cabo ao mal-estar. A Constituição, herdeira da Revolução Francesa, através dos ideais coletivos de liberdade, igualdade e fraternidade, foi feita para justamente fazer valer esse voto (o que não seria possível sem o furo real para advir seus nomes). O direito, dessa forma, adquire sua função numa estrutura ficcional, mas que tem função de ordenamento psíquico e, portanto, de realidade.[49]

---

47. LACAN, Jacques. A lógica da castração. In: _____. *O seminário, livro 5: as formações do inconsciente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. Trabalho original publicado em 1957-1958.

48. O real foi um conceito elaborado ao longo da obra lacaniana. Sumariamente e a título de transmissibilidade do texto, pode-se dizer que na voz de Chico Buarque o real entoa: "O que será que me dá... o que não tem medida nem nunca terá, o que não tem remédio nem nunca terá, o que não tem receita. O que será que será (...)". Nos termos do próprio autor, trata-se daquilo que "não cessa de não se escrever". LACAN, Jacques. Introdução à edição alemã de um primeiro volume dos Escritos. In: _____. *Outros escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 550-556. Trabalho original publicado em 1975.

49. BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

O Nome-do-Pai é um nome-tabu. Seguindo Lacan,[50] o pai totêmico é o "ex-combatente", canibalizado, denunciado e, ao mesmo tempo, idealizado do discurso histérico. A verdade que o pai morto comporta é a de que "o mestre é castrado" (*O seminário, livro 17: o avesso da psicanálise* cit., p. 100-101). A raiz da união dos irmãos após o assassinato, a fraternidade, é justamente a segregação (cuja promoção se dava pela exclusividade do pai em ter todas as mulheres, expulsando os demais do clã). Por essa razão afirma: "Nenhuma outra fraternidade é concebível (...) se não é por estarmos isolados juntos, isolados do resto" (*O seminário, livro 17: o avesso da psicanálise* cit., p. 121). Em outros termos, isso implica dizer que não há harmonia possível.

A origem demarca que, na fraternidade, está-se convocado a uma segregação cujo ordenamento jurídico tenta dar conta. Isso mostra que à morte do pai, "*nada mais é permitido*" (*O seminário, livro 17: o avesso da psicanálise* cit., p. 126). A infração assim serve bem ao postulado de lembrar o assujeitamento de todo sujeito imerso no simbólico ordenamento da castração (a constituição estrutural da subjetividade humana). Nada mais é permitido quer dizer que é em função de sua "morte" (em termos lacanianos, o Outro não existe) que finda a possibilidade de haver um Outro que pudesse oferecer suas desculpas (contrariando a ideia de que à morte de Deus tudo seria permitido).

À pergunta "Em que medida uma lei que versa sobre garantias pode ser considerada também restritiva de direitos?", podemos responder pela via da ambivalência contida numa lei em cuja causa (matriz de sua aplicação) está a infração da lei. Nesse sentido, apesar da população a que se aplica, as medidas protetivas do Estatuto não escapam à herança do assassínio. Essas medidas situam-se num liame paradigmático dos problemas que assolam os sistemas sociais, administrativos e jurídicos. "Em razão de sua conduta" estão sempre aqueles num campo permeado pelo tabu, seja por estarem *fora* da norma social e/ou por estarem *fora* das garantias da lei, portanto, entre garantia e restrição de direitos.

5. PARA FINALIZAR

A pretensão deste texto foi elucidar alguns pontos considerados importantes acerca da aplicação das medidas de proteção quando da infração praticada por criança ou por adolescente, salientando as possíveis diferenças que o critério etário pode ensejar, assim como quanto ao problema dos órgãos competentes

50. LACAN, Jacques. *O seminário, livro 17: o avesso da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992. Trabalho original publicado em 1969-1970.

no atendimento a esses casos. São temas que, apesar da limitação oferecida pela proposta do texto, acreditamos merecer maior atenção.

Por meio do art. 98 do ECA – especificamente o inc. III que versa sobre a "razão de sua conduta" – pudemos levantar algumas perguntas para que analisássemos essas medidas, enfatizando o aspecto garantidor e/ou restritivo de direitos nesse âmbito, até estendermos a discussão em direção a um limite: *entre* garantia e restrição de direitos.

O tema da proteção e da punição no campo do direito é sempre provocador. À luz de uma leitura psicanalítica, pode-se dizer que não é a toa que o tema da redução da maioridade penal persista e que o tema da chamada "gangue das meninas" da Vila Mariana de São Paulo – a sequência de arrastões provocados por meninas, em sua maioria, menores de 12 anos de idade entre os meses de agosto e setembro de 2011 – tenha provocado tanto alvoroço. Isso porque, entre a garantia e a restrição de direitos, como pudemos acompanhar, estão aqueles sujeitos permeados pelo tabu. Isto é, aquele que cometeu uma infração se torna fonte de ambivalência, pois atuou sobre um dos polos da pulsão.

O tema da função paterna em psicanálise serviu-nos para discutir a dimensão de uma lei que, ao mesmo tempo, mostrou-se garantidora e restritiva de direitos. A exploração do assunto, portanto, esteve submetida ao mal-estar provocado por esse paradoxo. Conforme trabalhado por Freud e, posteriormente, por Lacan, a lei opera ao mesmo tempo em que se desvela em sua fragilidade. Está-se numa *situação* sempre *arriscada*. Em termos lacanianos, o significante da falta no campo Outro, ou seja, o Outro como castrado tem uma função estruturante da subjetividade humana, fazendo-se presente nas diferentes manifestações humanas.

Elucidar o fundamento da lei em psicanálise foi nossa aposta para tratar do assunto. Como apresentado, a figuração de sujeitos-tabu se assenta no entendimento daqueles que estão *fora* da norma social e/ou *fora* das garantias da lei (enquanto causa ou consequência de ato infracional); entre, portanto, a garantia e a restrição de direitos.

6. REFERÊNCIAS

AMARANTE, Napoleão X.; VOLPI, Mário; SANTOS, Roberto José dos. Da prática de ato infracional. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (05.10.1988)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8.069/1990*. São Paulo: Atlas, 1997.

CAVALLIERI, Alyrio (org.). *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente: 395 objeções*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA). Res. 139, 17.03.2010. Dispõe sobre os parâmetros para a criação e funcionamento dos Conselhos Tutelares no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: [www.promenino.org.br]. Acesso em: 06.04.2011.

CORREGEDORIA DOS CONSELHOS TUTELARES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS. É tempo de refletir. *Cadernos de Assessoria aos Conselhos Tutelares*, 2000. Disponível em: [www.mp.rs.gov.br]. Acesso em: 10.04.2010.

FRASSETO, Flávio Américo. Esboço de um roteiro para aplicação das medidas socioeducativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 26. p. 159-195. São Paulo: Ed. RT, 1999.

FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Trad. J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. 4-5. Trabalho original publicado em 1900.

_____. Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Trad. J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1998. vol. 7. Trabalho original publicado em 1905.

_____. Totem e tabu. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Trad. J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. 13. Trabalho original publicado em 1912-1913.

_____. Além do princípio do prazer. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Trad. J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1998. vol. 18. Trabalho original publicado em 1920.

_____. O mal-estar na civilização. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Trad. J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1998. vol. 21. Trabalho original publicado em 1930.

_____. Por que a guerra? (Einstein e Freud). *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Trad. J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. 22. Trabalho original publicado em 1932.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.

KAMINSKI, Andre Karst. *O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?* Canoas: Ulbra, 2002.

_____. A criança e o ato infracional. *Seminário Virtual Âmbito Jurídico*. Rio Grande: Departamento de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade Federal de Rio Grande, 2001. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/aj/eca0015.htm]. Acesso em: 05.04.2010.

LACAN, Jacques. *O seminário, livro 5: as formações do inconsciente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. Trabalho original publicado em 1957-1958.

_____. *Nomes-do-pai*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005. Trabalho original publicado em 1963.

_____. *O seminário, livro 17: o avesso da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992. Trabalho original publicado em 1969-1970.

_____. Introdução à edição alemã de um primeiro volume dos Escritos. In: _____. *Outros escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. Trabalho original publicado em 1975.

LÉVI-STRAUSS, Claude. O cru e o cozido. In: _____. *Minhas palavras*. São Paulo: Brasiliense, 1984. Trabalho original publicado em 1961-1962.

MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.

MAIOR, Olympio Sotto. Das medidas sócio-educativas. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÉNDEZ, Emilio García. La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos. *Capítulo Criminológico: Revista de las Disciplinas del Control Social*. vol. 18-19. p. 177-193. Maracaio, 1991.

_____. Evolução histórica do direito da infância e juventude. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.

MOLAIB, Maria Fátima Nunes de. Crianças e adolescentes em situação de risco e suas relações com a instituição Conselho Tutelar. *Jus Navigandi*. 2006. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8231]. Acesso em: 03.09.2009.

NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre os direitos da criança. EUA, 1989.

SÊDA, Edson et al. Das medidas específicas de proteção. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Amaral Fernando Antonio et al. Das disposições preliminares. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Judá Jessé Bragança de et al. Do Conselho Tutelar. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SPOSATO, Karyna Batista. Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A sociedade indefesa e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de Reynaldo José Castilho Paini – *RT* 717/522;
- A tutela de urgência e a criança e o adolescente: em defesa de uma atuação especializada e efetiva, de Manoel Onofre de Souza Neto e Sasha Alves do Amaral – *RDIJ* 1/43;
- Direitos da criança e do adolescente no novo paradigma de desenvolvimento humano: uma análise à luz do Estado Democrático de Direito, de Carlos Marden Cabral Coutinho e Léa Émile Maciel Jorge de Souza – *RDE* 4/129; e
- Estatuto da Criança e do Adolescente - A proposta de um novo sistema tutelar, de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Luís Roberto Ribeiro Cruz – *RT* 686/310.

03430

1 SUBJETIVIDADE E PROCESSO PENAL: ASSUMINDO A COMPLEXIDADE ÍNSITA À DECISÃO

Subjectivity and criminal procedure: taking the complexity inherent to the decision

THIAGO ALESSANDRO FATTORI

Assessor da Procuradoria da República em São Paulo. Bacharel em Direito pela USP.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Constitucional

RESUMO: No presente trabalho enfrentamos o tema da subjetividade inerente ao procedimento de tomada decisão, notadamente da decisão penal. Nesse sentido, primeiramente, são desconstruídos os dogmas teóricos que dão sustentação à noção da "neutralidade do juiz", em especial, a "verdade real" e a "objetividade racional" para, posteriormente, chegarmos à conclusão parcial, com amparo na denominada "hipótese dos marcadores-somáticos", de que, todo aquele que decide, parte de uma pessoalidade – subjetividade – inafastável.

Nesse contexto, buscamos estabelecer limites a essa subjetividade intrínseca à decisão penal. Para tanto, utilizamos a matéria constitucional dos direitos fundamentais, a partir da leitura proporcionada pela teoria dos princípios, realizada sob o aspecto do princípio da presunção de inocência, visando sofisticar a garantia da motivação, tradicionalmente colocada como limite ao subjetivismo em matéria decisória.

ABSTRACT: In this paper we face the theme of subjectivity inherent in the decision-making procedure, particularly the criminal decision. In this sense, first, the theoretical dogmas that support the notion of "neutrality of the judge" are deconstructed, especially the "real truth" and the "rational objectivity" to, then, get the partial conclusion, based on the terms of the called "somatic markers hypothesis", that whoever decides part of a personality, subjectivity, unremovable.

In this context, we seek to establish limits to the subjectivity inherent in criminal decision. In this way, the study used the constitutional matter of fundamental rights, based on the reading provided by the "theory of principles", held under the aspect of the principle of presumption of innocence, in order to spice up the guarantee of motivation, traditionally placed as a limit to subjectivism in decisions field.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão penal - Neutralidade do juiz - Verdade real - Objetividade racional - Subjetividade - Marcadores-somáticos - Direitos fundamentais - Teoria dos princípios - Presunção de inocência - Motivação.

KEYWORDS: Criminal decision - Neutrality of the judge - The real truth - Rational objectivity - Subjectivity - Somatic markers - Fundamental rights - Theory of principles - The presumption of innocence - Motivation.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O problema da afirmação da "neutralidade do juiz" e seus pressupostos igualmente problemáticos: a dita "verdade real": 2.1 Exposição do problema; 2.2 A afirmada existência de uma "verdade real"; 2.3 Crítica à chamada "verdade real"; 2.4 Teorias sobre a "verdade" aplicáveis ao processo penal; 2.5 A "verdade" possível nos autos; 2.6 Notas conclusivas - 3. O problema da afirmação da "neutralidade do juiz" e seus pressupostos igualmente problemáticos: a afirmada "objetividade racional do juiz": 3.1 Exposição do problema; 3.2 A afirmada existência de uma razão em um sentido cartesiano; 3.3 Crítica à razão cartesiana: a imprescindibilidade da emoção e do sentimento no procedimento de tomada de decisão; 3.4 A decisão penal como ato complexo: a subjetividade inerente a toda decisão; 3.5 Notas conclusivas - 4. O escancaramento dos marcadores-somáticos em decisões e outras manifestações processuais: 4.1 Exposição de propósitos; 4.2 Marcadores-somáticos na sentença: Deus e a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha); 4.3 Marcadores-somáticos na decisão interlocutória: saúde, futebol e homossexualismo; 4.4 Marcadores-somáticos na manifestação do órgão acusador: ladrões, assassinos e reprovação social; 4.5 Marcadores somáticos *pro reo*: nem tão à terra, nem tão ao céu; 4.6 Notas conclusivas: o processo imerso em subjetividade - 5. A consideração da complexidade do procedimento de tomada de decisão no próprio processo penal: a imposição de superior ônus argumentativo para a decisão que restringe direitos fundamentais: 5.1 O abandono dos mitos da "verdade real" e da "objetividade racional" do juiz como ensejo ao aperfeiçoamento da motivação das decisões judiciais; 5.2 A conformação entre subjetividade e motivação operada pelos direitos fundamentais, em especial, a presunção de inocência; 5.3 Motivação vinculada; 5.4 Notas conclusivas: apontamentos *de lege ferenda* - 6. Conclusão - 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em geral,[1] se fossemos chamados a resolver um conflito ou uma disputa qualquer, seja ela a discussão entre vizinhos acerca do barulho emitido por um deles ou o embate entre acusação e defesa nos autos de um processo penal, uma das primeiras questões com a qual nos preocuparíamos seria buscar a neutralidade necessária para solucionarmos a questão. Nesse contexto, jamais admitiríamos propensões ou inclinações pessoais na solução dada ou a dificuldade de se compreender plenamente os fatos que geraram a questão em dispu-

1. Trabalho apresentado originalmente como tese de láurea, requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito pela Universidade de São Paulo, aprovada por banca examinadora, composta pelo professor e orientador do trabalho Maurício Zanoide de Moraes e pela Profa. Marta Cristina Cury Saad Gimenes, no dia 15.10.2012.

ta. Em suma, buscaríamos a posição daquilo que entendemos intuitivamente por um juiz justo, livre de arbitrariedades.

Isso se dá, porque é noção corriqueira e difundida a ideia segundo a qual o magistrado decide apenas sob os auspícios daquilo que lhe é proporcionado pelo seu conhecimento técnico, pela sua cultura jurídica e, no máximo, pela sua formação humanista. Nesse sentido, atribui-se ao juiz a capacidade de se desprender de tudo aquilo que guarda relação com a emoção, a subjetividade ou a pessoalidade e pautar as suas decisões apenas pela razão objetivamente constatável, a "racionalidade objetiva", considerada e alardeada no âmbito do processo penal, ao lado da "verdade real", como atestado inconteste da sua "neutralidade".

Sendo assim, no âmbito do processo penal o "juiz neutro" é considerado como aquele que alcança a "verdade" nos autos do processo, a partir da sua racionalidade depurada da poluidora presença de elementos subjetivos. A sua decisão, dessa maneira, é tratada com a exatidão que se espera de uma operação matemática ou a lógica que se impõe a partir de um silogismo clássico, no qual os fatos, premissa maior, são contrastados com as normas, premissa menor, para se obter a decisão, conclusão.

Assim, observa-se a força persuasiva das expressões "verdade real" e "objetividade racional", dado que intuitivamente somos inclinados a considerar que, se houve um fato criminoso e existem normas jurídicas que o punem, a aplicação destas àquele deve se dar assim que restar demonstrada, racionalmente, a ocorrência de tal fato. Contudo, ao nos aprofundarmos nessas questões encontramos uma série de dificuldades que são inconciliáveis com a noção de "neutralidade do juiz", mormente como noção apta a salvaguardar o justo e afastar arbitrariedades.

Tais dificuldades decorrem, inicialmente, da observação histórica da utilização das ideias de "verdade real" e "racionalidade objetiva", formadoras da "neutralidade do juiz", por aparatos de persecução penal autoritários e, em um segundo momento, da constatação da impossibilidade de se definir de maneira precisa essas expressões. Nesse ponto, passamos a nos questionar até que ponto essas ideias são condizentes com aquilo que intuitivamente entendemos como limites ao arbítrio daquele que detém o poder de decidir.

Diante disso, buscaremos desenvolver esse questionamento em três dos sete itens que formam o presente trabalho. O primeiro deles, após esta Introdução, será voltado à noção de "verdade real", o segundo deles abordará a noção de "objetividade racional" e o terceiro será destinado a uma demonstração empírica das conclusões parcialmente obtidas nos dois capítulos precedentes.

Com relação ao tema da "verdade real", discutiremos as origens profiláticas desse conceito e a perpetuação ou repetição sistemática de sua aplicabilidade ao processo penal. Buscaremos nos centrar, contudo, na análise da (im)possibilidade de seu atingimento nos autos de um processo penal e, mais do que isso, na definição da noção de "verdade" possível a partir daquilo que é exposto nos autos de um processo penal, demonstrando a complexidade de se aferir, no presente, a exata ocorrência de fatos passados.

No tema da "objetividade racional", por sua vez, além de apontarmos a sua origem igualmente profilática, perquiriremos, inicialmente, até que ponto há a possibilidade de se afastar a intercorrência da subjetividade ou da pessoalidade da qual parte todo aquele que decide. A partir de então nos voltaremos para a decisão penal e buscaremos demonstrar a inafastabilidade de um grau mínimo de subjetividade na sua formação, o que confere ao processo penal mais uma nota de complexidade.

Essa demonstração, até o terceiro item da presente tese, dar-se-á apenas no campo teórico, uma vez que é no quarto item que se buscará uma demonstração empírica daquilo que foi preceituado nos dois itens anteriores, mormente a subjetividade inerente à decisão penal defendida no terceiro item. Nesse sentido nos voltaremos para decisões e manifestações processuais colhidas da prática forense, visando apontar a dificuldade de se defender uma "neutralidade" pautada pelos pilares da "verdade real" e, em especial, da "objetividade racional".

Por fim, o quinto e último item terá a hercúlea tarefa de estabelecer parâmetros e direcionar a solução do problema que toma lugar a partir da exposição e das conclusões dos três itens anteriores, a saber, a definição de limites ou freios a uma atuação arbitrária do juiz, já que ele sempre decide pautado por algum grau de subjetividade. Para tanto, será dada ênfase à garantia da motivação, a qual será temperada pela leitura proporcionada pela "teoria dos princípios" da sistemática constitucional aplicável ao processo penal, mormente sob a ótica do princípio da presunção de inocência, o qual será colocado como princípio reitor de toda persecução penal que pretende resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos de intervenções estatais arbitrárias.

2. O PROBLEMA DA AFIRMAÇÃO DA "NEUTRALIDADE DO JUIZ" E SEUS PRESSUPOSTOS IGUALMENTE PROBLEMÁTICOS: A DITA "VERDADE REAL"

2.1 Exposição do problema

Muitos ramos do conhecimento se debruçam sobre as mais variadas questões envolvendo a verdade, procurando defini-la, delimitá-la ou mesmo refutá-la. No que importa especificamente ao direito processual penal, tais questões

muitas vezes colocam-se entre os extremos de afirmar a verdade como fim precípuo e atingível da jurisdição penal ou de negar de modo veemente a possibilidade da atividade jurisdicional chegar a qualquer verdade que não seja uma verdade consensual, forjada.[2] Dentre essas posições, destaca-se a formulação, pretensamente didática, segundo a qual o processo civil, destinado à solução de conflitos entre particulares, preocupa-se com a verdade formal, ao passo que o processo penal, por envolver questões e conflitos de ordem pública, dedica-se à obtenção da verdade material.[3]

"Verdade material", "verdade real", "verdade objetiva" e "verdade histórica" são todas expressões tradicionalmente utilizadas para designar a possibilidade de se chegar a um conhecimento absoluto da verdade no processo penal e, portanto, a impossibilidade de se renunciar a esse conhecimento.[4] Assim, constata-se que a "verdade real" consiste em um dos principais pilares sobre os quais se edifica a afirmada "neutralidade do juiz", uma vez que, se ela existe e é atingível, o juiz, através de sua racionalidade objetiva, irá alcança-la. Nesses termos, afirma-se a existência de uma *aletheia* ou "verdade absoluta", concepção apta, no entanto, a servir aos propósitos daquele que dispõe do poder de determinar o seu significado.[5]

Nesse ponto encontra-se o papel deste item 2 frente a ora presente tese, uma vez que destacaremos a impossibilidade de se obter uma "verdade absoluta" através do processo penal e demonstraremos a utilização do mito da "verdade real" para atender a interesses persecutórios e autoritários, compondo com a afirmada "racionalidade objetiva" do juiz uma roupagem de pretensa legitimidade desses interesses. Nesse sentido, pontuaremos a complexidade inerente à reconstrução dos fatos a serem apreciados pelo juiz, compreendido em um paradoxo temporal ínsito à atividade jurisdicional, que impossibilita a obtenção de uma "verdade real".[6]

---

2. GUZMÁN, Nicolas. *La verdade en el proceso penal: uma contribuición a la epistemologia jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. p. 56-59.
3. Essa formulação é destacada de maneira crítica em diversos autores, dentre os quais podemos citar, a título de exemplo: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 47-50; GUZMÁN, Nicolas, op. cit., p. 31-37.
4. GUZMÁN, Nicolas, op. cit., p. 31.
5. *Aletheia* é o termo grego que pode ser traduzido como "própria realidade" ou "qualidade própria das coisas". KHALED JR., Salah. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 30.
6. A impossibilidade de uma perfeita verificação de fatos passados no presente é destacada por alguns autores, dentre os quais merecem destaque: LOPES JR., Aury. *Direito*

Buscaremos, portanto, determinar qual a "verdade" que se pode aspirar em um processo penal garantista, ou seja, em um processo penal informado pelo conjunto de garantias constitucionais e legais que são a expressão da dignidade humana contra a arbitrariedade da autoridade ou do poder instituído,[7] o que somente é possível em um modelo acusatório, no qual as funções de acusar e julgar encontram-se em órgãos autônomos e independentes.

2.2 A afirmada existência de uma "verdade real"

Em uma primeira aproximação com o tema da verdade no processo penal, facilmente nos é incutida a ideia de que o processo é o meio apto à obtenção da verdade dos fatos ou "verdade fática", bem como à determinação da "verdade jurídica".[8] Ora, se determinado fato ocorreu uma só vez e tal fato foi levado ao conhecimento do órgão ou ente competente para julgá-lo, nada mais intuitivo do que a conclusão de que a "verdade absoluta" referente ao fato em questão deve ser alcançada, para que se revele a única decisão possível, que é aquela pautada nas normas que o regulam.

Destaca-se, portanto, que, em um primeiro momento, na antiguidade clássica, a verdade acerca dos fatos a serem julgados foi considerada não só atingível, como passou a ser ponderada como o limite contra eventuais arbitrariedades do poder competente para julgá-los.[9] Nesse sentido, acreditava-se que uma vez existindo a "verdade absoluta", tornar-se-ia possível fazer prova dessa verdade,

---

processual penal e sua conformidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 521; KHALED JR., Salah, op. cit., p. 183-194.

7. Ao nos referirmos a "garantismo penal" estaremos simplesmente destacando um processo penal que garanta os direitos individuais frente ao poder punitivo estatal, ao passo que ao nos referirmos a "teoria do garantismo" estaremos fazendo referência à teoria do garantismo penal levada a cabo por L. Ferrajoli em *Direito e razão*... cit.

8. Fez-se aqui menção à "verdade jurídica" para asseverar importante distinção entre "verdade jurídica" e "verdade fática" elaborada por L. Ferrajoli, uma vez que ela esclarece a diferença de verificação de cada uma dessas "verdades". Em síntese, enquanto a "verdade fática" é verificada a partir de suas consequências, rastros ou signos, a "verdade jurídica" é verificada em um procedimento classificatório, de subsunção dos fatos à norma. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 50-52. Destaca-se, no entanto, que o objeto do presente capítulo se concentra nos limites da chamada "verdade fática", ao passo que aquilo que se preceitua como "verdade jurídica" será melhor explorado no item 3 infra, subitem 3.2 e 3.3.

9. S. Khaled Jr. afirma que a *aletheia* surgiu como uma conquista dos cidadãos gregos face ao autoritarismo. KHALED JR., Salah, op. cit., p. 37.

bem como, provar a sua inexistência e impedir a perpetuação de equívocos ou arbitrariedades do poder julgador.

Dessa maneira, passa-se a adotar a teoria da correspondência como orientadora da verdade no processo. Essa noção de "verdade" é bem antiga e remonta, mais precisamente, o pensamento helênico, podendo ser postulado como verdadeiro, segundo essa teoria, simplesmente dizer que "o que é, é, e o que não é, não é".[10]

Demonstrado, portanto, o caráter intuitivo dessa noção de "verdade real", o próximo passo é esclarecer a razão para o processo penal estar historicamente ligado a uma verdade "mais material e consistente" e a menos limites na atividade de sua busca.[11] Nesse ponto, é forçoso destacar a passagem histórica da instrumentalização da "verdade real" como limite ao poder arbitrário, para sua utilização como ferramenta que serve aos propósitos desse poder.

Conforme destacado acima, a *aletheia* ou "verdade real", inicialmente, vinculava-se a ideais eminentemente democráticos e ligava-se à noção de prova, de demonstração dos eventos através de provas. A verdade postulada nesses termos, portanto, surgiu no âmbito judiciário como verdadeiro antídoto contra a manifestação de toda e qualquer arbitrariedade.[12]

Ocorre, no entanto, que em dado momento histórico o Estado passou a considerar-se o encarregado de buscar a verdade e a não admitir interferências em suas intenções persecutórias. Tal momento histórico coincide com a confusão, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar. Assim, o que era um antídoto passou a ser ministrado em doses exageradas e transformou-se em um veneno.[13]

Com o advento da Inquisição e a transformação da "verdade real" em dogma, a persecução arbitrária chegou a níveis sem precedentes, a ponto de se intitular o modelo de persecução penal, fruto da atuação do juiz como parte, investigando, dirigindo, acusando e julgando, como "modelo inquisitório". Tal modelo é pautado pela existência de respostas *a priori* e passa a refletir uma ânsia por condenações, que muitas vezes são de ordem moral e dogmática, fugindo a qualquer preceito jurídico.[14]

---

10. N. Guzmán destaca esse significado de "verdade" como correspondência ao real já em Aristóteles. GUZMÁN, Nicolas, op. cit., p. 41.
11. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 272.
12. KHALED JR., Salah, op. cit., p. 38.
13. Idem, ibidem.
14. KHALED JR., Salah, op. cit., p. 49.

Ressalta-se, portanto, que o modelo inquisitório acabou por distorcer a "verdade real", uma vez que a verdade por ele obtida não se aproxima da correspondência ao real, mas sim da mera reprodução das convicções pessoais do inquisidor. Em outros termos, o modelo inquisitório, apesar de afirmar a busca pela "verdade real", acaba produzindo uma "verdade" com baixíssimo teor de correspondência ao real.[15]

Foi a partir desse contexto que começaram a ser desenvolvidas teorias e correntes de pensamento iluministas, pautadas na limitação do poder estatal, chegando alguns pensadores e estudiosos do processo penal a destacar que a verdade obtida nos autos de um processo penal era, na realidade, uma verdade consensual,[16] formando os extremos do correspondencialismo e do consensualismo, destacados acima, que margeiam a discussão acerca da "verdade" obtida no processo penal.

Deixando essa questão acerca das possíveis teorias de verdade um pouco de lado e pensando no juízo penal como um saber-poder, uma combinação de conhecimento e decisão,[17] observamos que o modelo inquisitório não só se fundamenta no poder, como se retroalimenta dele. Assim, voltando-se para tal modelo é possível vislumbrar, mais do que um conjunto de técnicas normativas e de práticas processuais, uma verdadeira epistemologia penal específica, a epistemologia inquisitiva ou antigarantista.[18]

Nos termos de tal epistemologia inquisitiva, o objeto de conhecimento e tratamento penal não é apenas o crime, enquanto tipo formal e abstratamente previsto em lei, mas o próprio desvio criminalizado, em si mesmo considerado imoral e antissocial, e a pessoa do delinquente, cujo delito é apenas uma das possíveis demonstrações da sua maldade e da sua antissociabilidade, mas não a única. Ou seja, a principal e primeira característica da epistemologia antigarantista é o denominado "substancialismo penal", em que a legalidade é flexibilizada através de expressões porosas e indeterminadas, como "lesividade social", "ofensa aos bons costumes", dentre outras, o que resulta na possibilidade de manipulação dessas expressões e em uma aproximação entre direito e

15. Idem, ibidem.

16. GUZMÁN, Nicolas, op. cit., p. 56-59.

17. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 48-50.

18. A terminologia utilizada nesse parágrafo foi baseada na epistemologia inquisitiva proposta por L. Ferrajoli. Assim, para não se perder o objeto deste capítulo, apenas foram suscintamente elencados os conceitos desenvolvidos pelo referido autor. Para um melhor conhecimento da epistemologia inquisitiva, faz-se necessário consultar: FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 44 e ss.

moral. Sendo assim, tem-se um "cognitivismo ético" através do qual é possível moldar um tipo de sujeito ou autor, apontando-o como delinquente, a partir de um ponto de vista estritamente ético.[19]

Dessa maneira, como decorrência, o juízo de aplicação da pena assume um caráter potestativo, não cognitivo, pontuando o aspecto complementar da epistemologia antigarantista. Por outras palavras, o inquisidor pauta-se no poder e leva a aplicação da pena a ser o fruto de um "decisionismo processual", não do conhecimento proporcionado pela análise das provas dos fatos. Daí a definição de um subjetivismo inquisitivo, através do qual será determinado não só a pessoa do delinquente, como a "verdade" íntima do julgador, passando-se a diluir a estrita jurisdicionalidade, que, de um juízo de fato, passa a manifestar o caráter subjetivo de um juízo de valor levado a cabo pelo inquisidor.[20]

Realizada, portanto, essa breve síntese da origem e do desenvolvimento da noção ou premissa da "verdade real", bem como o início da análise das consequências de tal desenvolvimento, cabe-nos passar, então, à crítica subjacente à ideia de "verdade real", em especial a crítica levada a cabo nos termos de um direito processual penal pautado por garantias assecuratórias dos direitos individuais contra o arbítrio do poder estatal e um modelo de persecução penal nos moldes acusatórios.

2.3 Crítica à chamada "verdade real"

Desde já queremos destacar que a maior dificuldade encontrada na noção de "verdade real", razão pela qual tal noção forma as bases de um sistema processual penal inquisitório, é a sua completa inexistência. Essa afirmação baseia-se na constatação de um insuperável paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, no qual um juiz julga no presente um fato ocorrido em um passado distante, com base em provas colhidas em um passado próximo, projetando, assim, efeitos para o futuro.[21]

Nesses termos, o fato apreciado pelo julgador jamais será real, posto que ele ignora, inicialmente, tal fato e apenas poderá ter contato, posteriormente, com seus rastros e vestígios. Assim, entre aquele que aprecia rastros e vestí-

19. Idem, p. 44-46.

20. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 46-47.

21. Conforme mencionado acima, vários são os autores que tratam desse problema, mas destacamos que a terminologia empregada aqui foi aquela desenvolvida por A. Lopes Jr. em algumas de suas obras, em especial: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., p. 521.

gios do fato e o próprio fato coloca-se um obstáculo temporal insuperável, o que impede de se falar em "verdade real" no processo penal. O juiz julga, portanto, um fato acontecido, histórico ou não atual, a partir de seus vestígios e rastros.[22]

Esses rastros e vestígios, por sua vez, são "marcas da passeidade", ou seja, são elementos que rompem a barreira imposta entre o que "é" e o que "foi", viabilizando uma investigação, ainda que limitada e incompleta, sobre o passado. No entanto, além de lacunoso, o rastro ou vestígio, como marca de passeidade, é atenuado ao longo do tempo, podendo desaparecer.[23] Observa-se, portanto, que o juiz não possui uma tarefa simples, como pode parecer à primeira vista, ao buscar reconstruir no presente, fatos passados.

Nesse ponto, é conhecida a comparação entre os ofícios do juiz e do historiador.[24] Devido ao núcleo histórico do saber da atividade jurisdicional, o juiz, assim como o historiador, possui como função precípua de sua atividade profissional cotidiana a verificação de fatos ocorridos no passado. Ambos os profissionais destacados, portanto, debruçam-se sobre vestígios e rastros de fatos passados, jamais havendo contato direto com tais fatos.[25]

A grande diferença, no entanto, que afasta os ofícios do juiz e do historiador consubstancia-se na dimensão do poder, presente na atividade jurisdicional, mas ausente na atividade profissional do historiador, que só possui a dimensão do saber.[26] Assim, enquanto o historiador pode ter as suas conclusões sujeitas à correção ou autocorreção frente às críticas e refutações da comunidade de historiadores, o juiz, por ser investido de um saber-poder, não possui a mesma possibilidade de corrigir ou alterar a sua decisão. Dessa maneira, observa-se que o juiz possui competência constitucional e infraconstitucional para apreciar os rastros e vestígios a ele apresentados e decidir, a partir deles, com exclusividade, de modo que, salvo o contraditório que precede a sentença e o duplo grau de jurisdição, a sua conclusão não pode ser refutada por hipóteses mais

22. KHALED JR., Salah, op. cit., p. 214-227.

23. Idem, p. 201.

24. Essa comparação encontra-se formulada inicialmente por Carnelutti, mas podemos vislumbrar o seu aprofundamento na obra de S. Khaled Jr., que além da formação jurídica também possui formação de historiador. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 62-63; KHALED JR., Salah, op. cit., p. 176-182.

25. Nesse sentido, sustenta-se que, a rigor, não existe razão para a conhecida classificação das provas entre provas diretas e indiretas, uma vez toda a investigação judicial é realizada de maneira indireta. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., p. 522-523.

26. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 62-63.

adequadas, sendo sua decisão, ao fim do processo, revestida da autoridade da coisa julgada.[27]

Nesse ponto, embora seja objeto de itens ulteriores,[28] podemos destacar que, em razão dos rastros e vestígios apresentados ao juiz serem lacunosos, faz-se necessária a completude de uma hipótese acerca de como o fato ocorreu e essa completude só será obtida através de uma reconstrução subjetiva desse fato.[29] Aqui as profissões do historiador e do juiz voltam a se aproximar, uma vez que ambos necessitam, em maior ou menor grau, realizar uma reconstrução subjetiva dos fatos, uma vez que ambos enfrentam o problema da incompletude.

Além disso, observa-se desde já que quando se busca provas da existência de um fato através de seus vestígios e rastros, procura-se, na realidade, comprovar a verdade não do próprio fato, o qual não pode ser predicado em termos de "verdadeiro" ou "falso", posto que fatos existem ou não existem, mas se procura, isso sim, comprovar a verdade de um enunciado, o qual, por sua vez, afirma a existência de um fato e pode ser formulado em termos de "verdadeiro" ou "falso". Assim, o *thema probandum* do processo é um enunciado, não um fato, sendo possível apenas afirmar a veracidade de um enunciado, jamais de um fato.[30] Pontua-se, assim, mais um elemento de distanciamento entre "verdade" e "fato" que demonstra o absurdo da própria expressão "verdade real".

Diante dessas constatações, podemos dizer, apesar da ousadia da afirmação, que a "verdade" não existe.[31] Não há, portanto, como sustentar uma tese pura-

27. Observa-se que além do duplo grau de jurisdição, outra exceção específica à impossibilidade de alteração ou correção da decisão proferida pelo juiz, capaz de vencer até a autoridade da coisa julgada, consiste na revisão criminal, que não foi citada no corpo do texto por se tratar de situação excepcional. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 58-59.

28. Cf. item 3, subitem 3.4.

29. Novamente aqui, são vários os autores que desenvolvem a noção de reconstrução subjetiva dos fatos, sendo que podemos citar dentre eles: FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 58-61; LOPES JR., Aury. *Introdução crítica...* cit., p. 281.

30. GUZMÁN, Nicolas, op. cit., p. 18.

31. O que não quer dizer que a "verdade" não possa ser pensada como um ideal conscientemente inatingível, conforme destacaremos em breve no desenvolvimento da ideia de "verdade aproximativa". FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 50-52. Nesse ponto, é digno de nota uma curiosidade: em minha primeira aula no curso de graduação, deparei-me com a frase escrita na lousa, em letras garrafais, "a verdade não existe", passados cinco anos concluo a graduação afirmando a veracidade da mesma frase em minha monografia.

mente correspondencialista de verdade, pelo menos no que tange à correspondência entre o enunciado ou a pretensão acusatória e os fatos.

Dessa maneira, a partir do momento em que mentes autoritárias notaram a impossibilidade de se chegar a uma "verdade real", aquilo que surgiu como limite ao poder punitivo do Estado,[32] logo passou a fundamentar as mais severas arbitrariedades, dado o apelo intuitivo e emocional ancorado na noção de verdade, "verdade material", "verdade absoluta", "verdade histórica" ou "verdade real", e a sua manipulabilidade.

Atualmente, no entanto, mesmo com a demonstração da insustentabilidade da ideia de "verdade real", a sua superação encontra entraves, uma vez que assumir a inexistência da *aletheia* significa abandonar o seguro, o cômodo e o familiar, para admitir a insegurança, a incerteza e o risco, inerentes à atividade jurisdicional.[33] Faz-se necessário, a despeito disso, assumir a complexidade ínsita à reconstrução dos fatos apreciados pelo juiz e estabelecer qual o conhecimento possível ou alcançável no âmbito da atividade jurisdicional, em especial da atividade jurisdicional penal. Nesse contexto, devemos sempre visar a maximização da dimensão "saber" da atividade jurisdicional, em detrimento da sua dimensão "poder".

Passaremos, portanto, a analisar brevemente as teorias sobre a verdade aplicáveis ao processo penal, para, em seguida, destacar a concepção de verdade mais adequada a um processo penal garantista, ou seja, que respeita a esfera de direitos fundamentais do imputado, ancorado em um modelo acusatório.

2.4 Teorias sobre a "verdade" aplicáveis ao processo penal

De início, observa-se que não se pretende aqui, de maneira alguma, ser minudente ou exaustivo, mas apenas destacar as teorias mais importantes e que ganham maior destaque nos trabalhos que se voltam ao problema da verdade na atividade jurisdicional. Serão sumariamente descritas, portanto, as "teorias correspondencialistas", a "teoria do pragmatismo", a "teoria da coerência" e a "teoria consensualista".

Conforme destacado acima, a "teoria da correspondência", formulada em seus termos originais, afirmava a perfeita adequação dos enunciados aos objetos ou fatos a que se referem. Assim, foi classificada como ingênua, uma vez que passou a se considerar que a verdade é produzida em um contexto, o qual inevitavelmente relativiza a sua condição de verdade.[34]

---

32. Cf. nota 8.

33. KHALED JR., Salah, op. cit., p. 106-119.

34. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 42-44; GUZMÁN, Nicolas, op. cit., p. 48.

A partir de então, outras teorias passaram a ser formuladas com a finalidade de buscar o mais adequado conceito de "verdade", bem como houve a sofisticação da "teoria da correspondência".

Uma das primeiras teorias que buscou uma definição alternativa de "verdade" foi a "teoria da coerência". Segundo essa teoria, a "verdade" consiste na relação de coerência entre um conjunto de crenças.[35] No entanto, logo se percebeu que a coerência entre enunciados não necessariamente demonstra a sua verdade e, nesse sentido, passou-se a considerar a coerência apenas como um critério de aceitabilidade da verdade, uma vez que ela não é suficiente para se afirmar a "verdade".[36]

Outra teoria que buscou definir a verdade em outros termos foi a "teoria do pragmatismo", segundo a qual a "verdade" de um enunciado está condicionada ao seu favorecimento na persecução de um objetivo, aproximando as noções de "verdade" e "utilidade".[37] Taxada de vaga e arbitrária essa teoria, na realidade, apenas apresenta um outro critério de verificação da verdade.[38]

A última corrente completamente divergente dessas últimas três que pontuamos é o "consensualismo". Segundo a "teoria consensualista" a "verdade" de uma proposição é definida em um processo argumentativo e pressupõe um consenso fundado sobre o que ela diz.[39] A dificuldade encontrada por essa teoria, portanto, é a sua utilização para legitimar como verdade qualquer consentimento formalmente correto.[40]

Voltando à teoria da correspondência, portanto, tendo em vista as críticas a ela dirigida, construiu-se a "concepção semântica" de verdade, pautada na metalinguagem, segundo a qual a veracidade do nome metalinguístico de um enunciado está condicionada ao próprio enunciado. Em outras palavras, um enunciado "'P' é verdadeiro se, e somente se, 'p'", onde "P" é o nome do enunciado e "p" é o enunciado em si mesmo.[41]

---

35. GUZMÁN, Nicolas, op. cit., p. 43-48.
36. Idem, p. 44.
37. Idem, p. 45-48.
38. Idem, p. 47.
39. Idem, p. 57-59;
40. Idem, p. 58.
41. L. Ferrajoli baseia-se na obra de A. Tarski, *La consepción semántoca de la verdad y los fundamentos de la semántica*, para apresentar a concepção semântica da verdade processual como "correspondência", que abordamos neste trabalho. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 50-52; GUZMÁN, Nicolas, op. cit., p. 52-55.

Desse modo, a concepção semântica de verdade limita-se a indicar as condições de uso do termo "verdadeiro", atrelando-o essencialmente ao enunciado e evitando a confusão entre "verdade", seu significado, e os seus critérios de comprovação, confusão essa presente em todas as outras definições aqui destacadas. Evita-se, assim, falar em "verdade" em termos de coerência, utilidade ou correspondência entre fato e enunciado, o que resulta tradicional na formulação das garantias penais e processuais.[42]

No entanto, tal teoria refere-se apenas a essa condição de utilização da palavra "verdadeiro", atrelando-a apenas a enunciados e não aos fatos propriamente ditos, não contribuindo em nada para a comprovação da relação entre o enunciado e a sua referência, ou seja, os fatos que enuncia. Em outras palavras, a "teoria semântica da verdade" em nada contribui para a solução do nosso problema na determinação do conhecimento atingível através da atividade jurisdicional, mas contribui imensamente para a recolocação do nosso problema.[43]

Nesse sentido, ao se vislumbrar a possibilidade de utilização do termo "verdadeiro" em um sentido de correspondência metalinguística dos enunciados, torna-se possível falar na investigação judicial como busca da "verdade" em torno dos fatos mencionados no processo e usar os termos "verdadeiro" e "falso" para designar a conformidade ou desconformidade dos enunciados elaborados a respeito de tais fatos.[44] Assim, pode-se falar em "verdadeiro" e "falso" no processo penal, mas apenas com relação aos enunciados que afirmam a existência de um fato determinado como criminoso, o que demonstra a necessidade de se definir outro conceito para se referir à comparação entre o enunciado que afirma a existência de um fato e o fato propriamente dito.

Feitas essas breves considerações, cabe-nos buscar desenvolver esse outro conceito de "verdade" e analisar o saber ou conhecimento possível no âmbito do processo penal.

2.5 A "verdade" possível nos autos

Como se pode concluir pelo que foi exposto até aqui, dependendo da noção de "verdade" empregada no processo penal é possível definir o grau de

42. Na realidade, conforme destacado acima, as noções de coerência, utilidade e "correspondência real" em nada diminuem a incerteza da definição de "verdade", pelo contrário, aumentam-na, tornando o conceito de "verdade" manipulável por interesses arbitrários.

43. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 52.

44. Idem, ibidem.

comprometimento com as dimensões do "saber" ou do "poder" da atividade jurisdicional, cumprindo-nos delimitar a noção de "verdade" que contribui para a maximização do conhecimento e a minimização do poder no processo penal. Destaca-se, nesses termos, que se, por um lado, uma justiça penal "com verdade absoluta" é inatingível, por outro lado, uma justiça penal "sem qualquer verdade" seria equivalente a um sistema de arbitrariedades, fazendo-se necessária a adoção de um significado para a utilização do termo "verdadeiro" no âmbito de um processo penal comprometido com as garantias de limitação do poder punitivo estatal.

Conforme descrito acima, a concepção semântica da verdade, ao afastar os enunciados dos fatos propriamente ditos, demonstrou que a noção de "verdadeiro" e "falso" apenas pode se vincular ao enunciado, que, por sua vez, afirma a existência de um fato. Trata-se, portanto, de um primeiro passo na desconstrução do mito da "verdade real" atrelada aos fatos, mas resta-nos ainda a indagação acerca de até que ponto pode-se verificar (provar) a ocorrência de um fato para se atribuir o predicado de "verdadeiro" a um enunciado que afirma a existência de tal fato.

De início, para solucionar essa questão devemos considerar que, a despeito da impossibilidade de se chegar à afirmada "verdade real", sendo impossível a perfeita correspondência entre fatos e enunciados, isso não significa que ela não possa servir de ideal conscientemente inatingível, mas imaginável. Em outras palavras, embora não exista a perfeita correspondência entre o enunciado que afirma a existência de um fato e o próprio fato, podemos buscar reconstruir tal fato dentro do processo, almejando o máximo dessa correspondência. Para tanto, contudo, precisamos estar conscientes de que chegaremos, no limite, a uma "verdade aproximativa", limitada ao que sabemos, conhecemos, nos autos.[45]

Assim, a "verdade" que podemos vislumbrar nos autos de um processo penal não se obtém a partir de perquirições inquisitivas alheias ao objeto processual, mas está condicionada ao respeito dos procedimentos legais e das garantias processuais e penais. Tal "verdade", portanto, é mais controlada em seu método de aquisição e, além disso, possui um conteúdo informativo inevitavelmente mais reduzido do que qualquer hipotética "verdade real".[46]

Nesse sentido, quatro são os limites destacados na formulação de uma "verdade" no âmbito do processo penal:[47] o primeiro deles pontua que o enunciado

45. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 52-54

46. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 274.

47. FERRAJOLI, Luigi, p. 47-48.

ou preceito acusatório sempre deverá ser previsto nos termos de uma norma penal ou processual penal preexistente; o segundo deles aponta para a necessidade dos fatos afirmados como existentes serem corroborados por provas colhidas através de técnicas previstas em normas preexistentes; o terceiro deles destaca a inestimável função do contraditório, o qual deverá tornar possível a oposição à "verdade" da pretensão acusatória; o quarto deles, por fim, homenageia a presunção de inocência e vem no sentido de atribuir falsidade a todo e qualquer enunciado, cujos fatos afirmados como existentes não tenham sido satisfatoriamente provados, dentro das normas rituais preestabelecidas.

Portanto, o campo do saber ou conhecimento no âmbito da jurisdição penal é limitado tanto por elementos extrínsecos, como o temporal, quanto por elementos intrínsecos, como as garantias penais e processuais, e, por isso, é capaz de produzir apenas uma "verdade" como *veritas* ou verossimilhança, ou seja, uma "verdade" assumidamente mais restrita, mas desprovida de qualquer pretensão de infalibilidade e, portanto, se assim entendida, isenta de distorções autoritárias.[48]

Outro fator de limitação da *veritas* processual é o subjetivismo inerente a toda reconstrução de fatos do passado no presente, limitação essa que, de tão importante para a finalidade do presente trabalho, será analisada em item próprio,[49] mas que merece mais esta breve menção.

Ressalta-se, por fim, que só faz sentido se falar em "verdade aproximativa", *veritas* ou verossimilhança e no respeito a garantias de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder estatal em um processo penal forjado em um modelo acusatório, em que as funções, absolutamente incompatíveis e psicologicamente inseparáveis, de acusar e julgar são realizadas por órgãos independentes e autônomos. Em outras palavras, cada modelo de persecução penal está intimamente atrelada a um tipo de "verdade", o modelo inquisitório, conforme destacado acima, está atrelado à noção de "verdade real" ao passo que o modelo acusatório pressupõe uma "verdade aproximativa".[50]

2.6 Notas conclusivas

A partir daquilo que foi exposto no presente capítulo, podemos concluir que, ao se afirmar a existência de uma noção tão vaga como a "verdade real",

48. KHALED JR., Salah, op. cit., p. 33.

49. Cf. item 3, subitem 3.4.

50. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 48.

cria-se a oportunidade para a perpetuação de arbitrariedades daquele que dispõe do poder para preencher o seu significado. Em outras palavras, afirmar a "verdade real" como o fim precípuo do processo penal, significa atribuir ao juiz o poder de definir tal "verdade" e buscá-la a qualquer custo.[51]

Nesse sentido, faz-se necessário desconstruir o mito da existência da "verdade real", através da constatação daquilo que foi chamado de paradoxo temporal ínsito à atividade jurisdicional e da imprecisão de se afirmar a "verdade" de fatos, uma vez que fatos apenas existem ou não existem. Assim, torna-se possível reconhecer que a partir do enunciado ou da pretensão acusatória, identifica-se a afirmação da existência de um fato e, a partir das provas (vestígios ou rastros) e contraprovas apresentadas, o órgão julgador opera uma reconstrução de fatos passados no presente.

Dessa maneira, a adoção de uma "verdade aproximativa" ou verossimilhança, a partir das teorias sobre a "verdade" aplicáveis ao processo penal, possibilita a elaboração da noção de uma "verdade" no âmbito de um processo penal limitador de inclinações autoritárias, em um modelo acusatório de persecução penal. Nesses termos, portanto, ao rechaçarmos o mito da "verdade real" e adotarmos a noção de "verdade aproximativa", *veritas*, ou verossimilhança, desconstruímos um dos pilares sobre o qual se sustenta a "neutralidade do juiz" para introduzimos uma das bases sobre as quais formularemos a afirmação da subjetividade que inevitavelmente afeta qualquer ato de tomada de decisão.

3. O PROBLEMA DA AFIRMAÇÃO DA "NEUTRALIDADE DO JUIZ" E SEUS PRESSUPOSTOS IGUALMENTE PROBLEMÁTICOS: A AFIRMADA "OBJETIVIDADE RACIONAL DO JUIZ"

3.1 Exposição do problema

Costuma-se caracterizar didaticamente a decisão judicial como um simples silogismo, produto de um jogo lógico, no qual há o confrontamento de premissas, normas jurídicas e fatos, e a extração das conclusões, decisão.[52] As-

51. Nesse ponto, destaca-se o absurdo de se falar em poderes instrutórios do juiz no âmbito do processo penal, uma vez que, se a "verdade real" não existe, a única razão para se conferir poderes instrutórios ao juiz é a reaproximação das funções de acusar e julgar, insustentável em um processo penal acusatório, inserido no âmbito de um Estado Democrático de Direito. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica...* cit., p. 281.

52. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. 1. ed., 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 175.

sim, paralelamente ao mito da "verdade real", desvelado no capítulo anterior, coloca-se essa "objetividade racional" no processo penal, como preceito plenamente alcançável e necessário para a configuração da chamada "neutralidade do juiz".

Dessa maneira, muitas vezes a decisão, notadamente a decisão penal, é representada como o resultado de uma operação, tão somente, racional do julgador. Nesse sentido, o juiz seria capaz de, através da sua racionalidade, destacar-se daquela realidade em que está envolto e observar os fatos a ele apresentados de maneira panorâmica, prolatando uma decisão neutra.[53]

Importa-nos neste terceiro item, portanto, desconstruir a racionalidade cartesiana sobre a qual se edificou esse preceito da "objetividade racional do juiz", demonstrando a sua operacionalização em persecuções inquisitoriais, em que, sob um pretenso absoluto desinteresse pela causa, o julgador apenas condenaria o acusado por racionalmente constatar o cometimento de um crime, "verdade real" provada nos autos. Para tanto, devemos nos atentar para a existência de uma carga mínima de subjetividade em toda e qualquer decisão, em especial na decisão penal, à qual está irreversivelmente sujeito todo aquele que decide.

3.2 A afirmada existência de uma razão em um sentido cartesiano

Visando o estabelecimento de um modelo exato e universal para a condução do pensamento humano, René Descartes propôs, em meados do século XVII, a completa separação entre o que denominou de "alma" ou "eu" e qualquer "lugar" ou "coisa material". Para tanto, divulgou em diversas obras, mas em especial em conhecida obra escrita em francês (*O discurso do método* – 1637), para uma maior penetração de suas ideias,[54] que a única essência do "ser", que o caracterizaria e demonstraria a sua existência, consistiria no "pensar",

---

53. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica...* cit., p. 263-266.

54. Era costume, à época, publicar os ensaios e escritos acadêmicos em latim, sendo os demais idiomas afastados, tidos como vulgares. No entanto, Descartes estava preocupado em estabelecer um método universal de obtenção do conhecimento, da "verdade", através da razão. Dessa maneira, escreveu no idioma de seu país, ressalvando: "E se escrevo em francês que é a língua de meu país, e não em latim, que é a língua dos meus preceptores, é porque espero que aqueles que se servem apenas de sua razão natural inteiramente pura julgarão melhor as minhas opiniões do que aqueles que não acreditam senão nos livros. E quanto aos que unem o bom senso ao estudo, os únicos que desejo para meus juízes, não serão de modo algum, tenho certeza, tão parciais em favor do latim que recusem ouvir minhas razões, porque as explico em língua vulgar". DESCARTES, René. *Discurso do método – Para bem conduzir a própria*

independentemente de qualquer meio físico ou corpo, resultando na célebre máxima "penso, logo existo".[55]

Nesses termos, a partir de tal formulação passou-se a desenvolver na história do pensamento ocidental um fenômeno que podemos denominar de "autoridade da razão", segundo a qual as decisões sensatas advêm de uma "cabeça fria", imune a qualquer sentimento ou emoção, que, inclusive, são considerados como "poluidores" da decisão racional. Em outras palavras, operou-se a completa separação entre razão e emoção, colocadas em oposição conceitual inconciliável.[56]

Observamos, portanto, que a exatidão matemática proposta pelo método cartesiano eleva a razão, quase sacralizada, ao passo que desprestigia a emoção, indesejada e hostilizada, no processo de tomada de decisão. Assim, essa noção dualista com a qual Descartes separa a mente do corpo, a razão da emoção, continua a influenciar as ciências e as humanidades do mundo ocidental, havendo variantes modernas de tal noção, como a ideia de que mente e cérebro (corpo) estão relacionados, mas apenas no sentido da mente ser o programa (*software*), que ocorre em uma parte do *hardware* chamado cérebro.[57]

Não por outro motivo, podemos constatar a utilização das regras metodológicas estabelecidas por Descartes no longínquo século XVII, que basicamente pretendem orientar aquele que faz uso do método, através da razão, a uma certeza ou ausência de dúvida,[58] em explicações atuais do procedimento de tomada de decisão. Assim, a tomada de decisão, sob uma perspectiva que podemos denominar como hipótese da "razão nobre", levaria em conta as decisões e os diferentes cenários de consequências possíveis, a partir de todos os preceitos existentes, e efetuaria uma análise de custo/benefício relacionando decisão e consequência, que, ao final, revelaria a decisão racionalmente correta ou mais idônea.

Transportando essa explicação para o direito processual penal, obteríamos a ideia de que o juiz, de maneira equidistante e equilibrada, analisaria os fatos

---

razão e procurar a verdade nas ciências. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Jr. 5. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991. p. 71.

55. Idem, p. 46-47.

56. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes – Emoção, razão e cérebro humano*. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 2. ed., 3. reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2009. p. 11-12.

57. Idem, p. 278.

58. Idem, p. 37-40.

apresentados a ele nos autos e cotejaria todas as decisões possíveis a partir de tais fatos para chegar à decisão que mais se adequa a eles. No entanto, tratando-se a decisão penal de uma decisão judicial, não só a questão fática costuma ser abordada por juristas através da concepção cartesiana de método, mas também as denominadas "questões de direito" são abordadas muitas vezes a partir da perspectiva da existência de um caminho racional para alcançar o conhecimento e a demonstração de uma verdade, neste caso, "verdade jurídica".[59]

Assim, defende-se muitas vezes que a interpretação do direito é um ato de conhecimento, jamais de vontade, e resolve-se em proposições de falso e verdadeiro. É por isso que se colocam as diversas maneiras de se interpretar o direito, mormente o direito positivo, como "métodos de interpretação", os quais são apontados como caminhos neutros que levam à "verdade jurídica".[60]

Daí a prática destacada acima de se ensinar a decisão penal como um verdadeiro silogismo, fruto de uma rígida e inescapável lógica formal, através da qual a "verdade real" ou "verdade fática" é confrontada com a "verdade jurídica", ambas obtidas através do método cartesiano, para a conclusão pela única consequência jurídica racionalmente possível.

3.3 Crítica à razão cartesiana: a imprescindibilidade da emoção e do sentimento no procedimento de tomada de decisão

É conhecida no meio acadêmico e consiste em trabalho de leitura obrigatória dos cursos de graduação em psicologia e em ciências médicas a desmistificação da chamada "razão nobre" levada a cabo pelo neurologista e pesquisador português António Damásio.[61] A partir da análise de uma série de casos históricos e de pesquisas realizadas com seus pacientes, Damásio buscou estabelecer relação, inclusive em termos dos sistemas formados por várias unidades cerebrais descritas pela neurobiologia,[62] entre raciocínio/decisão e emoção/sentimento, mais do que isso, entre mente e corpo.

Para tanto, em contraposição à hipótese da "razão nobre" é desenvolvida a hipótese do "marcador-somático" para a explicação do procedimento de tomada de decisão, através da qual se preceitua que antes de qualquer análise de

59. BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 14.

60. Idem, ibidem.

61. DAMÁSIO, António R., op. cit.

62. Idem, p. 95-105.

custo/benefício das decisões possíveis, e antes de se raciocinar com a finalidade de solucionar o problema colocado diante de nós, sucede algo importante conosco, o que é completamente negligenciado ou propositalmente omitido pelos defensores de uma razão cartesiana.

Esse "algo" consiste em uma sensação desagradável ou gratificante, selecionada ao longo da nossa experiência de vida pelas nossas emoções e sentimentos, sensação essa que surge quando um mal ou bom resultado é atrelado a uma dada opção de resposta ao problema estabelecido, fixando-se o que Damásio convencionou denominar de "marcador-somático". Nesse sentido, observa-se que a expressão "marcador-somático" é cunhada a partir das noções de corpo (*soma* em grego) e de "marca" ou "imagem", representando aquilo que é registrado em nosso cérebro a partir das nossas experiências sensoriais.[63]

Nesses termos, o marcador-somático funciona como uma espécie de limitador de alternativas das decisões possíveis. Ou seja, emoções e sentimentos são ligados, pela aprendizagem, a resultados futuros previstos a partir de determinados cenários de decisão possíveis e, quando um marcador-somático negativo é justaposto a um determinado resultado futuro, essa combinação é repulsiva, ao passo que, quando um marcador-somático positivo é justaposto a outro resultado futuro, a decisão atrelada a este resultado é incentivada.[64] Assim, as possibilidades de decisão sofrem uma filtragem, um saneamento, no qual as decisões ensejadoras de um marcador-somático negativo são eliminadas e as decisões marcadas por um marcador-somático positivo são colocadas em destaque, e só a partir de então é que há uma análise de custo/benefício, tida como racional, das decisões que restaram.

Destarte, é analisando esse complexo procedimento de tomada de decisão que se evidencia o afirmado "erro de Descartes" consubstanciado na máxima "penso, logo existo", uma vez que através de tal frase Descartes separou definitivamente as operações mais refinadas da mente ou da razão, para um lado, da estrutura e funcionamento do organismo biológico, para outro.[65] Contudo, tanto do ponto de vista da evolução das espécies, quanto do ponto de vista do

63. Na verdade, essa é a explicação da hipótese do "marcador somático" suficiente para os propósitos do presente trabalho. Contudo, o estudo neurobiológico empreendido por Damásio, com a finalidade de determinar a fixação de imagens ou marcas cerebrais a partir de emoções e sentimentos, envolve a discussão de temas mais afeitos às ciências biológicas como, estímulos neurais, regulação biológica, comportamento visceral, dentre outros, desenvolvidos nos capítulos 4 a 7 de sua obra.

64. DAMÁSIO, António R., op. cit., p. 206.

65. Idem, p. 280.

crescimento e desenvolvimento de um determinado ser humano, essa ideia não se sustenta.

Evolutivamente, antes mesmo do aparecimento da humanidade, os seres já eram seres e, em um momento da evolução, surgiu uma consciência rudimentar, da qual surgiu uma mente simples, para culminar em uma mente mais complexa, capaz de pensar, organizar as ideias e usar linguagens para se comunicar. Em outras palavras, primeiro veio a existência, para só então surgir o pensamento. Já em termos de evolução pessoal de um determinado ser humano, primeiro se vem ao mundo, para só então se desenvolver e criar capacidades cognitivas. Ou seja, "existimos e depois pensamos e só pensamos na medida em que existimos, visto o pensamento ser, na verdade, causado por estruturas e operações do ser".[66]

Dessa maneira, vislumbra-se a existência de uma "mente verdadeiramente incorporada", ou de um "conhecimento incorporado em representações dispositivas", que é evidenciada a partir da análise do procedimento de tomada de decisão acima destacado, uma vez que reações e impressões do organismo são plasmados em emoções e sentimentos, os quais, por sua vez, influem e orientam a posterior tomada de decisão. Destaca-se, contudo, que não se objetiva com as conclusões ora apresentadas renunciar ou negar a existência de níveis mais refinados da mente e da razão, que podem e devem operar a partir dessa pré-seleção realizada pela emoção e pelos sentimentos, mas sim destacar a complexidade, a singularidade e, muitas vezes, a vulnerabilidade que estão atreladas ao procedimento de tomada de decisão.[67]

3.4 A decisão penal como ato complexo: a subjetividade inerente a toda decisão

Diante da constatação da atuação imprescindível da emoção e dos sentimentos na tomada de toda decisão, torna-se insustentável qualquer formulação que pretenda afirmar a "objetividade racional" do juiz no ato de julgar. O julgador, como ser humano, está sempre sujeito, não só à sua formação jurídica, mas também aos seus valores éticos e políticos, às suas crenças religiosas, ao seu caráter, ao seu temperamento, aos interesses de grupos com os quais se identifica, enfim, a toda e qualquer nota de subjetividade inerente ao homem.[68]

---

66. Idem, p. 279.

67. Idem, p. 282-283.

68. Vários são os autores que se referem a essa questão no campo do direito processual penal, dentre os quais podemos destacar: BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 41; FERRA-

Não se quer com isso afirmar que o juiz é parcial de maneira propositada, intencional, mas sim destacar que o julgador está mergulhado em uma subjetividade que o impõe uma parcialidade involuntária e, por mais que se esforce para ser objetivo, jamais conseguirá se livrar do contexto e das circunstâncias em que atuam a suas inclinações, as suas emoções, os seus sentimentos.[69] Assim, não é por acaso que a palavra "sentença", decisão por excelência, possui a mesma raiz latina que a palavra "sentir", transmitindo-se a noção de que o juiz primeiramente sente, para só então declarar o que sente.[70]

Além disso, ou seja, da pessoalidade de que parte o juiz para a tomada de decisão, observa-se que não só a subjetividade do julgador delimita e influencia a sua decisão, mas a subjetividade ou parcialidade dos demais agentes ou sujeitos que atuam no processo também operam nesse sentido. Dessa maneira, cada parte apresenta uma versão dos fatos debatidos, as testemunhas estão sujeitas aos seus próprios esquecimentos e às suas próprias imprecisões e mesmo a prova pericial submete-se a opiniões técnicas que podem ser controvertidas.[71]

JOLI, Luigi, op. cit., p. 58; LOPES JR., Aury. *Introdução crítica...* cit., p. 286. Além disso, nesse tema, Piero Calamandrei, eminente processualista civil, nos brinda com uma elucidativa anedota na qual descreve que, após o falecimento de certo advogado, seus herdeiros encontraram junto aos seus pertences pessoais um caderninho amarelado, que continha a anotação da ficha biográfica de todos os magistrados da sua cidade juntamente com as suas respectivas preferências pessoais, das mais banais, como o barbeiro ou o time de futebol da sua predileção, até as mais reveladoras, como os livros que esses magistrados costumavam comprar, sendo grafado na capa de tal registro o título de "os caminhos". CALAMANDREI, Pietro, op. cit., p. 26-27.

69. BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 41.

70. Novamente, nesse ponto, há mais de um autor que destaca a origem terminológica da palavra "sentença", sendo os autores consultados para este trabalho: BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 7; CALAMANDREI, Pietro, op. cit., p. 177; LOPES JR., Aury. *Introdução crítica...* cit., p. 286.

71. CALAMANDREI, Pietro, op. cit., p. 18-19. No que se refere especificamente ao problema dos limites de apreensão, memória e reprodução daquele que testemunha há interessante desenvolvimento em KHALED JR., Salah, op. cit., p. 227-241. Ademais, nesse tema é célebre a experiência levada a cabo pelo memorável Prof. Sergio de Moraes Pitombo, recorrentemente lembrada por professores como Mauricio Zanoide de Moraes, Antonio Magalhães Gomes Filho, Marta Saad Gimenez, Flávio Luiz Yarshell, dentre outros, em suas aulas sobre prova testemunhal no curso de graduação em direito da Universidade de São Paulo, experiência na qual foi combinada uma cena imprevista entre alguns alunos e o Prof. Pitombo, a qual deveria ocorrer perante a classe, em meio a uma aula, sem prévio aviso dos demais estudantes. Realizada a cena, foi pedido para que os alunos que a testemunharam relatassem, por escrito, aquilo que

Em outras palavras, antes do julgador analisar os fatos a ele apresentados para prolatar a sua decisão, a própria apresentação de tais fatos é fruto de uma atividade probatória não isenta das partes. Há, portanto, um natural desencontro de interesses e de posturas que pautam a atividade probatória e, por mais que se privilegie o contraditório, sempre haverá duas ou mais versões igualmente verossímeis para o caso *sub judice*.[72] Isso tudo agravado por um processo penal em que seus sujeitos se manifestam por escrito, na maioria das oportunidades, o que dificulta a capacidade de expressão e compreensão recíprocas.[73]

Sendo assim, nesse ponto é que se vislumbra com maior destaque a ocorrência de uma reconstrução subjetiva dos fatos no âmbito do processo penal, uma vez que tal subjetividade não só é fruto da complementação de lacunas existentes entre determinados rastros e vestígios apresentados como prova[74] ou de uma apreciação dos fatos a partir da pessoalidade que caracteriza o juiz, mas também de uma filtragem tendencial dos rastros e vestígios apresentados pelas partes ao julgador, que são colocados, concatenados e argumentados visando o seu convencimento. Nesses termos, vislumbra-se também que, se a decisão acerca da ocorrência ou não de um fato, ou de qual a versão de sua narrativa que deve prevalecer, suscita tantos influxos de subjetividade, há uma razão ínsita para se cogitar a existência de tais influxos na interpretação jurídica das normas aplicáveis a tal fato ou, em outros termos, quais as consequências jurídicas desse fato.

Na verdade, dada a menor flexibilidade com que se opera a interpretação no direito penal, tendo em vista os princípios da legalidade e da reserva legal, a reconstrução subjetiva dos fatos visa, muitas vezes, moldá-los aos preceitos normativos. Para tanto, parte-se do livre convencimento motivado, através do qual o julgador realiza a valoração das provas, tendo em vista a sua reconstrução subjetiva dos fatos, com a finalidade de operar a subsunção dos fatos

---

teriam visto. Como resultado, houve uma enorme divergência entre os relatos, muitas vezes divergências inconciliáveis, referentes ao número de pessoas envolvidas, à cor da roupa dessas pessoas e ao papel de cada uma na cena.

72. BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 53-54.

73. Como nos adverte o poeta Mário Quintana: "A gente pensa em uma coisa, acaba escrevendo outra e o leitor entende uma terceira coisa... e, enquanto se passa tudo isso, a coisa propriamente dita começa a desconfiar que não foi propriamente dita". QUINTANA, Mário. *Caderno H*. Porto Alegre: Globo, 2006. p. 156.

74. Cf. item 2, subitem 2.2.

obtidos por esse mecanismo à norma.[75] Trata-se de uma leitura *sub specie juris* da realidade apresentada, que muitas vezes a simplifica ou a distorce.[76]

No entanto, ainda assim, enxerga-se a utilização de alguns supracitados mecanismos de interpretação, denominados "métodos de interpretação", no âmbito do direito penal, e tais mecanismos também recebem o influxo da destacada carga mínima de subjetividade do julgador. Contudo, pela própria denominação "método de interpretação", no entanto, já se observa a tentativa de atribuir lastros de objetividade também à definição da questão jurídica debatida nos autos de um processo penal.

Tem-se nessa expressão, conforme pontuado acima, a noção de método cartesiano que postula o alcance da verdade e do convencimento através de um caminho racional. Sendo assim, ter-se-ia a falsa impressão de que o raciocínio jurídico é permeado, desde a sua concepção até o seu resultado, apenas pela formação jurídica do juiz. Contudo, havendo uma subjetividade inerente a todo e qualquer raciocínio ou decisão nos termos acima explicitados, a definição do direto na decisão penal também é pautada por preconcepções políticas, ideológicas, culturais, religiosas, dentre outras que compõe o patamar mínimo de pessoalidade de que parte qualquer julgador.

Demonstração inequívoca desse entendimento consiste na observação de que, enquanto as ciências naturais, que ainda postulam também o seu método nos moldes cartesianos, prezam pela unidade e coerência do seu método e não admitem o sincretismo metodológico, na atividade jurídica, muitas vezes, são adotados mais de um método de interpretação simultaneamente. Nessas ciências naturais, inclusive, a adoção de outro método é alcançada apenas quando é reconhecido um avanço científico. Assim, constata-se que tais métodos de interpretação ou teorias jurídicas, na realidade, operam ao sabor de valores e conceitos pré-determinados pela subjetividade do julgador.[77]

Mais pertinente seria, portanto, a concepção de "método" como "modo ordenado de proceder para alcançar um resultado determinado".[78] Somente nesses termos é possível conciliar a expressão "métodos de interpretação" com a atividade de interpretação jurídica realizada pelo juiz.

Já com relação à expressão "interpretação", por sua vez, observa-se que ela não pode significar a pura e simples operação através da qual se determina o

75. BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 51.

76. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 60.

77. BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 39-40.

78. Idem, p. 19.

exato sentido de uma norma ou ato normativo, mas a criação ou a recriação do sentido de dada norma jurídica a partir do caso concreto. Cuida-se, portanto, da outra dimensão da leitura da realidade *sub specie juris*, na qual não mais o direito molda os fatos, mas, ao contrário, estes é que determinam aquele.[79]

Logo, a despeito do princípio da legalidade fixar a tendência da leitura dos fatos a partir da norma jurídica, inegável é a ocorrência de um movimento contrário, no qual a norma jurídica possui seu significado extraído a partir dos fatos, sendo ambas as dimensões desse fenômeno resultado de uma interpretação permeada pela inafastável carga mínima de subjetividade do julgador.

Assim, podemos afirmar que há subjetividade tangenciando todo o processo penal, desde a escolha e veiculação das provas destinadas ao convencimento do juiz até a sua final reconstrução subjetiva dos fatos e a definição do sentido da norma aplicável ao caso concreto. Em outras palavras, a decisão penal possui a complexidade atrelada a toda decisão e, portanto, é imprescindível a admissão e consideração dessa complexidade no âmbito do próprio processo penal, uma vez que a sua omissão apenas serve, ao lado da noção de "verdade real", a interesses autoritários e persecutórios, dando ensejo a um processo penal que desrespeita a proteção e garantia de direitos fundamentais do imputado.

3.5 Notas conclusivas

A inexistência de uma "objetividade racional" do juiz, nos termos aqui formulados, assim como a inexistência de uma "verdade real", conforme postulado no capítulo anterior, abala os principais pilares sobre os quais se edifica a afirmação de uma "neutralidade do juiz". Desse modo, a constatação da impossibilidade de se chegar, através de uma "razão nobre", à "verdade real" do caso presente nos autos impede qualquer manuseio da noção de "neutralidade do juiz" para a perpetuação de arbitrariedades em um processo penal inquisitório.

Não se pode olvidar, contudo, que, assim como a "verdade real", o mito da "objetividade racional do juiz", na sua origem, também foi inserido ingenuamente no processo penal, neste caso por pensadores ilustrados, como Beccaria, com a finalidade de limitar persecuções penais desarrazoadas ou infundadas.[80] No entanto, a percepção aguçada de alguns inquisidores passou a utilizar tal mito para conferir uma roupagem de objetividade a decisões, mais do que subjetivas, arbitrárias.

---

79. Idem, p. 10.

80. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 58.

Não por outro motivo, portanto, devemos reconhecer a complexidade atrelada a toda decisão, em especial, à decisão penal, recordando a nós próprios a sujeição de nossos juízos, tidos como objetivos e racionais, à complexidade, fragilidade e vulnerabilidade que nos caracterizam.[81] Nesse sentido, devemos reconhecer a humanidade que caracteriza o julgador, o que implica em desmistificar a infalibilidade com a qual buscam definir a sua atuação no processo, desmistificação essa apenas possível em um sistema verdadeiramente acusatório e garantidor da esfera de proteção proporcionada ao indivíduo pelos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ao se desvincular o juiz da função de acusar ou de perquirir a alegada "verdade real", instrumentalizada a partir de uma suposta "objetividade racional", permite-se observar a complexidade inerente ao embate entre acusação e defesa, o qual na origem é desigual, mas deve ser contrabalanceado através de garantias conferidas ao acusado. Em outras palavras, apenas em um processo penal acusatório e constitucional é possível assumir toda a complexidade ínsita à decisão penal, reconhecendo-se a falibilidade da decisão e demonstrando-se a necessidade de uma série de cautelas na sua definição.

Resta-nos, portanto, superado por inteiro o mito da "neutralidade do juiz", perquirir quais são essas cautelas, mecanismos ou garantias, necessários para que se obtenha um processo penal capaz de lidar com a verossimilhança dos fatos provados nos autos e com a subjetividade ínsita à decisão. Não sem antes, contudo, apreciar algumas decisões e manifestações em processos judiciais que demonstram de forma mais clara a hipótese do marcador-somático aqui desenvolvida.

4. O ESCANCARAMENTO DOS MARCADORES-SOMÁTICOS EM DECISÕES E OUTRAS MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS

4.1 Exposição de propósitos

No item anterior, expusemos a noção de "marcador-somático" e desenvolvemos a ideia de um conteúdo mínimo de subjetividade do qual parte qualquer ser humano exposto à situação de tomada de decisão, para, posteriormente, apontarmos a subjetividade inerente à apreciação dos fatos e à decisão no âmbito de um processo jurisdicional, em especial do processo penal.

Para tanto, nos socorremos da teorização e da formulação abstrata da hipótese de ocorrência de influxos subjetivos permeando praticamente todos os

81. DAMÁSIO, António R., op. cit., p. 383.

atos processuais. Dessa maneira, faz-se necessária a demonstração da efetiva atuação de marcadores-somáticos em atos processuais reais praticados em processos jurisdicionais existentes, conferindo um colorido àquilo que foi esboçado até aqui.

Nesse sentido, destaca-se que a supracitada pretensão de "objetividade racional" que se busca conferir às decisões e manifestações processuais dificulta a explicitação dos conteúdos subjetivos dos quais parte o sujeito da relação processual que pratica o ato processual, mais especificamente do juiz que prolata a sua decisão. Sendo assim, destacaremos algumas decisões e manifestações paradigmáticas em que, a despeito da roupagem jurídica na qual buscaram se envolver, não houve maior zelo e, muitas vezes, causaram perplexidade na comunidade jurídica, sendo objeto da divulgação midiática e da circulação de seu conteúdo entre os profissionais e operadores do direito.

Assim, o presente item 4 possui a importância de apresentar, na prática forense, a hipótese do marcador-somático, através da exposição de atos processuais que revelam a mais nítida subjetividade da qual partem aqueles que os praticaram, exemplificando o que foi abstrata e teoricamente formulado nos capítulos precedentes. Sendo assim, buscar-se-á privilegiar a citação direta dos trechos mais ilustrativos de decisões e manifestações processuais da mais variada natureza.

4.2 Marcadores-somáticos na sentença: Deus e a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)

Desde a sua promulgação, a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, suscitou alguns questionamentos, em especial com relação à sua inconstitucionalidade ou à inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos. Em geral, tal questionamento se cingia ao cotejo da Lei em questão com alguns preceitos constitucionais, como a igualdade, a menor intervenção do Estado em âmbito íntimo e familiar, dentre outros.

No entanto, a decisão proferida pelo juiz de direito de Sete Lagoas/MG, em 12.02.2007,[82] buscou um fundamento a mais para afirmar tal inconstitucionalidade. Para o magistrado em questão, a Lei apreciada feriria o desequilíbrio natural, imposto por Deus, entre homens e mulheres.

Sendo assim, destaca tal juiz o seguinte entendimento:

---

82. Minas Gerais. Juízo de Sete Lagoas. Processo 222.942-8/06, j. 12.02.2007, Juiz Edílson Rumbelsperger Rodrigues. Disponível em: [www.sbdp.org.br/arquivos/material/439_CNJdecisesde1ae2ainstncias.pdf]. Acesso em: 29.06.2012.

"A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher – todos nós sabemos – mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem. Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse:

'(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)'

Já esta lei diz que aos homens não é dado o direito de 'controlar as ações (e) comportamentos (...)' de sua mulher (art. 7.°, inciso II). Ora! Que o 'dominar' não seja um 'você deixa?', mas ao menos um 'o que você acha?'. Isto porque o que parece ser não é o que efetivamente é, não parecia ser [*sic*]. Por causa da maldade do 'bicho' Homem, a Verdade foi então por ele interpretada segundo as suas maldades e sobreveio o caos, culminando – na relação entre homem e mulher, que domina o mundo – nesta preconceituosa lei.

(...)

O mundo é masculino! A ideia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! À própria Maria – inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como 'advogada' nossa diante do Tribunal Divino) — Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas cada uma em seu devido lugar: 'que tenho contigo, mulher!?'."

Esses trechos destacados, assim como outros que poderiam ser igualmente selecionados, demonstram o verdadeiro preceito formador da convicção do magistrado, expondo de maneira nítida aquilo que o motivou a decidir pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha. Assim, por mais que posteriormente tenham sido apontados argumentos de ponderação entre princípios constitucionais, como de fato ocorreu, foi plasmada na própria decisão ora apreciada sua motivação subjetiva.

Ou seja, em que pese a utilização do argumento da desigualdade de tratamento fixada pela Lei, o raciocínio exposto ao longo da fundamentação da sentença demonstra que, na visão do juiz de direito em questão, não haveria problemas no estabelecimento de desigualdades que beneficiassem os homens, em detrimento das mulheres, sendo o argumento da lesão à isonomia mera roupagem jurídica conferida à subjetividade expressamente demonstrada na decisão. É nítido, portanto, a influência da formação e devoção religiosa do magistrado na limitação e seleção das decisões possíveis, em poucas palavras, é evidente o marcador-somático condicionante dessa decisão.

4.3 Marcadores-somáticos na decisão interlocutória: saúde, futebol e homossexualismo

Conforme destacado no item anterior, não só a sentença propriamente dita é palco de influxos de subjetividade, mas todo o processo de tomada de decisão

está imerso no contexto de pessoalidade que forma aquele que decide. Sendo assim, as chamadas decisões interlocutórias, proferidas pelo magistrado no decorrer do processo jurisdicional, também sofrem a influência da atuação dos marcadores-somáticos, como buscaremos demonstrar através de duas decisões dessa natureza, uma proferida no âmbito de um juízo cível e a outra, de um juízo criminal.

A primeira delas foi proferida pelo Juiz de Direito da 7.ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, em 26.07.2001,[83] e consiste no indeferimento de antecipação de tutela pleiteada por portadores de Aids, a qual buscava a concessão de medicamentos novos à época, únicos capazes de minorar as sequelas da moléstia e conferir uma sobrevida ao portador da doença. Para fundamentar sua decisão denegatória, em um primeiro momento o magistrado em questão buscou afastar o chamado *fumus boni iuris* com respaldo em argumentos afeitos à reserva do possível, afirmando que, a despeito da previsão legal genérica do fornecimento de medicamentos, caberia ao Ministério da Saúde e aos demais gestores do Sistema Único de Saúde (SUS), órgãos com recursos escassos e limitados, a definição dos medicamentos apropriados para cada estágio da doença em questão.

Contudo, ao final da decisão, momento em que foi apreciado o *periculum in mora*, foram explicitados os motivos mais íntimos de tal indeferimento. Assim pontuou o referido juiz:

"Por outro lado não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Todos somos mortais. Mais dia menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus, isto não pode ser tido por dano."

Vislumbra-se nesse trecho a razão que pauta a argumentação jurídica do magistrado. Trata-se da visão segundo a qual os portadores de Aids agiram "por seu mérito próprio" e, segundo esse entendimento, devem arcar com as consequências de seus atos. Nesses termos, nota-se a irremediável influência da opinião pessoal do juiz, que condiciona toda a decisão e a sua fundamentação.

A segunda decisão interlocutória a que nos referimos, por sua vez, consiste em um não recebimento de queixa-crime proposta por um jogador de futebol em meados de 2007, por injúria proferida contra a sua suposta opção sexual.

---

83. Processo 968/2001, 7.ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, j. 26.07.2001, Juiz Antonio Carlos Ferraz Miller. Disponível em [www.conjur.com.br/2001-out-19/juiz_morte_aidetico_nao_dano_irreparavel]. Acesso em: 29.06.2012.

Ao analisar a queixa-crime em questão, em 05.07.2007, o Juiz de Direito da 9.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo baseou toda a sua decisão em entendimentos próprios a respeito do futebol e, mais precisamente, daqueles que o podem praticar.[84]

Dessa maneira, postulou o magistrado:

"(...) Futebol é jogo viril, varonil, não homossexual. (...)

Esta situação, incomum, do mundo moderno, precisa ser rebatida...

Quem se recorda da "Copa do Mundo de 1970", quem viu o escrete de ouro jogando (Félix, Carlos Alberto, Brito, Everaldo e Piazza; Clodoaldo e Gérson; Jairzinho, Pelé, Tostão e Rivelino), jamais conceberia um ídolo seu homossexual.

(...)

Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelejar contra si.

(...)

O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal..."

O que se observa nesses excertos destacados, portanto, é o declínio da opinião do magistrado acerca do tema debatido, o que mais se assemelha a argumentos dados em uma conversa informal, do que à fundamentação de uma decisão judicial. Assim, o que chama atenção nessa decisão é a completa exposição dos seus marcadores-somáticos condicionantes, chegando-se a uma situação de ausência de fundamentação propriamente dita, ocorrendo apenas a mera defesa de um ponto de vista próprio a respeito da prática de futebol por homossexuais.

Não por outro motivo, encerrou-se a decisão em questão com os seguintes dizeres:

"Precisa, a propósito, estrofe popular, que consagra:

'Cada um na sua área,

Cada macaco no seu galho,

84. Processo 936/2007, 9.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, j. 05.07.2007, Juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso_richarlysson.pdf]. Acesso em: 29.07.2012.

Cada galho em seu terreiro,

Cada rei em seu baralho.'

É assim que penso... e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo!"

4.4 Marcadores-somáticos na manifestação do órgão acusador: ladrões, assassinos e reprovação social

Além da influência dos marcadores-somáticos em toda decisão proferida nos autos, não só na sentença, foi destacado ainda no item precedente que a subjetividade permeia não só a atuação do juiz, mas também a atuação dos demais sujeitos processuais, os quais buscam influir, cada qual a sua maneira, na formação do convencimento do juiz. Destarte, é imperioso apontar a existência dessa expressão dos marcadores-somáticos, mormente em manifestações e denúncias propostas pelo Ministério Público, titular exclusivo da legitimidade para propor ações penais de iniciativa pública.

Para tanto, destacaremos trechos de um pedido de arquivamento e do pedido de prisão preventiva constante na cota de uma denúncia, manifestações nas quais os membros do *Parquet* demonstraram as suas impressões pessoais acerca dos crimes apurados nos autos das suas respectivas investigações policiais. A primeira delas, o pedido de arquivamento, demonstra em maior grau a subjetividade a ela atrelada. Já a segunda delas, o pedido de prisão preventiva, busca demonstrar o máximo afastamento possível da influência da subjetividade no pedido, mas são cometidos deslizes nos quais se deixa entrever tal subjetividade.

No referido pedido de arquivamento o 1.º Promotor de Justiça do 5.º Tribunal do Júri de São Paulo analisou em 24.03.2011 o caso de um policial à paisana que desferiu tiros em dois assaltantes, os quais tentaram roubar o veículo desse policial, verdadeiramente uma viatura policial descaracterizada, o que resultou na morte de um dos assaltantes.[85] Sobre o caso, expôs o promotor:

"Com efeito, a dinâmica dos fatos aqui estudados leva à conclusão que o presente caderno investigatório somente foi distribuído para este Tribunal do Júri em razão de ter Antônio (...), para fortuna da sociedade, sido morto.

85. Ministério Público Estadual, Tribunal do Júri da Capital. Manifestação no Inquérito Policial 887/2010 em 24.03.2011, 1.º Promotor de Justiça do 5.º Tribunal do Júri da Capital, Rogério Leão Zagallo. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/976892-promotor-aconselha-policial-a-melhorar-mira-para-matar-ladrao.shtml]. Acesso em: 29.06.2012.

No entanto, no tocante a este crime, entendo ser caso de arquivamento, eis que o agente teria obrado sob o manto da legítima defesa, causa excludente de ilicitude.

Quando Marcos (...) recebeu voz de assalto emitida pelos agentes, saiu do carro em que estava e deu ordem de parada aos assaltantes e recebeu tiros, mas em revide, contra eles atirou, matando, infelizmente, somente Antônio. O agente, portanto, matou um fauno que objetivava cometer um assalto contra ele, agindo absolutamente dentro da lei.

Ressalvo que, para desgosto dos defensores dos direitos humanos de plantão, não há dúvidas da tipificação da causa de exclusão da ilicitude em comento.

Assim, o caso comporta o arquivamento quanto ao crime doloso contra a vida praticado pelo policial civil Marcos (...) contra Antônio (...).

Nesse passo, anoto ainda que não é pertinente que a lei puna cidadãos que, no exercício do legítimo direito de defesa, atuem na repressão da criminalidade, sobretudo diante de caso desse jaez, em que se vislumbra nitidamente a excludente de antijuridicidade em tela.

Bandido que dá tiro para matar tem que tomar tiro para morrer. Lamento todavia, que tenha sido apenas um dos rapinantes enviado para o inferno. Fica aqui o conselho a Marcos (...): melhore sua mira..."

Diante dessa exposição de motivos para o pedido de arquivamento, observa-se a recorrência de, basicamente, dois argumentos intrinsecamente ligados um ao outro. Um deles, de natureza subjetiva, expõe o que pensa e entende o promotor, como pessoa, acerca dos fatos narrados. Já o segundo deles, de natureza jurídica, busca atribuir objetividade a esse entendimento, formulando-se a tese jurídica da exclusão de antijuridicidade. Ou seja, demonstra-se nessa manifestação, de forma clara e evidente, o conteúdo de subjetividade do qual parte todo aquele que atua no processo, uma vez que todo e qualquer ser humano está sempre ligado às suas inclinações pessoais, emoções e sentimentos.

No que se refere ao pedido de prisão preventiva acima mencionado, houve a sua formulação na cota de denúncia por suposto homicídio seguido de ocultação de cadáver oferecida em 19.06.2012 pelo 4.º Promotor de Justiça oficiante na 5.º Vara do Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo, segundo a qual uma esposa matou, esquartejou e livrou-se dos despojos do próprio marido.[86] Diante da gravidade do crime narrado, buscou-se sustentar o pedido de

86. Denúncia e cota no Inquérito Policial 1.496/2012 em 19.06.2012, 5.ª Vara do Júri da Capital, 4.º Promotor de Justiça da 5.ª Vara do Júri da Capital, José Carlos Cosenzo.

prisão preventiva através da narrativa minuciosa do *iter criminis* e, em meio a tal narrativa, o promotor em questão passou a expressar as suas impressões a respeito do crime e da acusada nos seguintes termos:

"Depois, ainda foi a outro shopping, onde adquiriu uma bolsa que é objeto de desejo da mulherada, sem remorso, sem sofrimento. Era o tempo passar, não ser incriminada e ficar rica, com a filha. Dançou!

Fez um monte de bobagens, digna de bandidos sem escrúpulos, mas sem qualificação."

Tal excerto revela, mais uma vez, assim como os outros até aqui destacados, a exposição dos motivos mais íntimos que levaram o seu subscritor a pleitear ou decidir ou se manifestar desta ou daquela maneira. No caso em questão, a despeito de em outras passagens serem pontuados argumentos mais técnico-jurídicos, como a demonstração do *periculum libertatis* da imputada para a conveniência da instrução criminal, restou puramente demonstrado o caráter predominante de um argumento subjetivo, de um marcador-somático determinante, que ligou de plano a brutalidade do crime praticado à necessidade de uma prisão preventiva.

4.5 *Marcadores somáticos* pro reo*: nem tão à terra, nem tão ao céu*

Todas as decisões e manifestações processuais acima destacadas, de uma forma ou de outra, são exemplos da atuação de marcadores-somáticos no sentido de prejudicarem aqueles que estão sujeitos a esses atos processuais, em especial o réu na ação penal. Isso porque, observa-se que na maioria das vezes, conforme foi amplamente destacado nos capítulos precedentes, o conteúdo de subjetividade intrínseco a toda decisão humana é ocultado para atender a interesses persecutórios.

No entanto, encontra-se na prática forense exemplos da motivação explícita de decisões na expressão das convicções pessoais do julgador, cuja finalidade precípua consiste em favorecer o réu. Dentre essas decisões, buscaremos destacar duas, sendo que em uma delas a manifestação dos marcadores-somáticos orientadores da decisão se dá de maneira mais velada, quase imperceptível, mas na outra há uma completa explicitação desses marcadores-somáticos.

A primeira decisão foi proferida pela Juíza Federal da 9.ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo em 03.05.2012 e versa sobre o su-

---

Disponível em: [http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/06/19/elize_matsunaga.pdf]. Acesso em: 29.06.2012.

posto crime de incitação à discriminação ou ao preconceito de origem nacional praticado por uma jovem, através da publicação de conteúdo depreciando nordestinos em uma rede social.[87] Argumentou-se ao longo de toda a decisão a inevitável comprovação do crime e de sua autoria, apontando-se as provas trazidas aos autos, mas é visível a preocupação da magistrada em preservar a imagem da jovem da grande repercussão midiática negativa gerada pela sua conduta e, até, compensá-la por isso.

Nesse sentido, pontuou a magistrada:

"O que se pode perceber é que a acusada não tinha previsão quanto à repercussão que a sua mensagem poderia ter. Contudo, tal não exclui o dolo.

(...)

Mayara pode não ser preconceituosa; aliás, acredita-se que não o seja. O problema é que fez um comentário preconceituoso. Naquele momento a acusada imputou o insucesso eleitoral (sob a ótica do seu voto) a pessoas de uma determinada origem.

A palavra tem grande poder, externando um pensamento ou um sentimento e produz muito efeito, como se vê no caso em tela, em milhares de mensagens que ecoaram a frase da acusada.

(...)

Concluo que não se trata de nesta sede julgar a pessoa de Mayara; trata-se de julgar um fato por ela praticado. Assim, o fato de ela não ser preconceituosa, não exclui o dolo.

(...) Mayara não incutiu ideias preconceituosas nas pessoas, mas trouxe à tona o tema que gerou tantos comentários agressivos, supracitados."

Nesses termos, a magistrada buscou refutar as teses da defesa, mas sempre pontuando e demonstrando uma espécie de empatia e solidariedade pelo sofrimento oriundo das consequências dos atos praticados pela acusada. Sendo assim, no momento da dosimetria da pena, mais especificamente na fixação da pena-base, asseverou a juíza:

"Reconheço que as consequências do crime foram graves socialmente, dada a repercussão que o fato teve nas redes sociais e na mídia.

Todavia, ao mesmo tempo, houve consequências especialmente graves para a própria Mayara, que perdeu seu emprego, abandonou a faculdade, até hoje

87. Processo 0012786-89.2010.403.61.81, 9.ª Vara Federal Criminal de São Paulo, j. 03.05.2012, Juíza Federal Mônica Aparecida Bonavina Camargo. Disponível em: [www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120516preconceitomayara.pdf]. Acesso em: 29.06.2012.

tem medo de dizer o nome da empresa na qual trabalha e que lhe abriu as portas, viveu seis meses reclusa em sua casa, com medo de sair à rua, situações extremamente difíceis e graves para uma jovem da sua idade.

Note-se que milhares de pessoas escreveram e escrevem mensagens de conteúdo criminoso, como se verifica nos autos em apenso, e Mayara não pode ser punida por todas, motivo por que descabe a chamada 'pena exemplar'.

Assim, diante da punição moral de fato a que Mayara foi submetida, e também pelas restrições que a acusada se impôs a si mesma, como isolamento por seis meses, por analogia ao disposto no art. 121, § 5.º, do CP, considerando que as consequências da infração também atingiram a própria acusada de forma tão grave que se recomenda punição minorada, fixo a pena-base abaixo do mínimo legal, em um ano e nove meses de reclusão."

Tem-se, portanto, a criação de uma causa de diminuição da pena por analogia, tomando-se por base um dispositivo previsto para crimes dolosos contra a vida, para se obter a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. Não há como não reconhecer, dessa maneira, a influência de um conteúdo mínimo de subjetividade, do qual partiu a magistrada para a argumentação e construção da analogia *in bonam partem* em questão.

A segunda decisão que demonstra a atuação de marcadores-somáticos na sua determinação a favor do réu, por sua vez, consiste em uma decisão de relaxamento de prisão em flagrante de duas pessoas presas por furtar duas melancias, proferida pelo Juiz de Direito da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, em 05.09.2003.[88] Tal decisão, em verdade, demonstra a preocupação e o comprometimento do magistrado em questão apenas com as suas inclinações pessoais, sendo meramente declinado um rol exemplificativo de fundamentos e motivos que poderiam embasar a sua decisão.

Assim manifestou-se o juiz no caso ora tratado:

"Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão.

Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima,

88. Tocantins, Processo 124/2003, 3.ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, j. 05.09.2003, Juiz Dr. Rafael Gonçalves de Paula. Disponível em: [www.conjur.com.br/2004-abr-02/juiz_manda_soltar_homens_acusados_roubar_melancia]. Acesso em: 29.06.2012.

os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional).

Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém.

Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário.

Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização europeia.

Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra – e aí, cadê a Justiça nesse mundo?

Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade.

Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir.

Simplesmente mandarei soltar os indiciados.

Quem quiser que escolha o motivo."

Não se pode olvidar a perplexidade causada pela decisão em comendo. Isso se dá, porque, mais do que as demais decisões, ela demonstra às claras a extrema maleabilidade de argumentos pretensamente jurídicos, os quais podem servir aos mais variados propósitos impostos pela subjetividade ínsita ao julgador. Observa-se, portanto, que, a despeito do beneficiamento dos réus, o relaxamento de prisão em flagrante exposto pode ser considerado arbitrário, na medida em que visa apenas ser fiel aos desígnios do seu prolator.

4.6 Notas conclusivas: o processo imerso em subjetividade

Dos trechos e excertos de decisões e manifestações processuais citados no presente item 4, podemos concluir pela completa impossibilidade de se cogitar uma "objetividade racional" tendente a pautar o processo jurisdicional. Assim, demonstrou-se através de atos processuais praticados na realidade forense, alguns deles de forma mais explícita, outros de forma mais velada, aquilo que foi postulado nos itens precedentes.

De fato, frente a esses exemplos, torna-se insustentável a afirmação da "reconstrução racional" da "verdade real" dos fatos dispostos à apreciação do julgador. Confirmou-se, portanto, a hipótese do marcador-somático de maneira apta a demonstrar a prévia determinação de limites ou tendências impostas pela subjetividade, ou seja, a pessoalidade inevitável da qual parte todo aquele que decide.

Dessa maneira, vislumbra-se o encerramento de uma primeira parte do presente trabalho, a qual podemos atribuir a importância de delimitar e demonstrar a complexidade que evolve o processo penal. Assim, empenhamo-nos em atacar a afirmação da existência da "objetividade racional" do juiz, bem como do mito da "verdade real", fixando as dificuldades do problema sobre o qual nos debruçaremos no próximo item: como impedir que a subjetividade inevitável da decisão se transforme em decisionismo ou arbitrariedade? Nesses termos, cabe-nos, portanto, partir para a análise de uma possível solução para esse problema.

5. A CONSIDERAÇÃO DA COMPLEXIDADE DO PROCEDIMENTO DE TOMADA DE DECISÃO NO PRÓPRIO PROCESSO PENAL: A IMPOSIÇÃO DE SUPERIOR ÔNUS ARGUMENTATIVO PARA A DECISÃO QUE RESTRINGE DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 O abandono dos mitos da "verdade real" e da "objetividade racional" do juiz como ensejo ao aperfeiçoamento da motivação das decisões judiciais

Ao se desenvolver a crítica aos preceitos formadores da "verdade real" e da "objetividade racional", reconhecendo-se a subjetividade inerente a toda e qualquer decisão, mais do que descontruir essas noções comumente ventiladas como dogmas do processo penal, criou-se um problema, o qual pode ser formulado nos seguintes termos: se não há objetividade racional pura que paute a decisão, se não é possível conquistar uma "verdade absoluta" acerca daquilo que é submetido à decisão, como e em que medida poderemos nos certificar de que a decisão exarada no processo penal não é apenas a expressão da mera arbitrariedade e vaidade do seu prolator?

Tradicionalmente, a subjetividade é enfrentada como uma patologia pela doutrina, a qual aponta uma única medida profilática para tal moléstia: a motivação das decisões.[89] Nesse sentido, a motivação demonstraria o caminho escolhido por aquele que decide (*iter* decisório), entre as inúmeras alternativas

89. LÚCIO, A. Labirinho. Subjectividade e motivação no novo processo penal português. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fascículo 2, ano I, p. 205.

possíveis, caracterizando-se como a comunicação que possibilita a discussão e o controle da decisão.[90]

Dessa maneira, mesmo se considerando a presença de fatores subjetivos atrelados à decisão, como idiossincrasia inafastável, muitas vezes a motivação é apontada como o mecanismo apto a induzir o julgador a considerar dados objetivos e evitar a dissimulação de escolhas meramente subjetivas.[91] Por outras palavras, a despeito de não se negar a influência de fatores emotivos, ideológicos, dentre outros subjetivismos, na tomada de decisão, coloca-se a fundamentação da decisão como o instrumento destinado a afastar o juiz dessa influência, até mesmo como forma de autocontrole da decisão.[92]

De fato, não se pode olvidar a importância da motivação das decisões judiciais no contexto de um Estado Democrático de Direito, uma vez que o Estado de Direito é o "Estado que se justifica",[93] nem afastar de plano o seu papel no controle de arbitrariedades e razões espúrias da decisão. Contudo, observa-se, pelo exposto até aqui no presente trabalho, que nada impede a transmutação de elementos subjetivos em argumentação jurídica aparentemente isenta de qualquer influência externa aos autos.[94]

Sendo assim, faz-se necessário buscar um aperfeiçoamento desse mecanismo tradicionalmente proposto como forma de controle da arbitrariedade das decisões, somando-o a outros mecanismos que, em primeiro lugar, não ignorem e assumam a influência de marcadores-somáticos conformadores da decisão e, além disso, tenham a aptidão de separar o subjetivismo inerente à decisão e, portanto, tolerável, daquilo que se consubstancia como arbitrariedade.[95] Em suma, é forçoso reconhecer a subjetividade inerente à decisão através do

---

90. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 111.

91. Idem, p. 99.

92. Idem, p. 113.

93. Expressão de J. BRÜGGEMANN em *Verfanssungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*. Berlin: Duncker u. Humblot, citado por GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 75.

94. Como demonstrado no item 4 supra, em especial, na decisão de relaxamento de prisão preventiva pelo furto de duas melancias exposta no seu subitem 4.5. Em tal decisão o magistrado expõe de maneira contundente a possibilidade de manipulação de uma série de argumentos, alguns deles jurídicos, outros nem tanto, mas fica evidente a possibilidade de dar uma roupagem jurídica à decisão que é fruto da mera arbitrariedade.

95. LÚCIO, A., op. cit., p. 206-210.

aperfeiçoamento de sua motivação, visando sempre evitar que tal subjetividade se "degenere em voluntarismo, individualismo ou arbítrio".[96]

5.2 A conformação entre subjetividade e motivação operada pelos direitos fundamentais, em especial, a presunção de inocência

A motivação, hodiernamente, é incontestavelmente apontada como uma garantia processual penal, chegando-se a conceituá-la como a "garantia das garantias", dado que é através dela que se dá o controle da efetividade das demais garantias processuais.[97] Nesses termos, vislumbra-se uma finalidade instrumental para a garantia da motivação, uma vez que, ao obrigar o julgador a declinar os fundamentos da sua decisão, busca-se assegurar a verificação da efetividade do contraditório, possibilitar a efetivação do duplo grau de jurisdição, dentre outras garantias processuais penais, bem como afastar a intercorrência de arbitrariedades atentatórias aos direitos fundamentais do imputado.

Nem sempre, contudo, houve tal preocupação com a proteção da esfera de direitos do indivíduo perante os auspícios da persecução penal estatal, através da estipulação da motivação ou de qualquer outra garantia processual. Em verdade, muitas vezes ao longo da história da humanidade o processo penal foi utilizado como instrumento institucionalizado apto a interferir e moldar comportamentos individuais no sentido dos desígnios dos detentores do poder central.

Sendo assim, a motivação e as demais garantias processuais penais que compõem o conjunto de direitos fundamentais afeitos ao processo penal consistem em preceitos jurídicos relativamente recentes na história do mundo ocidental, possuindo raízes no Iluminismo que culminou na Revolução Francesa do século XVIII, mas sendo ininterruptamente trabalhados de uma maneira global, mormente no aspecto de sua efetivação, apenas a partir do final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945).[98]

---

96. Idem, p. 213.

97. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

98. Não se quer aqui descaracterizar importantes evoluções no sentido do estabelecimento de garantias processuais, como, por exemplo, o estabelecimento do devido processo legal na Magna Carta de 1215, mas apenas focar o principal período de estabelecimento e busca da efetivação dessas garantias. Para uma consistente e completa exposição da evolução histórica da afirmação dos direitos fundamentais inseridos na lógica do direito processual penal, mais voltada para o princípio da presunção

Fiando-se na experiência histórica mundial e brasileira proporcionada pelas mazelas e arbitrariedades perpetuadas em decorrência da ausência de limitação do Estado perante a esfera de direitos do indivíduo, o constituinte de 1988 foi profícuo em assegurar a este último uma série de garantias e direitos fundamentais consagrados pela comunidade internacional. Dentre tais direitos e garantias, no que importa aos propósitos do presente trabalho, estão a presunção de inocência[99] (art. 5.°, LVII, da CF/1988) e a motivação (art. 93, IX, da CF/1988).

Ora, mais do que uma simples inscrição constitucional do "in dubio pro reo", como muitos pretendem pontuar,[100] a presunção de inocência consubstanciou-se no princípio reitor de todo o processo penal brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, representando uma mudança abrupta de paradigma se comparada com os preceitos informadores do vigente Código de Processo Penal, colcha de retalhos forjada sob os auspícios autoritários do Estado Novo em 1941.[101]

Nesse tema, é contundente a análise da estrutura normativa da presunção de inocência, através da aplicação de matéria constitucional, em especial daquilo que se convencionou denominar de "teoria dos princípios",[102] levada a

---

de inocência, mas esclarecedora de todo o processo histórico de fixação de limites à atuação do poder estatal por meio do processo penal: MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Cap. I e II.

99. Insta destacar, neste ponto, que não foi utilizado pelo Constituinte de 1988 a exata expressão "presunção de inocência", a despeito dessa ser a expressão consagrada nos textos normativos internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (1966), ratificado pelo Brasil em 1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – 1969), ratificado pelo Brasil também em 1992. Contudo, a utilização de outra expressão não esvazia o significado normativo da presunção de inocência, conforme destaca MORAES, Maurício Zanoide, op. cit., p. 215-224.

100. Acerca da inserção do *in dubio pro reo* como apenas um dos significados da presunção de inocência: MORAES, Maurício Zanoide, op. cit., p. 364-369.

101. Mais adiante será dada maior ênfase ao descompasso entre a Constituição de 1988 e o Código de Processo Penal (CPP) de 1941 (item 4, infra), mas desde já pontua-se que as razões histórico-culturais que moldaram o vigente CPP estão expostas em MORAES, Maurício Zanoide, op. cit., p. 155-172.

102. Seguindo os marcos teóricos estabelecidos na obra de MORAES, Maurício Zanoide, op. cit., nos concentraremos na "teoria dos direitos fundamentais" proposta por Robert

cabo por Maurício Zanoide de Moraes. Através de minudente estudo, o referido autor propõe uma estrutura normativa de "princípio" para a presunção de inocência e passa a trabalhar com as noções de "direito *prima facie*", "suporte fático amplo", "âmbito de proteção", "restrição", dentre outros conceitos afeitos à citada "teoria dos princípios", para um estudo mais aprofundado acerca da presunção de inocência.

Sem entrar no mérito de cada um dos desdobramentos da atribuição da estrutura normativa de princípio para a presunção de inocência, até por fugir do objeto do presente estudo, mas tendo em vista a necessidade da assunção de um embasamento constitucional voltado à análise dos direitos fundamentais para o deslinde da tese ora apresentada, alguns desses conceitos da "teoria dos princípios" e a sua aplicação na leitura da presunção de inocência como princípio reitor do processo penal serão brevemente expostos, mormente frente aos seus influxos no desenvolvimento do tema da motivação como forma de controle da subjetividade da decisão penal.

De início, cumpre ressaltar que, segundo a metodologia jurídica tradicional, as "normas" são preceitos que estabelecem situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, enquanto que os "princípios" são ordenações que irradiam e imantam o sistema de normas.[103] No entanto, essa distinção foi praticamente abandonada a partir da consideração de "regras" e "princípios" como espécies de "norma".[104] A partir desse pressuposto, iniciou-se a discussão sobre a distinção entre essas duas espécies de normas e, apesar dessa discussão não ser recente, foi com as obras de Ronald Dworkin e, principalmente, Robert Alexy que esse problema ganhou a força atual.[105]

Alexy na obra *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, tendo em vista a repercussão que tal trabalho teve no meio acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, em especial no Brasil. Não se pode olvidar, contudo, a existência de perspectivas dissidentes ou contrastantes acerca do tema, como as perspectivas propostas por Ronald Dworkin. As principais diferenças entre a abordagem do tema por cada um desses autores pode ser observada em SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1, p. 612 e ss.

103. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-92.

104. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1124.

105. Conforme destacado na nota 14 supra, nos concentraremos na perspectiva proposta por Robert Alexy sobre o tema.

Tomando por base a diferenciação entre "regra" e "princípio" proposta por esse último jusfilósofo alemão, podemos afirmar que a presunção de inocência se inclui nessa última categoria.[106] Isso porque ela deve ser reconhecida como um "direito *prima facie*", ou seja, como aquilo que deve ser protegido e garantido na maior medida possível, de acordo com as condições fático-jurídicas do caso concreto, ao passo que as regras seguem a lógica do "tudo ou nada", ou seja, prescrevem direitos definitivos quando os fatos a ela se subsumem. Em suma, a presunção de inocência consubstancia-se em um mandamento de otimização.[107]

Por ser direito fundamental, admite-se o "suporte fático" da presunção de inocência, composto pelo conjunto de atos, fatos e situações jurídicas inseridos sob o "âmbito de proteção" da norma e as "intervenções estatais" ou, mais propriamente, "restrições"[108] possíveis em tal âmbito, como sendo amplo, dado que não se pode fixar inicialmente aquilo que não é abarcado pelo "âmbito de proteção", sendo apenas a situação concreta capaz de definir a possibilidade de sua restrição ou não.[109] Nesse sentido, o seu "âmbito de proteção" é tendencialmente expansível, ao passo que as suas "restrições" são tendencialmente reduzidas, sob um rigoroso exame de proporcionalidade, o que denota um "conteúdo essencial" relativo da presunção de inocência, ou seja, um "conteúdo essência" que varia de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.[110]

Antes, contudo, do exame da proporcionalidade de uma medida estatal restritiva proposto nos moldes da "teoria dos princípios",[111] incide em matéria processual penal o exame dos chamados pressupostos e requisitos extrínsecos da proporcionalidade.[112] Assim, examina-se a "legalidade" e a "justificação" constitucional (pressupostos) da norma que prevê tal restrição, bem como a "judicialidade" e "motivação" da decisão que a impõe (requisitos extrínsecos),

106. MORAES, Maurício Zanoide, op. cit., p. 269-273.

107. ALEXY, Robert, op. cit., 85-120; SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit.

108. A "intervenção" é o gênero do qual são espécies a "restrição", intervenção legítima, que possui justificativa constitucional e proporcionalidade, e a "violação", intervenção ilegítima ou não permitida. MORAES, Maurício Zanoide, op. cit., p. 284-288; SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 74-75.

109. SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 65 e ss.

110. MORAES, Maurício Zanoide, op. cit., p. 330-334; SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 196-200.

111. SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 167-176.

112. MORAES, Maurício Zanoide, op. cit., p. 310-314.

além de se analisar a aptidão da medida restritiva em contribuir para a consecução do fim desejado (adequação), bem como de se realizar a comparação entre medidas igualmente aptas a atingir tal fim (necessidade) e o juízo valorativo da medida que menos restringe o direito fundamental na situação concreta (proporcionalidade em sentido estrito).[113]

Nesse ponto, cabe destacar que a colocação da presunção de inocência como princípio de direito fundamental e a decomposição da sua estrutura normativa nesse sentido, dentro de uma perspectiva constitucional de um "âmbito de proteção" amplo, possibilitam a atribuição de significado à presunção de inocência como "norma de tratamento", "norma probatória" e "norma de juízo".[114]

"Norma de tratamento", porque garante-se que os efeitos de uma eventual decisão condenatória apenas ocorram após o trânsito em julgado da decisão penal. "Norma probatória", uma vez que o material probatório que orienta a condenação deve ser produzido pelo órgão acusador (ônus da acusação), através de provas lícitas e que sejam aptas a determinar a autoria e a materialidade do crime, em todos os seus aspectos. "Norma de juízo", por fim, porque a presunção de inocência incide no momento em que se analisa o material probatório já produzido para a formação da convicção judicial.[115]

Nesse último aspecto do princípio da presunção de inocência, portanto, incide uma conotação essencialmente subjetiva, uma vez que é nessa oportunidade que se determina a "suficiência" da atividade probatória, se capaz de reverter o "estado de inocência" constitucionalmente conferido ao cidadão.[116] O juiz, assim, mais do que declinar as balizas fático-legais pelas quais construiu a sua decisão, deverá motivar as suas decisões no sentido de convencer que as escolhas feitas são as melhores para o caso concreto, as mais condizentes com a Constituição e, dessa forma, com a presunção de inocência em seus aspectos do *favor rei* e do *in dubio pro reo*.[117]

Observa-se, portanto, que a formulação da presunção de inocência nos termos da "teoria dos princípios", conferindo a ela a estrutura normativa de princípio, acarreta na necessidade de uma maior sofisticação da motivação das decisões judiciais, atribuindo ao julgador o elevado ônus argumentativo de

113. Idem, p. 315-329.

114. Idem, p. 424-427.

115. Idem, p. 424-475.

116. Idem, p. 469.

117. Idem, p. 576-481.

justificar a superação dos limites impostos pelo "âmbito de proteção" do princípio em questão e buscar o convencimento da justificativa constitucional e da proporcionalidade da decisão restritiva prolatada para a situação concreta provada nos autos.

5.3 Motivação vinculada

Feita essa breve exposição, visando à colocação do princípio da presunção de inocência em uma posição nuclear no sistema processual penal, considerando a "teoria dos princípios" e elevando o ônus argumentativo de toda e qualquer decisão penal que restringe direitos fundamentais, torna-se imperiosa a exposição ou exemplificação tendente a demonstrar e dar visibilidade ao citado incremento do ônus argumentativo dessas decisões, reduzindo o espaço da subjetividade apenas àquilo que é inevitável em toda e qualquer decisão, ou seja, evitando apenas os efeitos deletérios da subjetividade consistentes em decisionismos ou arbitrariedades. Para tanto, desenvolveremos a hipótese de uma "motivação vinculada"[118] atrelada à decisão que restringe direito fundamental, em particular, através de uma metodologia que expõe a análise judicial que deverá ser feita a partir do recebimento dos autos de uma prisão em flagrante realizada.

Escolheu-se essa metodologia expositiva justamente para, de uma só vez, demonstrar a sofisticação proporcionada em termos de aumento do ônus argumentativo de toda a decisão que restringe direitos fundamentais, quando a legislação infraconstitucional está de acordo com a sistemática constitucional acima explicitada, bem como escancarar as mazelas oriundas do descompasso entre a aquilo que é constitucionalmente assegurado e aquilo que está positivado na legislação infraconstitucional. Assim, visa-se demonstrar também a necessidade, não só de reformas pontuais no Código de Processo Penal getulista, forjado nos moldes do Código de Processo italiano fascista, mas a sua inteira revogação e a aprovação de um novo Código, orientado pela sistemática constitucional.[119]

---

118. Faz-se ressaltar, por uma questão de fidelidade autoral, que a expressão "motivação vinculada", assim como a hipótese que se pretende formular, possui lastro nas reuniões de orientação do presente trabalho, bem como em aulas expositivas proferidas pelo Prof. Maurício Zanoide de Moraes na Faculdade de Direito da USP.

119. MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, vol. 113, p. 92-93. Cf. nota 13 supra.

Com a aprovação e promulgação da Lei 12.403/2011, outrora o Projeto de Lei 4.208/2001, inseriu-se no plano infraconstitucional do Código de Processo Penal balizas legislativas mais condizentes com o "âmbito de proteção" amplo do direito fundamental à liberdade e da presunção de inocência.[120] Nesse sentido, estabeleceu-se a imposição legal da demonstração de justificativa constitucional e proporcionalidade para a fixação de medidas coativas no curso do processo, as chamadas medidas cautelares.[121]

Nesses termos, ao nos voltarmos à análise da fundamentação vinculada que nos propusemos a realizar, observa-se que o primeiro passo para o magistrado que se depara com a comunicação de uma prisão em flagrante é verificar a legalidade de tal prisão, bem com a ausência de qualquer excludente de ilicitude. Assim, não condizendo a narrativa dos fatos exposta nos autos com nenhuma das situações de flagrância[122] ou incidindo qualquer excludente de ilicitude,[123] o juiz deverá relaxar a prisão ilegalmente realizada, de acordo com imposição constitucional do art. 5.°, LXV, da CF/1988[124] e os ditames do art. 310, I, do CPP,[125] sempre de acordo com a redação dada pela Lei 12.403/2011.[126]

Ainda tendo em vista a situação de constatação de ilegalidade da prisão, é vedado ao magistrado decretar, de ofício, prisão preventiva,[127] prisão temporária[128] ou medida cautelar diversa da prisão.[129] Em qualquer dessas hipóteses, deve haver requerimento do Ministério Público e, a partir de então, coloca-se para o magistrado o mesmo problema da constatação da legalidade da prisão em flagrante: o estabelecimento da medida coativa mais proporcional.[130]

Diante do requerimento ministerial por medida cautelar diversa da prisão em prisão em flagrante ilegal ou da situação de legalidade da prisão em flagran-

120. Idem, p. 93-95.

121. MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência*... cit., p. 378-381.

122. Dispostas no art. 302 do CPP.

123. Constantes no art. 310, parágrafo único, do CPP.

124. Art. 5.°, LXV, da CF/1988: "A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

125. Art. 310: "Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (...) I – Relaxar a prisão ilegal; ou (...)".

126. MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial... cit., p. 95-97.

127. Dado o disposto no art. 311, *caput*, do CPP.

128. Tendo em vista o art. 2.° da Lei 7.960/1989.

129. Conforme preceitua o art. 282, § 2.°, do CPP.

130. MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial... cit., p. 96-97.

te realizada, uma vez que a prisão em flagrante não pode perdurar ou se perpetuar com a mera troca de rótulos (prisão em flagrante por prisão preventiva),[131] deverá o juiz orientar-se por uma justificativa constitucional e pela proporcionalidade para buscar a medida mais apropriada, sempre no sentido vetorial da medida menos restritiva para a mais restritiva.[132] Não por outro motivo, a Lei 12.403/2011 inseriu no Código de Processo Penal a lógica constitucional da menor restrição à liberdade do indivíduo, colocando a prisão preventiva como a *ultima ratio*[133] e estabelecendo um amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão,[134] com diferenciados graus de restrição à esfera de direitos do imputado.[135]

Na busca pela medida cautelar mais apropriada, o magistrado pode, ainda, aplicar medidas cumuladas,[136] sempre de acordo com o "perigo a ser evitado" por tais medidas. Este, inclusive, é o ponto crucial no exame da justificativa constitucional e da proporcionalidade de toda e qualquer medida restritiva à esfera de direitos fundamentais do imputado no curso do processo, uma vez que somente a identificação do perigo que se busca evitar é capaz de assegurar a escolha da medida cautelar mais adequada e necessária.[137]

A partir de então, apenas demonstrada a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, mesmo que aplicadas cumulativamente, para evitar o perigo emergente dos elementos informativos constantes nos autos é que se passa a analisar a possibilidade de substituição da prisão em flagrante por uma prisão cautelar, mais especificamente, a prisão preventiva. Antes, contudo, deve-se observar se não há nenhum impedimento legal para a decretação de prisão preventiva.[138]

---

131. Idem, p. 99.

132. MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência*... cit., p. 378-381; MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial... cit., p. 99.

133. Art. 282, § 6.°, do CPP: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)". Além disso, a lei em questão inseriu previsão semelhante no art. 310, II, do CPP.

134. Disposto nos art. 319 e 320 do CPP.

135. MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial... cit., p. 94. A observação da necessidade da criação desse rol já existia em MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência*... cit., p. 379.

136. Previsão do art. 282, § 1.°, do CPP.

137. MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial... cit., p. 98.

138. Os quais se encontram dispostos nos art. 313, I e 314 do CPP.

Ressalta-se, nesse ponto, que toda a medida de coação decretada ao longo do processo, mormente no caso de prisão preventiva, deve demonstrar, antes mesmo da sua justificação constitucional e proporcionalidade, o *fumus commissi delicti*, ou seja, demonstrar por meio dos elementos informativos e, em meio ao processo, de provas idôneas, a materialidade e os indícios suficientes de autoria, bem como o perigo a ser evitado, no caso da prisão preventiva, o *periculum libertatis*, isto é, o risco efetivo da manutenção da liberdade do imputado.[139]

Por fim, mesmo perpassando por todas essas fases de demonstração do cabimento e, portanto, da legalidade e constitucionalidade da determinação da prisão preventiva, o magistrado ainda deverá observar se não se aplica ao caso tratado a medida menos restritiva da prisão domiciliar. Nesse sentido, deverá analisar a incidência ou não dos requisitos legais da prisão domiciliar[140] no caso apreciado, para, só então, estabelecer a prisão preventiva constitucionalmente justificada e proporcional.[141]

Constata-se, pelo exposto, a enorme sofisticação que a motivação da decisão penal sofre quando a sistemática processual penal imposta pela Constituição é refletida pela legislação infraconstitucional, à qual é aplicada a leitura da "teoria dos princípios" e, portanto, vinculando-se o magistrado à demonstração da justificação constitucional e da proporcionalidade da decisão que restringe direito fundamental no caso concreto. Daí o emprego a expressão "motivação vinculada", uma vez que se obriga aquele que decide a demonstrar sistematicamente os motivos de qualquer restrição à esfera de direitos do imputado.[142]

Não se quer, com isso, olvidar a incidência da subjetividade no momento decisório, nem preceituar uma metodologia para a obtenção da "verdade real", até porque impossível uma decisão apenas pautada pela "objetividade racional", bem como inatingível uma "verdade absoluta" nos autos de um processo, conforme já se demonstrou.[143] Pelo contrário, trata-se de considerar a inevitável subjetividade atrelada a toda e qualquer decisão, bem como a "verdade aproximativa" possível nos autos e, diante disso, elevar o ônus argumentativo de toda a decisão penal restritiva, a qual, por natureza, é a que mais tem a potencialidade de restringir a esfera de direitos do indivíduo.

---

139. MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial... cit., p. 99. Os parâmetros para o estabelecimento do *periculum libertatis* encontram-se na primeira parte do art. 312 do CPP.

140. Estipulados nos arts. 317 e 318 do CPP.

141. MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial... cit., p. 99.

142. Sobre a autoria de tal expressão cf. nota 119 supra.

143. Cf. itens 2 e 3 do presente trabalho.

5.4 *Notas conclusivas: apontamentos de* lege ferenda

É inevitável, portanto, diante da exposição acima realizada, deixar de observar o prejuízo causado pelo grande descompasso existente entre a Constituição Federal de 1988 e a legislação processual penal infraconstitucional, em especial o Código de Processo Penal de 1941. O período histórico de sua tramitação e promulgação, as influências da escola técnico-jurídica italiana na sua formação, absolutamente tudo no vigente Código de Processo Penal inspira o autoritarismo e a arbitrariedade de um processo penal voltado para a perseguição, que possui como pedra angular a presunção de culpa.[144]

Nesse contexto, a impossibilidade de se chegar a uma "verdade" dita "real" e a inexistência de uma decisão estritamente racional, isto é, duas das notas de complexidade atreladas ao processo penal, são diluídas em institutos e leituras tacanhas da sistemática (ou da completa ausência dela) disposta na legislação infraconstitucional. Não por outro motivo, há até hoje quem pregue que o juiz, através da neutralidade atingível pela sua racionalidade objetiva, obtém a "verdade real" nos autos do processo penal.

Faz-se necessário, portanto, assumir a humanidade do magistrado, como ser no mundo, premido pelas mais variadas vicissitudes que afetam a formação do seu raciocínio, o qual é incapaz de reestabelecer com perfeição e perfeita sinonímia a situação a ele apresentada por parcos rastros e vestígios constantes nos autos do processo. Para tanto, o primeiro passo é admitir a noção básica e quase pueril, observável nas mais variadas formas de textos, desde história em quadrinhos de super-heróis até passagens bíblicas,[145] de que todo aquele que é investido de poder possui a responsabilidade de justificar o seu exercício.

No caso do magistrado, uma vez que o exercício do seu poder envolve a potencialidade de restrição a direitos fundamentais, deve-se operacionalizar mecanismos de entrave ao livre exercício desse poder, atribuindo ao juiz a obrigação de expor a justificação constitucional e a proporcionalidade da decisão restritiva no caso concreto. Tais mecanismos, contudo, somente poderão

144. MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência...* cit., p. 155-160.

145. A mais notável delas é a frase forjada por Stan Lee, logo na primeira história em quadrinhos do Homem-Aranha publicada na revista *Amazing Fantasy*, volume 15, pela Marvel em 1962: "with great power comes great responsibility". Fez-se essa breve menção para destacar o quão básico e ancestral é a noção da responsabilidade daquele que detém o poder, uma vez que se acredita que a frase em questão possui lastro na milenar passagem bíblica segundo a qual "daqueles a quem foi confiado muito, muito mais será pedido" (Lucas 12:48).

ser viabilizados de maneira satisfatória através de uma legislação infraconstitucional condizente com os preceitos fundamentais assegurados não apenas pela Constituição Federal de 1988, mas pelas Cartas Magnas dos mais variados Estados soberanos após a Segunda Guerra Mundial.[146]

Dentre tais preceitos, especificamente na seara processual penal, urge a elaboração de uma legislação pautada pelo princípio da presunção de inocência, garantindo a colocação do "estado de inocência" como orientador de toda a persecução penal. Isso porque, da maneira como se encontra o ordenamento jurídico processual penal pátrio atualmente, somente o esforço interpretativo de uma leitura sistemática da legislação infraconstitucional sob a ótica constitucional, pautada pela "teoria dos princípios", é capaz de considerar a complexidade conferida ao processo penal pela subjetividade inerente a toda decisão e pela verossimilhança como "verdade" possível nos autos de um processo, esforço interpretativo esse impossível para aqueles que são afeitos a um "comodismo paralisante e tecnicamente rançoso"[147] ou pretendem, de fato, se aproveitar dos espaços abertos ao decisionismo, à arbitrariedade e ao autoritarismo proporcionados pelo Código de Processo Penal de 1941.

6. CONCLUSÃO

Mais do que a mera descrição sumária de todos os aspectos tratados no presente trabalho, utilizaremos este espaço para apontar a contribuição trazida pela perspectiva que se buscou construir ao longo da totalidade dos cinco itens que o integram. Assim, faz-se necessário destacar que, ao enfrentarmos o tema da subjetividade inerente ao procedimento de tomada da decisão judicial, buscamos, mais do que desconstruir os pilares conformadores da noção de "neutralidade do juiz", em especial a "verdade real" e a "objetividade racional", apontar em uma direção que buscasse conformar essa subjetividade a um patamar tolerável, em outras palavras, nos orientamos no sentido de perquirir a maneira de evitar que a pessoalidade inafastável, da qual parte todo aquele que decide, se degenere em arbitrariedade.

Para tanto, as críticas à noção de "verdade real" tiveram o escopo de definitivamente demonstrar a sua fragilidade e ambiguidade em termos de definição do seu conceito, bem como a sua utilização por interesses espúrios para conferir pretensa legitimidade a violações a direitos fundamentais. Assim, afirmou-

146. MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência*... cit., p. 289-291.

147. MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial... cit., p. 92-93.

-se de maneira cabal a completa inexistência de uma "verdade", formulada em termos absolutos nos autos de um processo penal, para, a partir de então, buscar a definição da verdade possível em âmbito processual penal.

Tal busca considerou a enorme dificuldade que se impõe ao juiz na reconstrução de fatos passados a ele apresentados por rastros e vestígios tendenciosamente escolhidos pelas partes. Afirmou-se, nesse sentido, que a verdade como correspondência ao real pode, no máximo, servir de ideal propositalmente inatingível para aquele que busca reconstruir o passado no presente, através de provas lacunosas e tendenciosas, mas jamais ser o fim precípuo de tal reconstrução.

Destacou-se, portanto, a ideia de *veritas*, verossimilhança ou "verdade aproximativa", como o máximo grau de definição dos fatos apreciados nos autos. Dessa maneira, buscou-se assumir a primeira complexidade ínsita ao processo penal, abandonando-se a comodidade da noção de "verdade real", para admitir os riscos e incertezas atinentes à apuração dos fatos nos autos de uma persecução penal.

No que se refere às críticas voltadas à noção de "objetividade racional", o grande mérito desta monografia está em inserir a decisão penal no embate travado entre diversos ramos do conhecimento acerca da existência ou não de uma racionalidade depurada de influências da emoção ou da subjetividade. Assim, procurou-se confrontar a hipótese da "razão nobre" com a hipótese dos "marcadores-somáticos".

A partir de tal confrontamento, observou-se a maior sofisticação proporcionada pela hipótese do marcador-somático na explicação do procedimento de tomada de decisão ao definir que as emoções e sentimentos, através de mecanismos biopsicológicos, condicionam toda e qualquer operação realizada pela razão, ou seja, ao demonstrar que há uma inevitável carga de pessoalidade que se apresenta na análise das decisões possíveis como uma espécie de filtro prévio à operação racional de escolha da melhor decisão possível. Nesses termos, torna-se insustentável a idealização de uma "racionalidade objetiva" do juiz.

Eis aí a segunda nota de complexidade do processo penal destacada no presente trabalho: o juiz, mesmo que empregue todos os seus esforços, não poderá escapar da subjetividade ínsita a qualquer decisão, seja ela judicial ou não. Trata-se, portanto, da complexidade oriunda da vulnerabilidade atrelada ao processo de tomada de decisão, a qual mina por derradeiro a noção de "neutralidade do juiz".

Uma vez desconstruídos os preceitos formadores da "neutralidade do juiz", inclusive por demonstrações empíricas retiradas de decisões e manifestações

processuais existentes, as quais tiveram lugar ao longo do quarto item, bem como assumidas as complexidades acima destacadas, deu-se a supracitada tentativa de impor limites efetivos tendentes a impedir que a subjetividade inerente a toda decisão penal se transforme em mero decisionismo, voluntarismo ou arbitrariedade.

Nesse sentido, nos socorremos da matéria constitucional dos direitos fundamentais, os quais já vinham sendo citados brevemente no decorrer do trabalho, mas que ganharam ênfase a partir da leitura da "teoria dos princípios", realizada sob o aspecto do princípio da presunção de inocência para sofisticar o limite ou garantia da motivação, tradicionalmente colocado como obstáculo ao subjetivismo em matéria decisória.

Para tanto, demonstrou-se, de início, a insuficiência da motivação como único entrave ao decisionismo, para, posteriormente, apontar-se a necessidade de se modular essa garantia com o princípio da presunção de inocência, considerado sua estrutura normativa preceituada pela "teoria dos princípios". Dessa maneira, observou-se o resultado de um incremento do ônus argumentativo de qualquer decisão restritiva a direitos fundamentais, o que reduz consideravelmente o espaço atinente à subjetividade do julgador, sem qualquer pretensão de eliminá-lo por completo. Nesse sentido, buscou-se o desenvolvimento do que se chamou de "motivação vinculada", tanto para demonstrar o superior ônus argumentativo das decisões que limitam direitos fundamentais, quanto para escancarar o ganho, em termos de proteção desses direitos, proporcionado por uma legislação infraconstitucional que segue os ditames da lógica constitucional.

Nesse tema, faz-se necessário destacar a ênfase dada no final do presente trabalho ao descompasso entre a legislação infraconstitucional, notadamente o Código de Processo Penal de 1941, e os preceitos fixados pela Constituição Federal de 1988. Tal descompasso em muito inviabiliza a tentativa de limitação da subjetividade acima formulada, uma vez que é necessário um efetivo empenho e esforço interpretativo para implementar a sistemática constitucional em uma legislação moldada sob os auspícios de interesses persecutórios de um Estado autoritário, empenho e esforços esses que muitos, seja por comodismo, seja pelo proveito decorrente desse descompasso, não estão dispostos a enfrentar.

7. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. 1. ed., 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes – Emoção, razão e cérebro humano*. Trad. de Dora Vicente e Georgina Segurado. 2. ed., 3. reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

DESCARTES, René. *Discurso do método – Para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências*. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 5. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

GUZMÁN, Nicolas. *La verdade en el proceso penal: uma contribuición a la epistemologia jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

KHALED JR., Salah. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: JusPodivm, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LÚCIO, A. Labirinho. Subjectividade e motivação no novo processo penal português. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Fascículo 2. Ano I. Coimbra: Coimbra Ed., abr.-jun. 1991.

MORAES, Maurício Zanoide. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*. vol. 113. p. 92-93. São Paulo: AASP, set. 2011.

_____. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUINTANA, Mário. *Caderno H*. Porto Alegre: Globo, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1. p. 612. Belo Horizonte: Del Rey, jan.-jun. 2003.

Decisões e manifestações judiciais

MINAS GERAIS. Sete Lagoas. Processo 222.942-8/06, j. 12.02.2007, Juiz Edílson Rumbelsperger Rodrigues, Disponível em: [www.sbdp.org.br/arquivos/material/439_CNJdecisesde1ae2ainstncias.pdf]. Acesso: 29.06.2012.

SÃO PAULO. Processo 968/2001, 7.ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, j. 26.07.2001, Juiz Antonio Carlos Ferraz Miller. Disponível em: [www.conjur.com.br/2001-out-19/juiz_morte_aidetico_nao_dano_irreparavel]. Acesso: 29.06.2012.

_____. Processo 0012786-89.2010.403.61.81, 9.ª Vara Federal Criminal de São Paulo, j. 03.05.2012, Juíza Federal Mônica Aparecida Bonavina Camargo. Disponível em: [www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120516preconceitomayara.pdf]. Acesso: 29.06.2012.

_____. Ministério Público Estadual – Tribunal do Júri da Capital, Manifestação no Inquérito Policial 887/2010 em 24.03.2011, 1.º Promotor de Justiça do 5.º Tribunal do Júri da Capital, Rogério Leão Zagallo. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/976892-promotor-aconselha-policial-a-melhorar-mira-para-matar-ladrao.shtml]. Acesso em: 29.06.2012.

_____. Denúncia e cota no Inquérito Policial 1.496/2012 em 19.06.2012, 5.ª Vara do Júri da Capital, 4.º Promotor de Justiça da 5.º Vara do Júri da Capital, José Carlos Cosenzo. Disponível em: [http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/06/19/elize_matsunaga.pdf]. Acesso: 29.06.2012.

_____. Processo 936/2007, 9.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, j. 05.07.2007, Juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso_richarlysson.pdf]. Acesso: 29.07.2012.

TOCANTINS. Processo 124/2003, 3.ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, Juiz Rafael Gonçalves de Paula, j. 05.09.2003. Disponível em: [www.conjur.com.br/2004-abr-02/juiz_manda_soltar_homens_acusados_roubar_melancia]. Acesso em: 29.06.2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal – Hermenêutica do art. 5.º da Lei 9.296/96 (estudo em homenagem ao Min. Marco Aurélio de Mello), de José Eduardo Nobre Matta – *RT* 808/524;
- A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica, de Felipe Kirchner – *RBCCrim* 80/119;
- Da verdade real ao direito material interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada, de Rafael Cavalcanti Lemos – *RePro* 214/13;
- O que é isto – A verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasilis*, de Lenio Luiz Streck – *RT* 921/359; e
- Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*, de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró – *RBCCrim* 38/122.

- Da atuação dos juízes penais, de ambas as instâncias, na pesquisa da verdade real, de José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Doutrinas Essenciais – Processo Penal*, organizada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 2, p. 847.

63432

CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: A EXPERIÊNCIA DO MOVIMENTO ESTUDANTIL CHILENO SOB A ÓTICA DOS ESCRITOS DO JOVEM MARX

1

Criminalization of social movements: the experience of the Chilean student movement in light of the young Marx's writings

AMANDA BESSONI BOUDOUX SALGADO

Graduanda de Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp/Franca).

MARIA EDUARDA RODRIGUES

Graduanda de Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp/Franca).

ÁREA DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: Neste artigo os autores analisam o movimento estudantil ocorrido no Chile em 2011 sob cinco pontos distintos: (1) determinantes históricas do cenário chileno; (2) emergência dos jovens como protagonistas sociais; (3) problemas do sistema educacional do país; (4) atuação dos estudantes para a efetivação de seus direitos; (5) tomada de medidas repressoras e tentativa de criminalização por parte do Estado. O movimento estudantil chileno é analisado ainda à luz dos "Debates sobre o furto de lenha" e dos "Debates sobre a lei de imprensa" de Karl Marx.

PALAVRAS-CHAVE: Movimento estudantil – Chile – Repressão – Criminalização – Karl Marx.

ABSTRACT: In this article the authors analyze the student movement that took place in Chile in the year of 2011 under five different aspects: (1) historical determinants of the Chilean situation; (2) the rise of the young as social protagonists; (3) the problems of the country's educational system; (4) the students' acts in order to implement their rights; (5) the taking of repressing measures and the State's attempt to criminalize the movement. The Chilean student movement is also analyzed under the perspective of Karl Marx's debates on the law on thefts of wood and on the press law.

KEYWORDS: Student movement – Chile – Repression – Criminalization – Karl Marx.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Determinantes históricas do cenário chileno: 2.1 Via chilena para o socialismo; 2.2. O golpe militar – 3. O movimento estudantil chileno: 3.1 Uma análise inicial: a emergência dos jovens como protagonistas sociais; 3.2. As mobilizações estudantis no ano de 2011: 3.2.1 Esclarecendo as bases do movimento: crítica ao sistema educacional chileno; 3.2.2 A atuação dos estudantes para a efetivação de seus direitos; 3.2.3 A posição de medidas repressoras e a tentativa de criminalização – 4. A crítica marxiana na Gazeta Renana: 4.1 Os debates sobre a Lei do Furto de Lenha: 4.1.1 O movimento estudantil no Chile à luz dos debates sobre o furto de lenha; 4.2 Os debates sobre a Liberdade de Imprensa: 4.2.1 O papel da imprensa na criação do consenso – 5. Conclusões – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 2011, eclodiu no Chile um movimento de repercussão internacional, principalmente nos países da América Latina. Os noticiários e jornais foram inundados pelo ressurgimento do movimento estudantil naquele país, que reivindicava ao governo chileno, em síntese, um ensino universitário gratuito e de qualidade. Os estudantes se uniram com o objetivo de protestar contra o sistema educacional então vigente, apoiado na iniciativa privada e criador de situações de desigualdade, visto que a maioria dos estudantes não termina o curso superior por não poder arcar com os custos do mesmo.

Utilizaremos, inicialmente, elementos históricos para compreender e dar sustentação ao nosso objeto central de discussão, que se traduz nos acontecimentos que marcaram as mobilizações estudantis, com destaque para a reação do Estado frente às reivindicações do movimento. Apesar dos protestos terem contado com a adesão de vários outros setores da sociedade, verificou-se que as autoridades chilenas procederam a uma tentativa de criminalização do movimento, atribuindo às ações dos estudantes um caráter ilegítimo e respondendo com violência e arbitrariedade. O governo procurou ainda fundamentar a repressão em leis que colocam em perigo as liberdades dos ativistas, que viram seu direito de se manifestar pacificamente ser combatido pelo Estado.

Desse modo, o presente artigo tem como proposta analisar as relações entre a legitimidade do movimento social e a criminalização do mesmo, com base nos eventos recentes que demonstram as propostas dos estudantes e as atitudes repressoras do governo chileno. Num segundo momento, serão utilizados, ainda, os artigos escritos por Karl Marx durante sua juventude, para a Gazeta Renana, mais especificamente os debates sobre a Lei do Furto de Lenha e sobre a Imprensa. Esses textos, que introduziram uma série de críticas à sociedade alemã da época, nos auxiliarão a tecer comentários e conclusões a respeito da situação observada atualmente no Chile e detalhadamente descrita no decorrer do texto.

2. DETERMINANTES HISTÓRICAS DO CENÁRIO CHILENO

2.1 Via chilena para o socialismo

O Chile, assim como outras nações latino-americanas, vivenciou, na década de 70, uma ditadura militar de caracteres amplamente conservadores, apoiada pelos Estados Unidos, como parte de uma estratégia ligada à Guerra Fria. O cenário global caracterizava-se pela bipolarização de poder entre o bloco capitalista e o socialista, portanto era esperado que os EUA combatessem de forma veemente uma ameaça à sua hegemonia dentro do seu próprio continente.

Em setembro de 1970, Salvador Allende Gossens foi eleito presidente chileno, e propôs reformas socioeconômicas graduais que fortaleceriam as massas trabalhadoras e ao mesmo tempo destruiriam o predomínio econômico e imperialista, abrindo caminho para a construção de uma sociedade socialista. Apesar das medidas progressistas do governo, não havia garantia de poder completo, visto que as demais instituições do Estado – o Congresso e o Poder Judiciário – continuavam controlados pela burguesia. Se de um lado as forças de esquerda exigiam maior radicalização para superar os obstáculos impostos, por outro, os setores conservadores do próprio governo exigiam maior flexibilidade com o objetivo de vencer as dificuldades.

Allende chegou a incorporar ao seu ministério alguns militares legalistas, garantindo a estabilidade institucional, fato que permitiu a vitória da Unidade Popular (UP) nas eleições para o Congresso Nacional em março de 1973. A UP era um agrupamento político formado por socialistas, comunistas, setores católicos e liberais do partido Radical e do Partido Social Democrata, e contava com grande apoio dos trabalhadores urbanos e camponeses.

O premiado documentário de Patricio Guzmán, "A Batalha do Chile – A luta de um povo sem armas", é uma das fontes mais esclarecedoras desse período. O filme evidencia que o cenário político chileno se caracterizou quase sempre por uma situação marcadamente ideológica, em que cada classe social ajustava-se a um partido; as forças políticas encontravam-se divididas em dois blocos: a centro-direita dos partidos Democrata Cristão e Nacional, e os partidos da esquerda, agrupados na Unidade Popular, que apoiava Salvador Allende.

Em seu governo, Allende nacionalizou a mineração e outros setores fundamentais para atingir o socialismo, o que resultou numa luta com as multinacionais. Também transferiu o controle das minas de carvão e dos serviços de telefonia para o Estado, aumentou a intervenção nos bancos e fez a reforma agrária, desapropriando grandes extensões de terras improdutivas e redistri-

buindo-as aos camponeses. Entre 1972 e 1973, a economia chilena passou por uma crise de grandes proporções. Foram dias de muita tensão social que aumentaram significativamente os conflitos entre trabalhadores. Houve escassez geral de alimentos, fomentando o mercado negro. As classes médias, então, voltaram-se contra Allende, passando a uma oposição mais radical.

Os Estados Unidos, diante desse quadro, criavam estratégias para sufocar a economia chilena, até que as Forças Armadas pusessem fim à "via chilena para o socialismo". A UP passou por grandes dificuldades diante da greve da mina *El Teniente*, enquanto os direitistas articulavam-se com a *CIA* (*Central Intelligence Agency*) que gastou milhões de dólares no financiamento de greves no Chile, em especial a greve dos caminhoneiros, responsável por grave crise de abastecimento e uma série de boicotes contra o governo popular.

2.2 O golpe militar

No dia 29.06.1973 houve a primeira tentativa de golpe, por meio de uma aliança entre o *Patria y Libertad*, grupo paramilitar neofacista, e os militares chilenos, pretendendo tomar o *Palacio de La Moneda*. A ação fracassou ao ser descoberta pela inteligência do Exército, então comandado pelo general Prats. Ele chegou a pedir a instauração do estado de sítio no país, solicitação que foi acatada por Allende, mas negada pelo Congresso.

Por fim, no dia 11.09.1973, as forças armadas chilenas, comandadas pelo general Augusto Pinochet Ugarte, deram um dos mais violentos golpes militares da história latino-americana. O Presidente Salvador Allende encontrou-se sitiado no *Palacio de La Moneda* pelas tropas e pela aviação golpista, mas não renunciou. "Colocado pela história nessa situação, pagarei com a vida a lealdade do povo", disse o presidente constitucional na manhã do dia 11 de setembro, numa transmissão de rádio, pouco antes de sua morte. Após o bombardeio do palácio, os chefes do golpe se apresentaram publicamente: "As Forças Armadas e da ordem atuaram no dia de hoje somente com a inspiração patriótica de tirar o país do caos agudo em que o precipitava o governo marxista de Salvador Allende", disse o General Augusto Pinochet.[1] Assim iniciava-se uma longa ditadura militar que só viria a se encerrar 17 anos depois.

---

1. Todos os elementos históricos expostos até o final desse item, incluindo as citações, são com base no documentário *A Batalha do Chile – A luta de um povo sem armas*, de Patricio Guzmán, produzido entre 1972 e 1979, que mostra a ascensão e a queda do governo de Allende. A obra é considerada um dos melhores e mais completos documentários políticos do mundo, resultado de um trabalho de praticamente 10 anos de Guzmán, registrando o que foi a via chilena para o socialismo.

Com a morte de Allende, suas bases passaram a sofrer uma dura repressão. Líderes sindicais, políticos, ativistas e militantes foram detidos e muitos foram fuzilados, torturados ou mutilados pelos militares. Em 1973, mais 70 dissidentes teriam sido vítimas da Caravana da Morte (ação planejada pelo governo de Pinochet para extermínio de presos políticos). Atribui-se ao general Pinochet a morte ou o desaparecimento de 3.917 pessoas e mais um número incerto, mas certamente bem maior, de torturados.[2]

Em 1998, sob forte pressão da comunidade internacional, o general realizou um plebiscito, que determinaria o seu direito de concorrer a novo mandato. Desencadeou-se, então, uma onda de protestos contra o regime, e Pinochet foi derrotado no referendo, que rejeitou o prolongamento da sua presidência. Em 1989 foram realizadas as primeiras eleições desde 1970, e o democrata-cristão Patricio Aylwin assumiu a presidência, encaminhando o país para a "recuperação da democracia" no Chile. Este período, denominado de transição para a democracia, pode ser caracterizado pela forte desmobilização social.

3. O MOVIMENTO ESTUDANTIL CHILENO

3.1 Uma análise inicial: a emergência dos jovens como protagonistas sociais

É importante notar que os movimentos sociais do Chile, de maneira geral, foram inviabilizados durante a ditadura militar devido à forte censura e repressão do Estado, e com a chegada dos governos da *Concertación* (coalizão de Partidos pela Democracia, de centro-esquerda, que governou o Chile nos últimos 20 anos) também não houve espaço para eles, uma vez que foram considerados disfuncionais para a construção da incipiente democracia. Por outro lado, a desmobilização dos movimentos sociais provocou a emergência de novos tipos de ação coletiva, limitada a objetivos reivindicatórios.[3] Contudo, com a chegada do novo século, os jovens serão os responsáveis por dar o sinal verde às mobilizações, ao iniciar a partir de 2001 os primeiros protestos estudantis, quando milhares de estudantes saíram às ruas para protestar contra o abusivo custo do passe escolar.

Se hoje em dia se assiste ao que se poderia chamar de "situação de efervescência social", o que levou à proliferação de movimentos e de conflitos sociais,

2. Pinochet é acusado da morte de 37 latino-americanos no Chile. *Folha.com*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u2867.shtml]. Acesso em: 12.01.2012.

3. BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (orgs.). *Criminalización de la protesta y de los movimientos sociales*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2008. p. 112.

faz-se importante ressaltar que estes foram contingentes, apesar da grande força com que se desenvolvem em alguns casos. Pode-se citar como exemplo, além do ressurgimento do movimento estudantil universitário, o movimento dos trabalhadores da empresa nacional do cobre (Codelco), e dos trabalhadores da saúde, que lutam por melhorias salariais e de infraestrutura.[4] No entanto, assinalamos que a juventude assume uma grande função na defesa de questões referentes a toda a sociedade chilena, principalmente a partir de suas fortes críticas ao sistema educacional imperante no país.

Dentre os conflitos sociais que marcaram a história recente do Chile, o movimento estudantil secundarista é, sem dúvida, um dos mais significativos. Em 2006, durante a presidência de Michelle Bachelet, os estudantes iniciaram protestos pela gratuidade do passe escolar e pela diminuição do valor de inscrição da Prova de Seleção Universitária (PSU). Diante disso, o governo reagiu da pior forma, desconhecendo a legitimidade das reivindicações dos jovens, e criminalizando seus atos, considerados de "rebeldia". Em certo estágio do movimento, mais de 100 mil alunos entraram em greve, chegando a mobilizar outros setores da sociedade. Mais adiante, as demandas ampliaram-se em prol de reformas de caráter estrutural, como a reformulação da Jornada Escolar Completa (JEC) e a extinção da Lei Orgânica Constitucional do Ensino (LOCE) promulgada no último dia do regime militar (10/03/90). Essa lei permitiu, entre outras coisas, que a educação estatal fosse passada dos Liceus públicos, sob controle do governo central, para os municípios.[5]

Na segunda onda de protestos, observou-se o ingresso das forças policiais nos liceus e colégios. Muitos alunos foram detidos, ameaçados ou expulsos dos colégios. Como entender essa reação das autoridades? Uma das hipóteses reside no fato da classe política dificilmente ver nos jovens um setor a ser levado a sério, em especial por conta da aparente indiferença política. De fato, não faltaram autoridades do governo e meios de comunicação com a intenção de dificultar o avanço desses movimentos e construir imagens frequentemente ofensivas desses estudantes, infantilizando-os e tratando suas reivindicações e opiniões como se fossem irrelevantes para a resolução de problemas de ordem nacional.

De qualquer modo, a "rebelião dos pinguins", nome que faz referência aos uniformes usados pelos alunos do ensino secundário, representou uma grande

4. Idem, p. 114.

5. Conflito social e movimento estudantil. *Centre Tricontinental*. Disponível em: [www.cetri.be/spip.php?article869]. Acesso em: 15.01.2012.

chamada de atenção sobre os caminhos percorridos pelo modelo econômico, político e social no Chile, demonstrando a busca de um projeto nacional mais igualitário e democrático.

É importante observar, ainda, que os movimentos sociais ocorridos recentemente nesse país têm apresentado novas facetas e suscitado novos questionamentos de conteúdos diferenciados. Isso se deve principalmente ao fato de nos encontrarmos numa época da qual emergem temáticas antes praticamente invisíveis, como a questão dos direitos étnicos e das minorias sexuais, os intentos contraculturais dos jovens, as lutas contra a discriminação de gênero e a destruição do meio ambiente, entre outros tipos de discurso que representam uma nova realidade social[6] (não apenas no cenário chileno, mas numa perspectiva mundial).

De acordo com Celso Fernandes Campilongo, "os movimentos sociais não se limitam a reagir a situações desvantajosas ou injustas do prisma econômico. Discriminações e desigualdades censitárias estão na raiz de movimentos sociais. Porém, na medida em que o próprio Estado busca combater, compensar e reduzir essas assimetrias, o lugar do conflito de classes passa a ser ocupado também por vários outros antagonismos: do sujeito contra o sistema 'global' de dominação; de grupos culturais, locais, sexuais, étnicos e profissionais contra a imposição de uma cultura alienígena e mundial; contra a 'normalização' de preferências sexuais; contra as discriminações de raça, cor e credo; contra a flexibilização do emprego. São essas algumas novas frentes dos movimentos sociais. Ao lado das questões ambientais, esses campos de ação coletiva pulverizam os antigos movimentos sociais e, ao mesmo tempo, renovam e dão segmento ao esforço de transformação da sociedade".[7]

De certa forma, é fácil compreender o surgimento dessas novas temáticas, levando em consideração o fato de que, com a restauração das democracias latino-americanas, abriu-se espaço para reivindicações dessa natureza, o que evidencia o importante papel que cabe aos movimentos sociais, e também de maneira crucial aos jovens, na consolidação e na transformação de sistemas democráticos. Campilongo conclui, ainda, que "A transição para uma sociedade 'pós-industrial', 'programada' ou 'pós-material' tem a redefinição das fronteiras entre o político e a esfera privada como uma de suas características principais. Os novos movimentos sociais questionaram os ideais de progresso e de

6. No mesmo sentido orienta-se Raúl Zarzuri Cortés em: BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (orgs.), op. cit., p. 131.

7. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 13-14.

crescimento orientado para o lucro das sociedades industriais ao associarem as mudanças de nível macroeconômico com o estilo de vida pessoal determinado por essas estruturas. Dessa forma, o paradigma dos novos movimentos sociais articularia as mudanças na estrutura político-econômica mais abrangente com questões de identidade".[8]

3.2 As mobilizações estudantis no ano de 2011

3.2.1 Esclarecendo as bases do movimento: crítica ao sistema educacional chileno

Em maio de 2011, tiveram início no Chile protestos organizados por estudantes, que se manifestaram a favor de educação gratuita e de qualidade. As manifestações, que começaram em Santiago, espalharam-se pelo país, provocando instabilidade no governo neoliberal de Sebastián Piñera, que assumiu o cargo de presidente do Chile em 2010. Milhares de jovens ocuparam as ruas da capital durante o mês de agosto, quando as mobilizações estudantis reuniram o maior número de participantes e tiveram repercussão internacional. O movimento lançou-se contra as próprias bases do sistema não intervencionista, questionando o papel do Estado, que deveria atuar de modo a garantir o acesso de todos à educação de boa qualidade – obrigação própria do Estado Social de Direito – colocando fim a um modelo de ensino herdado da ditadura militar. As palavras mais ouvidas nas ruas chilenas foram: "Vai cair, vai cair a educação de Pinochet!".[9]

Após o golpe militar, que colocou fim ao projeto popular e socialista de Salvador Allende, o sistema educacional do Chile passou por profundas mudanças durante a ditadura, reflexo de um governo orientado pelas leis de mercado, que atendia a interesses internacionais. Pinochet transferiu a responsabilidade pelo ensino público secundário do governo central para os municípios, facilitando a criação de universidades privadas, que supostamente não deveriam ter

8. Idem, p. 29. Apoiando-se nas ideias de Melucci, Campilongo precisa o argumento: "as dimensões tradicionalmente vistas como exclusivamente privadas passam a ser controladas e manipuladas no contexto de mudança para a sociedade 'pós-material'. Essas seriam precisamente as áreas em que os indivíduos reivindicam sua autonomia, em que conduziriam suas buscas por identidade por meio da autorrealização, da reapropriação e por construções próprias ou coletivas de sentido".

9. Ensino na mira dos estudantes chilenos. *Folha.com*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/983866-ensino-na-mira-dos-estudantes-chilenos.shtml]. Acesso em: 12.01.2012.

fins lucrativos, uma vez que o capital arrecadado deveria ser reinvestido nas instituições. A falta de políticas adequadas por parte do governo e a escassez de recursos dos municípios levaram o ensino público pré-universitário, antes considerado de bom nível, a cair em qualidade, já que nunca se fiscalizou a reinversão dos lucros e o ensino que elas oferecem é muito criticado.

Essa medida fez com que o número de universidades privadas crescesse em um ritmo acelerado no país, permitindo que elas ditassem as regras educacionais. No ensino primário e secundário das últimas três décadas, houve um surto de escolas privadas que hoje em dia acolhem 60% dos alunos.[10] Ao mesmo tempo, o ensino público no Chile, que nunca foi gratuito, passou a custar mais caro, transformando as universidades em espaços restritos de estudantes que podem custear seus estudos ou daqueles que são sorteados com bolsas. O critério econômico, no entanto, não seleciona os mais aptos a estudar de acordo com o mérito dos que têm capacidade, mas sim dos que podem pagar pela educação, excluindo aqueles que não possuem renda suficiente. Embora as universidades privadas tenham permitido um acesso muito maior de alunos ao ensino superior (nos últimos 10 anos, o Chile passou de 300 mil a 1,1 milhão de universitários),[11] se tornou evidente o processo de elitização da educação no Chile.

Menos de 25% do sistema educativo chileno é financiado pelo Estado e mais dos 75% restantes dependem dos pagamentos dos estudantes. O Estado destina apenas 4,4% do PIB à educação, bem menos que os 7% recomendados pela Unesco. Os estudantes têm que pagar mensalmente entre 170.000 e 400.000 pesos chilenos, num país em que o salário mínimo é de 182.000 pesos e o salário médio 512.000 pesos.[12] Um recente relatório da Unesco (Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura), de dezembro de 2011, confirmou que o sistema educacional chileno fomenta a desigualdade e a exclusão social. As conclusões do estudo estão de acordo com as reivindicações do movimento estudantil, e afirmam que este modelo de educação está

10. Estudiantes buscan terminar con la hererencia de Pinochet. *Le Monde Diplomatique*. Disponível em: [www.lemondediplomatique.cl/Articulo-de-Victor-Hugo-de-la.html]. Acesso em: 08.12.2011.

11. Ensino na mira dos estudantes chilenos. *Folha.com*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/983866-ensino-na-mira-dos-estudantes-chilenos.shtml]. Acesso em: 12.01.2012.

12. Estudiantes buscan terminar con la hererencia de Pinochet. *Le Monde Diplomatique*. Disponível em: [www.lemondediplomatique.cl/Articulo-de-Victor-Hugo-de-la.html]. Acesso em: 08.12.2011.

orientado por processos de privatização que culminam em mecanismos seletivos discriminatórios. O relatório apontou que o sistema educacional chileno "protege e beneficia a iniciativa privada, viciando o conceito de educação como bem público", e destaca que "não há dúvidas de que, por exemplo, as provas de admissão estabelecem critérios e efeitos de diferenciação que, na prática conduzem à segmentação".[13]

As deficiências do sistema educacional do Chile comprovam que embora a política neoliberal do Estado tenha elevado a renda *per capita* do país, diminuindo os índices de pobreza e extrema pobreza, as dificuldades em promover políticas sociais, que visem à implementação de serviços públicos de qualidade, permanecem ou se agravam. Tal situação intensifica a péssima distribuição de riquezas, que deixa o Chile entre os 15 países mais desiguais do planeta. Para Danae Mlynarz, cientista política e especialista em políticas públicas da PUC (Pontifícia Universidade Católica) do Chile, os serviços públicos no país são subsidiados e não distribuídos aos mais necessitados. Mlynarz afirma que "está vigente no Chile, desde os anos 1980, a lógica neoliberal de poucos direitos sociais e muitos bens de consumo, incluindo serviços básicos como educação, saúde, previdência, habitação, entre outros".[14]

Em entrevista para a revista Margem Esquerda, Boaventura de Sousa Santos afirma: "Em nossas sociedades, não há apenas uma sociedade civil. Há uma sociedade cível íntima, que vive à sombra do Estado, que são as camadas mais altas da sociedade, que utilizam e privatizam o Estado para ter acesso aos direitos. É o setor da sociedade que mais aproveitou as oportunidades da acumulação selvagem criadas pelo neoliberalismo (privatizações, acesso privilegiado à informação estratégica, corrupção, as ONGs das primeiras damas, que nós vemos em todos os países do Sul global). Enfim, uma relação de total promiscuidade com o Estado. Há, depois, a sociedade civil estranha, na qual há uma presença de direitos e de cidadania de baixa intensidade, que só muito parcialmente garante os direitos cívicos e ainda mais parcialmente os sociais e econômicos. Por fim, há o que chamo de sociedade civil incivil, as populações descartáveis, totalmente excluídas, que vivem fora de qualquer ideia de contrato social".[15]

---

13. Segundo relatório da Unesco, modelo de educação chileno gera desigualdade e exclusão. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/18359/segundo+relatorio+da+unesco+modelo+de+educacao+chileno+gera+desigualdade+e+exclusao.shtml[. Acesso em: 08.12.2011.
14. Idem.
15. SANTOS, Boaventura de Sousa. Entrevista. *Revista Margem Esquerda*, n. 8, Boitempo, p.13.

3.2.2 A atuação dos estudantes para a efetivação de seus direitos

Para conseguir as mudanças no sistema educacional, os estudantes sugeriram a realização de uma Assembleia Constituinte. Propuseram também que o financiamento do ensino gratuito fosse feito através da renacionalização do cobre e de uma reforma tributária. Procuraram assim uma solução democrática para o conflito, considerando a realização de um plebiscito para que os cidadãos decidissem que tipo de ensino o país quer. Os estudantes mostraram criatividade na forma dos protestos, usando disfarces, fazendo bailes, imitações de suicídios coletivos, dando beijos em massa, aparecendo com corpos nus pintados, organizando corridas à volta do *Palacio de La Moneda*. Renascia a figura de Salvador Allende, as passeatas eram repletas de letreiros como: "Os sonhos de Allende são possíveis". Procuravam assim, não só chamar a atenção, mas também interagir com outros setores da sociedade e desvincular-se dos atos de violência de rua.[16]

José Manuel Morales, da Federação de Estudantes da Universidade do Chile (FECh), em entrevista à historiadora Joana Salém Vasconcelos, apontou que as diferenças do movimento iniciado em 2011 em relação ao de 2006 são, primeiro, que agora há mais atores, não somente os estudantes, mas também intelectuais, trabalhadores e professores: "A cidadania em seu conjunto se agregou ao movimento. E a segunda diferença é que além de questionar o sistema educacional, o movimento questiona aspectos estruturais da sociedade em seu conjunto. Então, estamos diante de um movimento que, se bem planejado, pode afetar a forma de entender a democracia e as desigualdades no interior do Chile".[17]

Diante do quadro que se formou, o então Ministro da Educação, Felipe Bulnes, propôs uma série de medidas, como a garantia do cumprimento da legislação que determina o reinvestimento dos resultados de universidades privadas nas instituições – o que inclui o oferecimento de bolsas de estudos; a redução de 6% para 2% ao ano os juros do crédito educativo proporcionado pelo governo; o aumento do número de bolsas de estudo de forma que dois terços dos alunos de famílias de baixa renda possam frequentar cursos superiores; e a

16. Estudiantes buscan terminar con la hererencia de Pinochet. *Le Monde Diplomatique*. Disponível em: [www.lemondediplomatique.cl/Articulo-de-Victor-Hugo-de-la.html]. Acesso em: 08.12.2011.

17. O movimento estudantil deve levantar uma voz política que reclame por mudanças sociais. *Juntos!* Disponível em: [www.juntos.org.br/2011/08/%E2%80%9Co-movimento-estudantil-deve-levantar-uma-voz-politica-que-reclame-por-mudancas-sociais%E2%80%9D]. Acesso 15.01.2012.

ampliação do investimento no ensino secundário, estabelecendo treinamento para professores, criando mecanismos de aferição de resultados e concedendo subsídios aos municípios.[18]

Os estudantes, porém, persistiram nas suas mobilizações, recusaram as propostas do governo para baixar a taxa de juro do crédito e continuam a exigir uma mudança de paradigma do sistema educacional chileno. A dirigência da Confederação dos Estudantes do Chile (Confech) sugere uma mudança radical no modelo de educação chilena e não só aumento de recursos estatais.

Camila Vallejo, que esteve na presidência da Confech durante as manifestações que ocorreram desde maio de 2011, perdeu a nova eleição para o estudante de Direito Gabriel Boric. O resultado, publicado em dezembro do ano passado, revela um desejo de radicalizar as manifestações em 2012, já que a corrente vencedora não considera a via parlamentar como espaço de resolução das demandas estudantis. Após meses de paralização dos estudantes, protestos e choques com a polícia, Camila e seu vice, Giorgio Jackson, vinham privilegiando a opção de trasladar o debate político sobre as demandas estudantis para o Parlamento, especialmente para os trabalhos das comissões de Orçamento e Educação, como forma de pôr um fim ao impasse.[19] Mas os setores mais radicais consideram a opção uma derrota.

Ao contrário da ex-presidente, que é membro da Juventude Comunista, Boric não possui filiação política, nem ideológica. Ele representa uma corrente autonomista, antipartidária. Segundo o analista chileno Nibaldo Mosciatti, é possível fazer uma aproximação da eleição da Confech com o que ocorreu no Chile com a Unidade Popular. Segundo ele: "Naquela época, os comunistas representavam a ala menos radical, a ala que defendia a via parlamentar como foro adequado para a resolução dos conflitos, da mesma forma que acontece agora. Mas os setores mais radicais, neste caso, os anarquistas, os autônomos e mesmo os socialistas não veem o parlamento nem a política formal como instâncias representativas".

De acordo com a nova diretoria da Confech, as diretrizes do movimento para o ano de 2012 serão, em síntese, menos marchas, novos aliados sociais e propostas mais concretas. "Não podemos passar o chapéu e dizer: 'coloquem

18. Palácio de la Moneda. *Veja*. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tag/palacio-de-la-moneda/]. Acesso em: 08.12.2011.

19. Líder do movimento estudantil, Camila Vallejo perde eleição no Chile. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/18365/lider+do+movimento+estudantil+camila+vallejo+perde+eleicao+no+chile.shtml]. Acesso em: 08.12.2011.

aqui suas demandas que nós as assumiremos'. Temos que ter um programa próprio, contrapor com o do Governo e convidar a cidadania a debater qual é o melhor modelo", disse Boric.[20]

3.2.3 A posição de medidas repressoras e a tentativa de criminalização

Em 2011, quando os estudantes saíram às ruas para protestar a calamidade da educação pública, em passeatas que chegaram a reunir entre 80 mil e 500 mil pessoas apenas em Santigo, sofreram diversas restrições no exercício de direitos constitucionais. Restrições que incluem ameaças de proibição a regulamentações desnecessárias, isto é, não justificadas em uma democracia, como, por exemplo, o projeto de lei apresentado pelo Presidente Sebastian Piñera (primeiro presidente de direita eleito democraticamente no país nos últimos 50 anos), que estabelecia pena de até três anos de cadeia para estudantes que ocupassem escolas e universidades como forma de protesto, além de prever penas específicas para quem interrompesse o tráfego ou serviços públicos, desrespeitasse a polícia e lançasse bombas incendiárias.[21]

A finalidade do direito penal é intervir socialmente para tutelar os bens jurídicos fundamentais, ou seja, proteger os bens relevantes à vida do indivíduo e da própria sociedade. É tarefa do legislador selecionar os tipos penais, isto é, os comportamentos humanos que ofendem os bens essenciais à manutenção do equilíbrio social e são, portanto, considerados crimes. Esse processo recebe o nome de tipificação penal. Os tipos penais criados pelo projeto de lei citado acima não são selecionados levando-se em conta as ações praticadas, mas sim as pessoas que praticaram essas ações. É o caso de uma tentativa de criminalização e penalização dos envolvidos nas "atividades" do movimento estudantil, uma vez que a gravidade das ações e a importância dos bens jurídicos atingidos são delegadas a segundo plano, e a lei visa prioritariamente a punir o praticante do delito.[22] Nota-se, portanto, uma franca contradição com os princípios

20. Movimento estudantil muda estratégia e propõe reformas concretas no Chile. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/19256/movimento+estudantil+muda+estrategia+e+propoe+reformas+concretas+no+chile.shtml]. Acesso em: 20.01.2012.

21. Chile baixa Lei de Segurança Nacional para reprimir protestos de estudantes. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/16049/chile+baixa+lei+de+seguranca+nacional+para+reprimir+protestos+de+estudantes.shtml]. Acesso em: 14.12.2011.

22. É o caso observado em vários movimentos sociais no Brasil, à medida que ocorre uma criminalização da luta social e de suas lideranças, fazendo ressurgir a ideia de

fundamentais que orientam o direito penal, que têm por objetivo, entre outras coisas, exercer um controle do poder punitivo do Estado para que ele não atue de forma arbitrária e desmedida.

Para o Presidente da Federação de Estudantes da Universidade Católica do Chile (Feuc), Giorgio Jackson, a medida "responde a uma lógica de combater o sintoma, não a enfermidade", disse ele, criticando a possibilidade de três anos de cárcere.[23] A organização dos Repórteres Sem Fronteiras, comentando o projeto, declarou: "Os estudantes poderiam enfrentar três anos de prisão por terem se sentado na rua ou em um estúdio da redação? Seria muito difícil que os manifestantes marchassem em lugares que não fossem ruas, estradas ou pontes. Estas cláusulas provocariam um sorriso se não colocassem em cheque o direito de se manifestar, outro pilar da liberdade de expressão".[24]

O projeto de lei, que ficou conhecido como "Lei Hinzpeter" (em referência ao seu gestor, o Ministro do Interior, Rodrigo Hinzpeter), "lei de antiocupa-

---

que "questão social é caso de polícia", como pensava o ex-Presidente brasileiro Washington Luís, que governou de 1926 a 1930. Conforme consta em "A Criminalização dos Movimentos Sociais no Brasil: Relatório de Casos Exemplares", do Movimento Nacional de Direitos Humanos, exemplo disso foi a CPI da Terra, na qual o deputado Abelardo Lupion (PFL-PR) propôs a tipificação do ato de ocupação de terra como crime de terrorismo, qualificado como hediondo. Além disso, são frequentes as prisões arbitrárias e políticas, combinadas à desigualdade da aplicação de medidas judiciais. O Estado brasileiro, portanto, também por vezes demonstra resquícios de autoritarismo ao inibir a manifestação dos ativistas, utilizando instrumentos legais para qualificar suas ações como atos de delinquência. Poderíamos mencionar diferentes protagonistas nos movimentos brasileiros, desde os sem terra e os pequenos agricultores aos quilombolas, indígenas, favelados, presidiários, homossexuais e mulheres. Conhecem-se muitos casos de violação contra movimentos sociais e defensores de direitos humanos, como o do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB); o do Movimento das Mulheres Camponesas (MMC); e, com maior impacto no cenário político nacional, o caso do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), que busca lutar pela obtenção de terra em assentamentos criados pelo governo. Maiores informações estão no dossiê divulgado pelo PAD (Processo de Articulação e Diálogo), A repressão aos defensores de direitos humanos e movimentos sociais no Brasil, disponível em: [www.pad.org.br/sites/default/files/Dossi%C3%AA%2001042011.pdf], acesso em: 02.03.2012.

23. Estudantes chilenos criticam lei do governo para punir protestos. *Sul21*. Disponível em: [http://sul21.com.br/jornal/2011/10/liderancas-estudantis-do-chile-criticam-proposta-do-governo-de-reforma-do-codigo-penal/]. Acesso em: 08.12.2011.

24. Un proyecto de reforma del Código Penal pisotea las libertades fundamentales y hace de los periodistas confidentes de la policía. *Reporteros sin Fronteras*. Disponível em: [http://es.rsf.org/chile-un-proyecto-de-reforma-del-codigo-06-10-2011,41138.html]. Acesso em: 08.12.2011.

ção" ou "e fortalecimento da Ordem Pública" previa, ainda, que o governo poderia solicitar a entrega voluntária de imagens, vozes ou sons que haviam sido captados ou registrados, servindo para esclarecer um delito, sem uma ordem judicial. Isto, segundo o texto da lei, "responderia às circunstâncias em que se cometem delitos contra a ordem pública nas quais é comum a presença de meios de comunicação massiva, que permitem a existência de diversos meios de prova úteis na demonstração de atos criminosos". A crítica a essa disposição ficou principalmente por conta dos repórteres, que viram na mesma uma afronta aos princípios constitucionais em matéria de liberdade de expressão e informação.[25] No entanto, em face da repercussão, em janeiro de 2012 o governo chileno anunciou que iria enviar uma indicação para eliminar a norma.[26]

O Presidente da Associação Nacional de Magistrados, Leopoldo Llanos, qualificou as declarações como "improcedentes" devido ao fato de que se imiscuem "nas faculdades de outro poder público".[27] Dessa maneira, a Confech continua pedindo aos membros do Parlamento que rechacem a lei proposta por Piñera e Hinzpeter, pois esta constitui uma afronta não somente aos estudantes, mas a todo protesto social legítimo ocorrido no país, atentando contra as liberdades sociais e políticas e o direito de se manifestar pacificamente.

A tensão em torno do movimento não se limitou a isso. Outro agravante foi a declaração de Hinzpeter no dia 18.10.2011 de que a Lei de Segurança Nacional passaria a vigorar a partir do dia seguinte em todo o país.[28] Essa lei amplia os poderes da polícia para interpelar suspeitos e deter pessoas sem acusação formal, além de restringir direitos de associação e circulação dos cidadãos. O anúncio do Min. Hinzpeter recebeu diversas críticas, dentre elas, a do analista político Patricio Navia, acadêmico da *New York University* e da Universidade

25. El Gobierno retira una norma peligrosa para los periodistas: "El congreso debe seguir rápido". *Reporteros sin Fronteras*. Disponível em: [http://es.rsf.org/chile-el-gobierno-retira-una-norma-de-un-23-01-2012,41746.html]. Acesso em: 08.12.2011.

26. Governo chileno desiste de projeto de lei considerado uma ameaça à liberdade de expressão. *Knight Center for Journalism in the Americas*. Disponível em: [http://knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/governo-chileno-desiste-de-projeto-de-lei-considerado-uma-ameaca-liberdade-de-expressao]. Acesso em: 08.12.2011.

27. Piñera endurece as penas. *Instituto Humanitas Unisinos*. Disponível em: [www.ihu.unisinos.br/noticias/501545-pi%C3%B1era-endurece-as-penas]. Acesso em: 08.12.2011.

28. Chile baixa Lei de Segurança Nacional para reprimir protestos de estudantes. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/16049/chile+baixa+lei+de+seguranca+nacional+para+reprimir+protestos+de+estudantes.shtml]. Acesso em: 14.12.2011.

Diego Portales de Santiago do Chile, que afirmou ser esta "uma lei da ditadura, criada para reprimir o que se chama no Chile de terroristas sem muita base legal". Segundo ele, "trata-se de uma tentativa do Presidente Sebastián Piñera de recuperar sua popularidade entre os setores de direita" uma vez que menos de 30% dos chilenos apoiam seu governo.[29]

Em cerimônia oficial no *Palacio de la Moneda*, o presidente afirmou que "quem pretenda atentar contra a tranquilidade e a vida normal dos cidadãos ou contra a propriedade pública ou privada vai encontrar uma legislação dura e firme que estabelecerá os castigos que correspondem a atos criminais". De acordo com a Professora de Justiça Criminal da Universidade Diego Portales de Santiago, Alejandra Mera, o governo estava claramente decidido a reprimir e criminalizar os movimentos sociais. A Associação de Magistrados do Chile também protestou contra o anúncio e disse que todos os crimes mencionados por Piñera já se encontravam tipificados no direito penal chileno antes.[30]

Em oposição às medidas tomadas pelo governo chileno, o direito penal deve se orientar de acordo com o princípio da intervenção mínima, uma vez que é considerado a última razão dentro do ordenamento jurídico, e, portanto, só deve atuar quando os demais ramos do direito não conseguem proteger os bens que são essenciais à própria existência do corpo social. Além disso, possui caráter fragmentário, uma vez que se limita a punir apenas as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais relevantes. "A violação de um bem jurídico penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a ultima ratio da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária. (...) Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da jurídica não penal, se revelem insuficientes ou inadequados".[31]

---

29. Pacote de leis para reprimir manifestações é criticado no Chile. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/15684/pacote+de+leis+para+reprimir+manifestacoes+e+criticado+no+chile.shtml]. Acesso em: 08.12.2011.

30. Idem.

31. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões Fundamentais a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I, p. 128.

No caso chileno, no entanto, houve a intervenção imediata do direito penal, sem que se tenha antes analisado as possibilidades de outros meios de resolução do conflito. Os então porta-vozes da Confech, Giorgio Jackson e Camila Vallejo, denunciaram o excesso de violência policial. "É absolutamente irresponsável reprimir sem provocação alguma". "Foi o governo quem fechou as portas aos movimentos sociais que mostraram em todo momento disposição ao diálogo, enfrentando dificuldades e provocações", acusou Camila Vallejo.[32]

A repressão foi marcada também por uma onda de perseguição a jornalistas, que inclui prisões, espancamentos e atentados a bomba. A polícia do Chile é acusada de agredir quase 20 jornalistas ao longo de um ano e sofre processos pelo sequestro e tortura de dois fotógrafos.[33] Os policiais destruíram câmeras e apagaram imagens que registravam a tropa de choque disparando bombas de gás com escopetas contra o corpo de manifestantes. No final do ano passado, a polícia chilena propôs um pacote de medidas para diminuir a violência contra profissionais de imprensa, o que não impediu que jornalistas continuassem a ser intimidados e agredidos. O governo chileno respondeu de forma evasiva às denúncias e seu porta-voz, Andrés Chadwick, negou que se trate de uma política de perseguição sistemática e disse que o Chile é hoje "um exemplo de liberdade de expressão".[34]

4. A CRÍTICA MARXIANA NA GAZETA RENANA

4.1 Os debates sobre a Lei do Furto de Lenha

Dentro do estudo previamente realizado a respeito do movimento estudantil no Chile, passaremos a uma reflexão sobre aspectos de suma importância no debate sociológico e jurídico relacionado ao assunto, principalmente no que diz respeito ao direito de propriedade e à maneira como, em determinada época, o direito pode defender os interesses de uma minoria privilegiada.

---

32. Governo chileno proíbe manifestações e faz violenta repressão a estudantes. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/15766/governo+chileno+proibe+manifestacoes+e+faz+violenta+repressao+a+estudantes.shtml]. Acesso em: 12.01.2012.

33. Polícia diz que vai proteger jornalistas no Chile, mas agressões continuam. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/18028/policia+diz+que+vai+proteger+jornalistas+no+chile+mas+agressoes+continuam.shtml]. Acesso em: 14.12.2011.

34. Idem.

Com esse propósito, utilizaremos como objeto de análise os artigos escritos por Karl Marx durante sua juventude, quando participou das atividades jornalísticas da imprensa liberal alemã, mais especificamente da Gazeta Renana. O pensador escreveu uma série de debates acerca da Lei sobre o Furto de Lenha, envolvendo-se nas discussões políticas da Alemanha da época e chamando a atenção para aspectos de sua organização social que devem ser tomados, ainda na atualidade (apesar da sociedade alemã desse período ser bastante diferente das nossas, hoje em dia), como muito úteis na análise das relações existentes entre o direito, a liberdade e a propriedade.

Esses escritos surgem entre 1842 e 1843, no período em que o autor partilha com os neo-hegelianos da filosofia da ação, ou do idealismo ativo.[35] Nesses debates, um dos pontos mais trabalhados por Marx é a relação entre direito e propriedade privada. O autor questiona as ideias da VI Dieta Renana, as quais buscam fundar o direito de acordo com os interesses dos proprietários privados, no caso, os proprietários de bosques, que se beneficiam com a Lei sobre o Furto de Lenha.

As dietas provinciais foram instituídas na Prússia em 1823. Eram formadas por representantes dos príncipes, dos cavaleiros, das cidades e das comunas rurais. Como a participação nas eleições para a dieta dependia da propriedade fundiária, a massa da população ficava excluída. O mecanismo eleitoral assegurava o predomínio da nobreza. As dietas eram convocadas pelo rei, e a sua competência era limitada a questões administrativas locais. A VI Dieta Renana era composta por quatro representantes dos príncipes, 25 dos cavaleiros, 25 da burguesia e 25 cidadãos. A maioria requerida era de dois terços, de maneira que a nobreza, dispondo da maioria, fazia o que queria.[36] É isso que preocupa Marx nos debates da VI Dieta Renana, o fato de o Estado alemão se apresentar como mero instrumento do interesse privado, e da representação política se dar por meio de estamentos.

Historicamente, a população pobre supria suas necessidades de lenha apropriando-se da mesma nos bosques e nas florestas da região em que residia, procedimento que havia se convertido em direito consuetudinário. A Lei sobre o Furto de Lenha procurou regular a situação punindo o roubo de lenha, e com maior rigor ainda, a recolha de lenha caída, coisas que, segundo Marx, são es-

35. EIDT, Celso. *O estado racional: lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842-1843)*. Dissertação (Mestrado em Filosofia), UFMG/FAFICH, Belo Horizonte, 1998, p. 5.

36. Idem, p. 227.

sencialmente diversas (ele argumenta que há uma diferença crucial entre a lenha verde, separada da árvore da qual faz parte, e a lenha caída naturalmente).

A nova lei penal sujeitava o infrator ao cumprimento de pena na forma de trabalhos forçados. São aprovados ainda uma série de parágrafos com disposições especiais a respeito do tema, a maioria sendo de caráter extremamente arbitrário e resultando, quase sempre, em vantagem para o proprietário de bosques. É importante assinalar, nesse ponto, como a legislação da VI Dieta Renana consegue dissolver as próprias fronteiras do direito para proteger as fronteiras da propriedade.[37] A Dieta ainda confere poderes jurídicos ao próprio vigilante florestal, encarregado de denunciar o furto de lenha e determinar o valor do que foi roubado, incorporando em si, além da função de parte, também a de juiz. A respeito dessa lei, Marx propõe a seguinte questão básica: a apropriação da lenha caída seria um crime ou apenas um ato de necessidade?

Assim, o autor refuta o direito que parte essencialmente do direito da propriedade e não das necessidades dos homens e discute a legitimidade da propriedade privada: "Se toda violação da propriedade, sem distinção e sem determinação mais precisa, é roubo, não é toda propriedade privada um roubo? Não excluo, por meio da minha propriedade privada, a todo terceiro desta? Não violo, pois, o seu direito de propriedade? Se negais a diferença entre os tipos essencialmente diversos do mesmo delito, então negais o delito como uma diferença do direito; desta forma superais o próprio direito, uma vez que todo delito tem um lado em comum com o direito".[38]

Nessa linha de pensamento, o homem é possuidor de direitos apenas pela condição universal de ser homem, e não por sua condição de proprietário privado. O interesse se imporia de forma absoluta e arbitrária, pois diante do direito de propriedade, o direito dos homens é minado. O direito consuetudinário dos ricos, assim, seria uma afronta ao direito racional, pois desvia do sentido primordial do direito, ou seja, a garantia do direito em si, e não de interesses privados. Maria Orlanda Pinassi, em artigo escrito na revista *Margem Esquerda*, afirma que "os sem-propriedade tiveram que ser criminalizados na história do capital, até porque a miséria que os reveste é a mais transparente prova da desigualdade material e do enriquecimento sempre ilícitos dos proprietários privados".[39]

37. Idem, p. 150.

38. MARX, Karl. Debates acerca da Lei sobre o Furto de Lenha. Trad. anexada em: EIDT, Celso, op. cit., p. 255.

39. PINASSI, Maria Orlanda. No mundo do capital, a ocasião faz o ladrão. *Revista Margem Esquerda*, n. 8, Boitempo, p. 44.

Seguindo com sua análise, Marx estabelece uma relação entre delito e direito, pois a conduta delituosa fere o direito, exigindo uma pena: "Se o conceito do delito exige uma pena dessas, a realidade do delito requer uma medida para a pena. O delito real é limitado. A pena já deve ser limitada por ser concreta e deve, além do mais, ser limitada com base num princípio jurídico para ser justa. A tarefa consiste em tornar a pena consequência real do delito. Logo, a pena deve aparecer ao delinquente como o efeito necessário de sua própria ação, por isso, como seu próprio ato. Portanto, o limite da sua pena deve ser o limite da sua ação".[40]

A pena para o furto de lenha é considerada pelo proprietário uma prestação de contas à propriedade, exigindo-se uma restituição do valor da lenha furtada, mais uma multa e ainda uma indenização especial. O crime se transforma em renda. Levando em conta esse contexto, o que seria a pena então, uma restauração do direito ou da propriedade privada?

Para o Marx da Gazeta Renana, a essência do delito não está em ferir o objeto material, mas em atacar o vínculo estatal, o verdadeiro vínculo humano. Em suma, a pena aplicada ao infrator tem caráter estatal, quando é vista na perspectiva do direito racional. Quando a VI Dieta Renana faz da lei penal um acerto de contas entre homens privados e possibilita converter a sentença de um condenado em prestação de serviços ao proprietário acusador, ela sacrifica o próprio direito ao interesse.[41] Observamos, da parte de Marx, uma preocupação em garantir uma legislação racional e universal, denunciando a arbitrariedade do trabalho legislativo na Renânia de seu tempo, pois, para ele, o juiz não pode ser imparcial se a lei é parcial. Diz: "A dieta foi chamada a decidir se os princípios do direito devem ser sacrificados ao interesse da proteção florestal ou se os interesses da proteção florestal devem ser sacrificados aos princípios do direito; o interesse venceu o direito".[42]

Na concepção que adota à época em que escreve esses artigos, Marx considera o Estado sob a ideia de liberdade universal do ser humano, assim como Hegel. O direito deve ser entendido como atributo do homem racional, pois é o instaurador da liberdade e da igualdade. No pensamento hegeliano, o direito é tomado como forma de suprir as demandas da evolução do homem em sociedade, expressando o espírito de um povo fundado na vontade racional, e o caráter universal do direito representa a superação de todas as parti-

40. MARX, Karl. Debates acerca da Lei sobre o Furto de Lenha cit., p. 256.

41. EIDT, Celso, op. cit., p. 161.

42. MARX, Karl. Debates acerca da Lei sobre o Furto de Lenha cit., p. 285.

cularidades[43] (a lei em detrimento da vontade particular; contrapondo-se à individualidade estrita).

Ainda, a lei é a afirmação da liberdade, e a razão fazendo a norma do positivo constitui a validade do Estado: "A lei não está isenta do dever universal de dizer a verdade. Ela tem esse dever duplamente, porque é a voz universal e autêntica da natureza jurídica das coisas. Não é, pois, a natureza jurídica das coisas, que se atém à lei, mas a lei à natureza jurídica das coisas".[44]

Entretanto, numa fase posterior de sua obra, Marx muda seu pensamento e passa a adotar uma ideia contraria à de Hegel, o que fica evidente na Crítica da Filosofia do Direito de Hegel, na qual ele discute a prevalência do idealismo na Alemanha, que para ele não havia atingido na prática os mesmos estágios que alcançou na teoria. Além disso, essas necessidades teóricas, para o pensador, nem sempre correspondiam às necessidades reais da sociedade: "A teoria só se realiza num povo na medida em que for a realização de suas necessidades. (...) Não basta que o pensamento instigue a realizar-se; a realidade deve igualmente compelir o pensamento".[45]

Na Prússia do período em questão, era fácil observar a exclusão de uma determinada parcela da população dos assuntos de interesse do Estado. Dessa maneira, Marx percebeu, a partir da lei sobre o furto de lenha, que a Alemanha estava se distanciando do modelo em que acreditava, pois o direito estava cedendo lugar a interesses privados, e, consequentemente, desviando-se de seu caráter racional de instaurador da liberdade.[46] Assim, denuncia a pretensão dos estamentos mais elevados da sociedade de interferir na esfera da legislação, ou seja, na esfera do direito, e introduzir os seus próprios interesses e ideias. Na crítica que realiza, já observamos em Marx certa característica político-prática, não se limitando ao plano teórico-filosófico nas discussões de uma realidade que ele, como já é possível perceber, pretendia mudar.

Contudo, apesar de constatar que o Estado alemão de sua época servia aos interesses de algumas classes, o Marx da Gazeta Renana ainda acredita na ideia de que um estado fundado na diferença de classes não pode se desenvolver racionalmente. A uma realidade, o estado de classe, Marx opõe a ideia de um estado universal. E nessa oposição, não ultrapassa as posições da juventude

43. Vide: HEGEL, F. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

44. MARX, Karl. Debates acerca da Lei sobre o Furto de Lenha cit., p. 255.

45. MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel (1843)*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 15-16.

46. No mesmo sentido: EIDT, Celso, op. cit., p. 149.

hegeliana.[47] Todavia, posteriormente, essa convicção é abandonada pelo pensador diante da realidade observada, passando ele a defender a existência de um estado e uma vontade de classe.

Ainda na sua crítica a Hegel, Marx chega à conclusão que a emancipação do povo alemão só seria alcançada com o desenvolvimento do proletariado, que desempenha o papel de libertador da Alemanha. O seguinte trecho evidencia claramente esse pensamento, que merece destaque também por incluir a questão da propriedade privada: "O proletário encontra-se assim, em relação ao mundo que está ainda a surgir, no mesmo direito em que o rei alemão está relativamente ao mundo já existente, quando chama ao povo o seu povo ou a um cavalo o seu cavalo. Ao declarar o povo com sua propriedade privada, o rei afirma simplesmente que quem detém a propriedade privada é rei".[48]

Para o jovem Marx, no entanto, o Estado deveria garantir o direito contra toda casualidade, pois é imortal. Assim, o Estado não pode dizer que um interesse privado é imortal. Estabelece-se então um confronto entre interesse particular (propriedade privada) e interesse geral (Estado). Por isso é que o comportamento do proprietário de bosques e o comportamento do Estado se excluem. Entretanto, o fato de o Estado não garantir a imortalidade da propriedade privada, não significa que exclua a mesma da esfera do direito, pois a defesa deste e de todas as formas legais estão acima da defesa do interesse:[49] "Por certo, o Estado garantirá vosso interesse privado enquanto possa ser garantido por meio de leis e de normas preventivas racionais. Mas o Estado não pode conceder à vossa pretensão privada contra o delinquente nenhum outro direito do que o das exigências privadas, a proteção da jurisdição civil. Se, por esse meio, por causa da pobreza do delinquente, não vos podeis assegurar algum ressarcimento, assim nada mais se segue do que o encerro de todos os caminhos do direito para alcançá-lo. Não por isso o mundo submerge, nem o Estado abandona o caminho solar da justiça. (...) Mas, se o Estado convertesse o delinquente em vosso servo temporal, sacrificaria a imortalidade do direito a vosso finito interesse privado. Isso demonstraria, pois, ao delinquente a caducidade do direito, cuja imortalidade lhe deveria demonstrar através da pena".[50]

O Estado seria responsável pela defesa dos interesses da população pobre em face dos interesses privados, e também por reconhecer a existência de um

47. Idem, p. 127.

48. MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel (1843)* cit., p. 21.

49. EIDT, Celso, op. cit., p. 125.

50. MARX, Karl. Debates acerca da Lei sobre o Furto de Lenha cit., p. 281.

cidadão equivalente a qualquer outro no infrator, não devendo, portanto, cortar completa e repressivamente o vínculo com esse indivíduo: "Também num infrator de lenha o Estado precisa ver um homem, um membro vivo, no qual corre o sangue de seu coração, um soldado que deve defender a pátria, uma testemunha cuja voz deve valer diante do tribunal, um membro da comunidade capacitado a ocupar cargos públicos, um pai de família cuja existência é sagrada, e, antes de tudo, um cidadão do Estado. E o Estado não pode excluir facilmente um de seus membros de todas essas determinações, porque amputa a si mesmo toda vez que faz de um cidadão um delinquente".[51]

Nesse trecho, Marx procura demonstrar que um criminoso não é sempre um criminoso, nem apenas um criminoso. Não por isso, também, ele pode ser tratado como um indivíduo excluído permanentemente da sociedade.

4.1.1 O movimento estudantil no Chile à luz dos debates sobre o furto de lenha

A análise dos debates de Marx sobre o furto de lenha possibilita tecer algumas considerações associando-os ao estudo dos movimentos estudantis ocorridos no Chile. O Marx da Gazeta Renana certamente estaria de acordo com as críticas à política autoritária do governo chileno, expressa pelas medidas repressoras, que confirma uma identidade de mercado deletéria da sociedade, e suprime os espaços de realização da subjetividade com a instauração dos privilégios e exclusão no ensino universitário. A organização do Estado chileno promove discriminação na educação com base nas mediações da propriedade privada, reduzindo o acesso ao conhecimento e o desenvolvimento social produzido na Universidade a uma camada ultraprivilegiada "que pode pagar" por eles. Dessa forma, o que posso fazer não depende da minha individualidade, já que meu próprio poder é tão grande quanto o do meu dinheiro: "Se podes pagar seis cavalos,/As suas forças não governas?/Corres por morros, clivos, valos,/Qual possuidor de vinte e quatro pernas (GOETHE, Fausto, *Mefistófeles*)".[52]

Para assegurar a manutenção do "direito universal à educação" como um bem de consumo, o Estado usa o seu poder de forma autoritária e violenta, recorrendo à seleção punitiva de determinados setores que "oferecem perigo à identidade de mercado" e que podem modificar a organização vigente que privilegia uns em detrimento de outros. O Chile é um dos países da América Latina com maior número de encarceramentos. De acordo com o Informe anu-

51. Idem, p. 262-263.

52. MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. Terceiro Manuscrito: Dinheiro.

al sobre Direitos Humanos no Chile em 2011, o grande aumento da população carcerária do país, nos últimos vinte anos, evidencia os problemas nas políticas criminais chilenas, que usam a ferramenta penal e a sanção de privação da liberdade de maneira desmedida e, o que é pior, de maneira seletiva, criminalizando com maior rigor aqueles setores da população menos favorecidos, o que pode ser visto, por exemplo, na desproporcionalidade das penas impostas aos delitos contra a propriedade.[53]

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias, a realidade do crime "não resulta apenas do seu conceito, ainda que material, mas depende também da construção social daquela realidade: ele é em parte produto de sua definição social, operada em último termo pelas instâncias formais (legislador, polícia, Ministério Público, juiz) e mesmo informais (família, escolas, igrejas, clubes, vizinhos) de controle social".[54]

Esse processo de seleção do crime e do criminoso é o fundamento da Teoria do *Labelling Approach* ou Teoria da Rotulação Social, segundo a qual "a conduta desviante é o resultado de uma reação social e o delinquente apenas se distingue do homem comum devido à estigmatização que sofre".[55] Howard S. Becker, o primeiro a se aprofundar na problemática das condutas desviantes, afirma: "Os grupos sociais criam a desviação por meio do estabelecimento das regras cuja infração constitui desviação, e por aplicação dessas regras à pessoas específicas é que são rotuladas como outsiders. Dentro dessa linha de raciocínio, a desviação não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação pelos outros das regras e sanções para o ofensor".[56]

Figueiredo Dias ressalta ainda que "a perseguição criminal, na sua sistemática redução da complexidade social de certas expressões da vida, beneficia aqueles que estão em condições de influenciar e dirigir uma tal redução, desfavorecendo aqueles que se não encontram naquelas condições".[57] Assim como Marx refuta a lei sobre o furto de lenha, mostrando que apanhar lenha para atender a necessidades não é crime,[58] vemo-nos constantemente diante de

---

53. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Protesta Social y Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, 2011, p. 83.
54. DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 132.
55. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 308.
56. BECKER, Howard S., 1963 apud SHECAIRA, 2011, p. 308.
57. DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 132.
58. Dario Melossi afirma que, nos *Debates acerca da Lei sobre o Furto de Lenha* cit., Marx demonstra "como o recolhimento de lenha caída nos bosques era uma das

uma série de condutas, protestos, atos e movimentos que, apesar de na maioria das vezes serem renegados sob o estigma do crime, não constituem nenhum procedimento antissocial, nenhuma ameaça à democracia ou à "segurança" do Estado, como o movimento estudantil chileno.

De acordo com Marx, "fazer crer que existe um crime onde não há crime vos dará tão pouco êxito quanto êxito vos dará transformar o próprio crime em ato legal! Tendes dissolvido as fronteiras, mas errais ao crer que estão dissolvidas apenas para o vosso interesse. O povo vê a punição, mas não vê o crime, e porque vê a punição onde não há crime, logo não mais verá crime onde há punição. Ao empregar a categoria roubo ali onde ela não pode ser empregada, também a tendes atenuado ali onde deve ser empregada".[59]

Maria da Glória Gohn, referência no estudo dos movimentos sociais, ciente de que não há uma única forma correta e universal de defini-los, assume o risco de formular uma conceituação: "Movimentos sociais são ações sociopolíticas construídas por atores sociais coletivos pertencentes a diferentes classes e camadas sociais, articuladas em certos cenários da conjuntura socioeconômica e política de um país, criando um campo político de força social na sociedade civil. (...) Os movimentos geram um série de inovações nas esferas pública (estatal e não estatal) e privada; participam direta ou indiretamente da luta política de um país, e contribuem para o desenvolvimento e a transformação da sociedade civil e política. Estas contribuições são observadas quando se realizam análises de períodos de média ou longa duração histórica, nos quais se observam os ciclos de protestos delineados. Os movimentos participam, portanto da mudança social histórica de um país e o caráter das transformações geradas poderá ser tanto progressista como conservador ou reacionário, dependendo das forças sociopolíticas a que estão articulados, em suas densas redes; e dos projetos políticos que constroem com suas ações".[60]

Os movimentos sociais são, antes de tudo, uma prova da abertura do sistema democrático, da legitimidade de cada cidadão defender seus direitos atra-

---

últimas sobrevivências do regime medieval de propriedade ou do uso coletivo de determinados bens e como o poder estatal da burguesia assumiu a tarefa de sancionar penalmente o que era, para a "massa pobre", um exercício verdadeiro e adequado do direito" (A questão penal em *O Capital*, *Revista Margem Esquerda* 4, p. 126).

59. MARX, Karl. Debates acerca da Lei sobre o Furto de Lenha cit., p. 255.

60. GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais – Paradigmas clássicos e contemporâneos*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 251-252.

vés de uma ação coletiva. Celso Fernandes Campilongo ressalta, em seu livro "Interpretação do Direito e Movimentos Sociais", que quem faz a crítica aos sistemas diferenciados funcionalmente, quem denuncia suas perversões e desvela as assimetrias produzidas por sistemas que supostamente deveriam incluir igualmente a todos, são os movimentos sociais.[61]

No entanto, acompanhamos a emergência de um discurso de controle social implantado na sociedade em defesa da segurança pública, que levou certos setores a exigirem do Estado pulso firme ao lidar com manifestações que rompam com a "normalidade do sistema social" ou ameacem o "funcionamento saudável da sociedade".[62] Esses setores sociais acreditam que a única forma de conter os "transgressores da ordem" é a edificação de um Estado cada vez mais forte em suas políticas de controle social, que incluem o aumento do número de penitenciárias, a criação de novas leis e medidas punitivas e investimentos no setor militar.

As ações reivindicativas, e não a precariedade dos serviços públicos na área da saúde, educação, transporte, habitação, são apontadas como causa da desordem e tidas como motivo de alarma. Em vez de investir em políticas sociais, que garantam serviços públicos de qualidade, o Estado aperfeiçoa cada vez mais seu sistema punitivo, para poder reprimir com mais eficiência aqueles setores que não têm suas demandas atendidas. Dessa forma, assistimos frequentemente às tentativas de criminalização dos movimentos sociais por parte do Estado, que são muitas vezes apoiadas por grande parte da população.

Nos "Debates acerca da Lei sobre o furto de lenha", Karl Marx afirma: "O legislador sábio prevenirá o delito para não precisar puni-lo, mas não o prevenirá entorpecendo a esfera do direito, mas eliminando a essência negativa de todo impulso jurídico, abrindo com isso, uma esfera positiva de atividades. Não se limitará a remover a impossibilidade dos componentes de uma classe integrarem uma esfera de direitos mais amplos, mas elevará a própria classe à possibilidade real de ter direitos. E se o Estado, para isso, não é bastante humano, rico e generoso, é, ao menos seu dever incondicional não transformar em crime aquilo que só as circunstâncias tornam uma transgressão. Deve proceder com maior moderação, encarando como desordem social o que só com maior injustiça poderia castigar como delito antissocial, senão combaterá o instinto social crendo combater a forma antissocial do mesmo".[63]

---

61. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 8.

62. BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (orgs.), op. cit., p. 115.

63. MARX, Karl. Debates acerca da Lei sobre o Furto de Lenha cit., p. 262.

Esse parece ser o ponto central dos debates que Marx procura incitar na Alemanha, a defesa de uma atividade legisladora que não crie e legitime um Estado de classe, em que um único setor da população seja privilegiado com um rol significativamente mais amplo de direitos do que a grande massa restante. Pelo contrário, o Estado, racional e responsável pela manutenção do maior vínculo entre os indivíduos, deve elevar essa classe menos possuidora a uma possibilidade real de direitos. E o primeiro passo para atingir esse objetivo seria eliminar qualquer tipo de seletividade na repressão penal, modificar as estruturas de punição e lidar com estas de forma mais igualitária, e até mesmo humana.

Assim, o Estado, em vez de criminalizar e reprimir um grupo social, deve procurar zelar para que cada um seja tratado legalmente da maneira como lhe é de direito. É evidente que o controle social estatal é importante e certamente imprescindível (é importante deixar claro que o objetivo aqui não é generalizar ideias ou justificar atos reivindicatórios que se utilizam de violência), mas o que se deve questionar é o modo pelo qual esse controle é exercido, a maneira como o Estado lida com situações de efervescência social.

De acordo com Celso Fernandes Campilongo, "Os movimentos sociais, pelo tipo de conflituosidade da qual são porta-vozes, ilustram exemplarmente de que modo o sistema jurídico reage às turbulências do ambiente e pode transformá-las e traduzi-las em variabilidade interna ao direito e possibilidade de ampliação do horizonte de sentidos das comunicações jurídicas. Nada disso, significa sincronia do tipo demanda-resposta do direito aos movimentos sociais, muito menos garantia de êxito na mobilização do direito pelos grupos de protesto. Mas ilustra como sistema e ambiente se 'autoirritam' e se 'autoestimulam' em razão das recíprocas, incessantes e contingentes instabilidades que os constituem".[64]

4.2 Os debates sobre a Liberdade de Imprensa

Em momentos de agitação popular, como o que ocorreu no Chile no ano de 2011, a atuação da imprensa na divulgação da verdade dos fatos é fundamental para a disseminação das informações e a efetivação do direito elementar de liberdade de expressão. Porém, nos protestos realizados pelos estudantes no ano de 2011, a imprensa oficial do Chile sobrevalorizou as ações violentas, que foram, muitas vezes, provocadas por grupos marginais, que nada tinham a ver

64. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 1-2.

com as manifestações estudantis. A essência do movimento e suas reivindicações foram postas em segundo plano e foram divulgadas imagens e informações que associavam os manifestantes à violência gratuita e à desordem, o que justifica as políticas de controle social desenvolvidas pelo Estado em nome da segurança pública. Considerada por Marx uma das maiores forças na luta pelo desenvolvimento político de um povo, a imprensa abnega sua função quando muda o foco dos acontecimentos para atender às políticas do Estado, em detrimento dos interesses coletivos, deixando de ser, então, "a voz mais indelicada, a mais franca figura do espírito de um povo",[65] para colocar-se a serviço de grupos privilegiados. Desse modo, a imprensa perde as condições necessárias à livre crítica, tornando-se incapaz de desenvolver seu verdadeiro papel.

Com os "Debates sobre a Liberdade de Imprensa", Marx começou a sua colaboração na Gazeta Renana. O autor estava, na época, diretamente envolvido com as questões relacionadas à imprensa alemã, por isso faz forte crítica a ela quando o governo prussiano promulga, em 1841, as Novas Instruções sobre a Censura. Ao contrário do que afirma o governo e boa parte da imprensa, Marx ressalta que a medida reforça a censura na Alemanha, uma vez que na aparência, a imprensa encontraria mais espaço para se desenvolver, mas na realidade o governo estabeleceria um controle mais rígido sobre a atuação desta. Boa parte da imprensa alemã decide seguir rigorosamente as prescrições oficiais, perdendo autonomia e liberdade, segundo Marx, que as acusa de subordinação às políticas do governo.

Marx atribui grande importância à imprensa, que além de um espaço no qual os homens confrontam pontos de vista e realizam sua capacidade de comunicação, constitui também uma das maiores forças na luta pelo desenvolvimento político de um povo, uma vez que é a responsável direta pela formação da consciência política deste, já que possui os meios necessários para tornar públicos os acontecimentos cotidianos, permitindo que os homens se elevem da sua condição isolada ou particular para o espaço da universalidade.[66] Marx discute em seus artigos a natureza, a função e o poder da imprensa, além de dedicar especial atenção em sua fundamentação filosófica.

Nos "Debates sobre a Liberdade de Imprensa", Marx examina a Discussão da VI Dieta Renana, e caracteriza a imprensa como um órgão infantil e carente de autoconsciência. Afirma que na Alemanha a censura é a forma pela qual a imprensa existe, sendo assim os adversários da livre imprensa levam a

65. MARX, Karl. Debates sobre a liberdade de imprensa cit., p. 194.

66. EIDT, Celso, op. cit., p. 70.

vantagem de estarem em conexão com a realidade, enquanto seus defensores nunca chegaram a conhecê-la como uma necessidade. "Em todos os outros debates encontramos as diversas opiniões dos deputados no mesmo nível. Nas questões da imprensa, ao contrário, os adversários da livre imprensa, ganham algo de antemão. Abstraindo dos tópicos e lugares comuns que circulam no ambiente, encontramos nestes adversários um afeto patológico, uma apaixonada presunção, que lhes confere uma posição real, não imaginária, referente à imprensa. Já os defensores nesta dieta, no geral, não mantêm nenhuma relação real com a sua protegida. Eles nunca chegaram a conhecer a liberdade de imprensa como uma necessidade. Esta é, para eles, uma coisa da cabeça, na qual o coração não toma parte; é para eles uma planta exótica, com a qual estão em conexão através de uma simples 'afeição'. Acontece assim que às 'boas' razões dos adversários se opõem, quase sempre, raciocínios vagos e genéricos e a mais mesquinha ideia é tomada como significativa, na medida que não seja negada sua existência".[67]

Apoiado na teoria estética de Goethe, Marx escreve: "Goethe disse, certa vez, que ao pintor só saem bem aquelas belezas femininas cujo tipo ele ao menos amou em algum indivíduo humano vivo. Também a liberdade de imprensa é uma beleza, – embora não feminina – que devemos ter amado para que possamos defendê-la. Quando amo verdadeiramente, sinto a existência do que amo como uma necessidade, sem o que minha essência não pode ter o seu ser preenchido, satisfeito e completo. Aqueles defensores da liberdade de imprensa parecem existir com o seu ser completo, sem que a liberdade de imprensa exista".[68]

Com isso, Marx queria demonstrar que mesmo aqueles que defendiam a liberdade de imprensa, na Alemanha da época, não a enxergavam como uma necessidade, sendo assim não a amavam verdadeiramente, e por isso não podiam protegê-la.

A crítica do homem e da sociedade modernos aparece evidente na questão da liberdade de imprensa como direito universal ou como privilégio particular, que expõe as contradições da época. "Não se pergunta se a liberdade de imprensa deve existir, pois existe sempre. Pergunta-se se a liberdade de imprensa deve ser o privilégio de alguns ou o privilégio do espírito humano. Pergunta-se se deve ser injustiça para uns o que é direito para outros. Pergunta-se se a 'liberdade de espírito' tem direito maior do que a 'liberdade contra o espírito'".[69]

67. MARX, Karl. *Debates sobre a liberdade de imprensa* cit., p. 187.

68. Idem, p. 188.

69. Idem, p. 204.

Sob essa perspectiva, a censura não elimina a liberdade de imprensa, mas sim seu caráter universal, evidenciando que o espírito da imprensa pode ser monopolizado, convertido em privilégio particular, ao invés de ser garantido como direito universal.[70] Como nos "Debates sobre o furto de lenha", Marx critica a sociedade alemã da época, chamando atenção para seu espírito estamental, que se opunha à liberdade de imprensa e à liberdade universal, e era fundamentada na defesa do interesse individual de um estamento em particular, o que ficava evidente nessa dieta, mais do que em qualquer outra: "Os debates nos trazem uma polêmica do estamento dos príncipes, dos cavaleiros e das cidades contra a liberdade de imprensa, de forma que não é o indivíduo mas o estamento que polemiza. Que espelho poderia refletir mais fielmente o íntimo caráter da dieta do que o debate da imprensa?".[71]

De acordo com Marx, a essência da imprensa é a liberdade, uma vez que tem existência espiritual, sendo assim a censura encontra-se em contradição com a verdadeira natureza dela: "A essência da imprensa livre é a essência racional, ética e forte da liberdade. O caráter da imprensa censurada é a não essência, a ausência de caráter, a dependência; ela é um monstro civilizado, uma criatura disforme".[72] Para ele a imprensa é a expressão da liberdade humana, por isso onde há imprensa, há liberdade de imprensa.[73]

A censura é um dos fatores que mais perturbaram a atividade jornalística de Marx, por isso foi objeto de crítica em quase todos seus artigos durante o período da Gazeta Renana. Marx combateu veementemente a censura, uma vez que encontrou uma relação direta entre esta e o atraso político alemão. Da mesma forma que afirma ter a imprensa as condições necessárias para o progresso e o "amadurecimento" do "espírito político" de um povo, acusa a censura de ser o mecanismo arbitrário pelo qual os governos conservadores conseguem bloquear a livre manifestação da consciência popular.[74] Deste modo, o controle da imprensa e a supressão da sua atividade crítica resultam no atraso do espírito político de um país, como ocorreu na Alemanha da época.[75]

Marx combate a criação de uma lei de censura e luta pela elaboração de uma lei de imprensa, o que asseguraria a positividade da livre imprensa na esfera do

70. EIDT, Celso, op. cit., p. 73.

71. MARX, Karl. *Debates sobre a Liberdade de Imprensa* cit., p. 189.

72. Idem, p. 206.

73. EIDT, Celso, op. cit., p. 73.

74. Idem, p. 84.

75. Idem, ibidem.

direito através da sua institucionalização. Ressalta ainda as divergências de princípios entre as duas leis afirmando: "Na lei de imprensa, a liberdade pune. Na lei de censura, a liberdade é punida. A lei de censura é uma lei de suspeita contra a liberdade. A lei de imprensa é um voto de confiança que a liberdade confere a si mesma. A lei de imprensa pune o abuso da liberdade. A lei de censura pune a liberdade como um abuso. (...) A lei da censura apenas tem a forma de uma lei. A lei de imprensa é uma lei efetiva. A lei de imprensa é uma lei efetiva porque é a existência positiva da liberdade. (...) A liberdade de imprensa triunfa como lei de imprensa contra os atentados a si mesma, isto é, contra os delitos da imprensa. A lei de imprensa declara a liberdade como a natureza do delinquente. O que ele fez contra a liberdade fez contra si mesmo, e esta autolesão lhe aparece como um castigo, que é para ele o reconhecimento da própria liberdade".[76]

As diferenças entre a lei de censura e a lei de imprensa não se limitam ao aspecto formal, atingem também as esferas ética e jurídica, uma vez que a primeira representa a voz do governo (razão particular), e a segunda, a voz do povo (razão universal). Marx concebe a censura como crítica oficial, isto é, governamental, e estende esse direito à crítica a toda a imprensa, evidenciando que criticar o ponto de vista do governo não é apenas um direito, mas sim um dever da imprensa, para que a concepção oficial não se apresente como a única concepção possível. Assim, Marx defende a crítica de toda a imprensa, porque esta parte de princípios universais, ao passo que o governo parte de privilégios particulares.[77]

Ao criticar a censura e afirmar a necessidade da liberdade de imprensa, Marx revela suas convicções políticas, que embora estivessem articuladas aos ideais liberais em ascensão na Alemanha, diferenciavam-se pelo caráter democrático e universal que possuíam, através do qual Marx combate radicalmente todas as tentativas de manter ou estabelecer privilégios. O filósofo combate, em nome da universalidade do direito, a particularidade do privilégio; na defesa da liberdade de imprensa, defende o direito à liberdade de espírito; e na crítica à censura, combate o direito à liberdade contra o espírito.[78]

Marx estabelece ainda uma relação direta entre o desenvolvimento histórico de um país e o papel exercido pela imprensa, demonstrando que a história e a imprensa se entrelaçam.[79] Na sua concepção, a liberdade de imprensa é defen-

76. MARX, Karl. *Debates sobre a liberdade de imprensa* cit., p. 209.

77. EIDT, Celso, op. cit., p. 86.

78. Idem, ibidem.

79. Idem, p. 81.

dida como pressuposto da própria liberdade política, dessa forma, se os órgãos públicos não forem capazes de assegurar a igualdade política entre os cidadãos, essa igualdade deve ser buscada pela livre imprensa. Assim, é um atributo da imprensa livre instaurar relações cidadãs entre o governo e o povo; relações que se estabelecem como forças intelectuais, sustentadas por fundamentos racionais.[80] Marx conclui também que é função da imprensa sua participação na revolução de um país: "A revolução de um povo é total, isto é, cada esfera se revolta da sua maneira. Por que a imprensa então também não se revoltaria enquanto imprensa?".[81]

4.2.1 O papel da imprensa na criação do consenso

No que se refere ao estudo de qualquer movimento social, é de suma importância considerar o papel que a imprensa e os meios de comunicação de massa desempenham, devido à sua vasta influência na formação da opinião dos cidadãos e na ideia de realidade que lhes é transmitida. Nesse ponto fala-se em especial da televisão e dos jornais (a imprensa escrita). No caso do Chile, quase 80% da população se mantém informada a partir dos noticiários de televisão,[82] cujo caráter é mais acessível. Os meios de comunicação são, a princípio, os responsáveis pelo rótulo que é atribuído a cada indivíduo que interfere no cenário nacional, e aos atos que modificam os eventos cotidianos de um país. Como assinala Raúl Zarzuri Cortés, em *Criminalizacion de la Protesta y de los Movimientos Sociales*, as ações tomadas como "violência" são vistas e elaboradas como ações sem sentido, construindo-se a ideia de que toda violência é uma "violência sem sentido".[83]

A esse respeito, estudos realizados pelo Conselho Nacional de Televisão mostram que o tema da violência, a partir do conceito de segurança cidadã associado à delinquência, ocupa o segundo lugar nas notícias dos noticiários do Chile. Tendência que não é apenas vista aí; na quase totalidade dos países, pode-se observar que as agendas informativas dos noticiários colocam como primeiras manchetes aquilo que diz respeito à violência, ao que agride a ideia disseminada na sociedade de ordem. Por outro lado, apesar da predominância da comunicação televisiva, Cortés ainda ressalta que a imprensa escrita tem

80. Idem, p. 95-96.

81. MARX, Karl. *Debates sobre a liberdade de imprensa* cit., p. 193.

82. BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (orgs.), op. cit., p. 124.

83. Idem, ibidem.

desenvolvido um estranho interesse especialmente pelos jovens e sua relação com a violência.[84]

A cobertura midiática nas primeiras semanas dos movimentos protagonizados pelos estudantes em 2006, por exemplo, na chamada "rebelião dos pinguins", foi marcada por uma representação de caráter violento desviando dos reais assuntos em questão (isto é, as demandas por uma melhor educação). Inicialmente, colocou-se em ênfase o número de detidos nos incidentes "violentos" que se produziram nas primeiras marchas secundárias. O protesto estudantil foi retratado na imprensa como um movimento de vandalismo e desordem, não como expressão válida contra um sistema educacional legitimador da segmentação de classe, impossibilitando a mobilidade social.[85] Entretanto, à medida que o movimento avançava e ganhava a simpatia do povo, a imprensa foi obrigada a mudar sua representação do mesmo, questão que chama a atenção por evidenciar como, em um curto lapso de tempo, um protesto considerado um ato de vandalismo passou a ser considerado um modo válido dos jovens de se expressar e instalar o debate sobre a educação no Chile, por meio de exigências concretas.

No caso do movimento estudantil de 2011, os jovens envolvidos na causa também passaram por dificuldades com a falta de espaço na mídia, que adotou estratégias para desviar a população do assunto da educação. Um exemplo disso foi a repercussão exagerada da imprensa a um acidente ocorrido em setembro, quando um avião da Força Aérea Chilena desapareceu próximo ao arquipélago de Juan Fernandez, com 21 passageiros.[86] O trágico acidente causou impacto no povo, mas acredita-se que foi aproveitado para derrubar o movimento das manchetes e fazer com que a situação desfavorável que o presidente Piñera vivia desaparecesse de todos os veículos de mídia. Os obstáculos da comunicação foram grandes, mas os líderes do movimento procuraram mantê-lo aceso através das redes sociais. A imprensa, depois de um tempo, voltou a falar sobre o assunto, mas transmitindo uma imagem de debilidade ao movimento.

Assim, os meios de comunicação não raramente procuram incluir os jovens numa categoria marginalizada da sociedade, com o objetivo de atingir picos de audiência. Atribui-se a esses jovens uma "violência sem sentido". Nesse ponto, lembramos a Teoria da Subcultura Delinquente, cujos fatores principais são o

84. Idem, p. 125.

85. Idem, ibidem.

86. O acidente, a mídia e as manifestações estudantis no Chile. *Envolverde*. Disponível em: [www.envolverde.com.br/educacao/mundo-educacao/o-acidente-a-midia-e-as-manifestacoes-estudantis-no-chile]. Acesso em: 15.01.2012.

não utilitarismo, a malícia e o negativismo. Essa teoria criminológica, de acordo com Sérgio Salomão Shecaira, "pode ser resumida como um comportamento de transgressão que é determinado por um subsistema de conhecimento, crenças e atitudes que possibilitam, permitem ou determinam formas particulares de comportamento transgressor em situações específicas".[87] Quando a mídia vincula os atos reivindicatórios dos jovens a uma ausência de motivação racional, desconsiderando suas exigências e motivações, acaba por encaixá-los na subcultura delinquente.

5. CONCLUSÕES

O contexto histórico do Chile é fundamental para a compreensão do cenário em que eclodiu o movimento estudantil no ano de 2011. A análise do período de ditadura militar deixa clara a inviabilização dos movimentos sociais nessa fase da história do país, marcada pela forte repressão e censura por parte do Estado. Foi durante a ditadura de Pinochet, orientada pelas leis de mercado e pelos interesses internacionais, que ocorreu o processo de descentralização e privatização do sistema educacional chileno. Ao transferir a responsabilidade pelo ensino público secundário do governo central para os municípios, Pinochet eximia o Estado de sua responsabilidade de financiar o aparato educativo, gerando a degradação das condições de trabalho docente e, consequentemente, um retrocesso na qualidade da educação.

O modelo de educação chileno passou, então, a ser orientado por processos de privatização, que viciam o conceito de educação como bem público e culminam em mecanismos seletivos discriminatórios. O critério de acesso às universidades deixou de basear-se no mérito da capacidade dos estudantes e vinculou-se a uma questão econômica, assegurando o direito à educação apenas àqueles que podem pagar por ele. Foi em protesto a esse sistema que os estudantes saíram às ruas para reivindicar educação gratuita e de qualidade, no ano de 2011.

O governo chileno, no entanto, impôs diversas restrições no exercício de direitos constitucionais dos manifestantes, tomando medidas repressoras e encaminhando-se para a criminalização do movimento estudantil. Um exemplo disso foi o projeto de lei apresentado pelo presidente Sebastian Piñera que estabelecia pena de até três anos de cadeia para estudantes que ocupassem escolas e universidades como forma de protesto. O Estado usou o seu poder de forma autoritária e violenta, recorrendo à seleção punitiva de determinados setores

87. SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 266.

que "oferecem perigo à identidade de mercado", para assegurar a manutenção do "direito universal à educação" como um bem de consumo. Dessa forma, a reação do governo chileno confirmou a identidade de mercado deletéria da sociedade, que suprime os espaços de realização da subjetividade com a instauração dos privilégios e exclusão no ensino universitário.

É sob esta perspectiva que o movimento estudantil chileno identifica-se profundamente com os "Debates sobre o furto de lenha", de Karl Marx, nos quais o autor procura incitar, na Alemanha da época, a defesa de uma atividade legisladora que não crie um Estado de classe, em que um único setor da população seja privilegiado em detrimento da grande massa restante. Pelo contrário, de acordo com Marx, o Estado deve elevar essa classe menos possuidora a uma possibilidade real de direitos.

Fez-se mister destacar também as atitudes da imprensa chilena frente aos protestos estudantis, juntamente com uma análise sobre o papel e a importância desta, que são abordados por Marx nos "Debates sobre a Liberdade de Imprensa". Em momentos de agitação popular, como o que ocorreu no Chile, a atuação da imprensa na divulgação da verdade dos fatos é fundamental para a disseminação das informações e a efetivação do direito elementar de liberdade de expressão. Porém, a imprensa oficial do Chile sobrevalorizou as ações violentas, que foram, muitas vezes, provocadas por grupos marginais, alguns delinquentes e infiltrados, que nada tinham a ver com as manifestações estudantis, associando os manifestantes legítimos à violência gratuita e à desordem. A imprensa abnega sua função quando muda o foco dos acontecimentos para atender às políticas do Estado, em detrimento dos interesses coletivos, e perde, assim, as condições necessárias à livre crítica, tornando-se incapaz de desenvolver seu verdadeiro papel.

Para finalizar, trazemos o depoimento de Axel Honneth, diretor da escola de Frankfurt, na Alemanha, sobre o movimento estudantil no Chile: "Quando me pedem para que tome posição sobre a situação das revoltas estudantis no Chile, não tenho por minha parte nenhuma dúvida a respeito da legitimidade dos veementes protestos da jovem geração. O Estado Democrático de Direito desenvolveu durante sua história com boas razões, como se aprecia de forma mais manifesta na Inglaterra, uma modelo de escolaridade obrigatória, que emerge da ideia de fazer possível que seus cidadãos desenvolvam as competências necessárias para participar em processos de deliberação democrática. Ao mesmo tempo, este dever cidadão leva uma obrigação do Estado, o qual, por suposto, não pode esperar, por sua parte, um compromisso dos cidadãos e cidadãs, sem ao mesmo tempo assumir sua própria obrigação. Desde o início, esse dever próprio do Estado Democrático de Direito consistiu em prover

condições igualitárias de formação para todas as gerações futuras. Portanto, o Estado, enquanto se trate de um Estado Democrático, tem o dever de garantir o acesso à educação de ótima qualidade a todos os cidadãos e cidadãs jovens. Para que assim os estudantes possam mais tarde possuir as capacidades e interesses necessários para tomar parte naquele que constitui por definição o Estado de Direito, nomeadamente, na formação da vontade do povo que participa na determinação dos fundamentos políticos. Nesse sentido existe, no meu ponto de vista, mais que uma promessa, uma obrigação, que emerge da pretensão do direito democrático, a qual deve garantir uma educação gratuita e acessível para qualquer um".[88]

6. REFERÊNCIAS

A repressão aos defensores de direitos humanos e movimentos sociais no Brasil. *Processo de Articulação e Diálogo (PAD)*. Disponível em: [www.pad.org.br/sites/default/files/Dossi%C3%AA%2001042011.pdf]. Acesso em: 02.03.2012.

Axel Honneth apoya el movimiento estudiantil chileno. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=GenA32ehGrY]. Acesso em: 15.03.2012.

BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (orgs.). *Criminalización de la protesta y de los movimientos sociales*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Interpretação do direito e movimentos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Chile baixa Lei de Segurança Nacional para reprimir protestos de estudantes. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/16049/chile+baixa+lei+de+seguranca+nacional+para+reprimir+protestos+de+estudantes.shtml]. Acesso em: 14.12.2011.

Conflito social e movimento estudantil. *Centre Tricontinental*. Disponível em: [www.cetri.be/spip.php?article869]. Acesso em: 15.01.2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira, 2 ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I.

EIDT, Celso. O estado racional: lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842-1843). Dissertação (Mestrado em Filosofia), UFMG/FAFICH, Belo Horizonte, 1998.

El Gobierno retira una norma peligrosa para los periodistas: "El congreso debe seguir rápido". *Reporteros sin Fronteras*. Disponível em: [http://es.rsf.org/chile-el-gobierno-retira-una-norma-de-un-23-01-2012,41746.html]. Acesso em: 08.12.2011.

88. Axel Honneth apoya el movimiento estudiantil chileno. *You Tube*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=GenA32ehGrY]. Acesso em: 15.03.2012.

Ensino na mira dos estudantes chilenos. *Folha.com*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/983866-ensino-na-mira-dos-estudantes-chilenos.shtml]. Acesso em: 12.01.2012.

Estudantes chilenos criticam lei do governo para punir protestos. *Sul21*. Disponível em: [http://sul21.com.br/jornal/2011/10/liderancas-estudantis-do-chile-criticam-proposta-do-governo-de-reforma-do-codigo-penal/]. Acesso em: 08.12.2011.

Estudiantes buscan terminar con la hererencia de Pinochet. *Le Monde Diplomatique*. Disponível em: [www.lemondediplomatique.cl/Articulo-de-Victor-Hugo-de-la.html]. Acesso em: 08.12.2011.

GOHN, Maria da Glória. Teorias dos movimentos sociais – Paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

Governo chileno desiste de projeto de lei considerado uma ameaça à liberdade de expressão. *Knight Center for Journalism in the Americas*. Disponível em: [http://knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/governo-chileno-desiste-de-projeto-de-lei-considerado-uma-ameaca-liberdade-de-expressao]. Acesso em: 08.12.2011.

Governo chileno proíbe manifestações e faz violenta repressão a estudantes. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/15766/governo+chileno+proibe+manifestacoes+e+faz+violenta+repressao+a+estudantes.shtml]. Acesso em: 12.01.2012.

HEGEL, F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011, Protesta Social y Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

Líder do movimento estudantil, Camila Vallejo perde eleição no Chile. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/18365/lider+do+movimento+estudantil+camila+vallejo+perde+eleicao+no+chile.shtml]. Acesso em: 08.12.2011.

MARX, Karl. Crítica da filosofia do direito de Hegel (1843). São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. Debates acerca da Lei sobre o furto de lenha. Trad. anexada em: EIDT, Celso. *O estado racional: lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842-1843)*. Dissertação (Mestrado em Filosofia), UFMG/FAFICH, 1998.

_____. Debates sobre a Liberdade de Imprensa. Tradução anexada em: EIDT, Celso. *O estado racional: lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842-1843)*. Dissertação (Mestrado em Filosofia), UFMG/FAFICH, 1998.

Movimento estudantil muda estratégia e propõe reformas concretas no Chile. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/19256/movimento+estudantil+muda+estrategia+e+propoe+reformas+concretas+no+chile.shtml]. Acesso em: 20.01.2012.

O acidente, a mídia e as manifestações estudantis no Chile. *Envolverde*. Disponível em: [www.envolverde.com.br/educacao/mundo-educacao/o-acidente-a-midia-e-as-manifestacoes-estudantis-no-chile]. Acesso em: 15.01.2012.

O Chile e as amarras de Pinochet. *Deutsche Welle*. Disponível em: [www.dw-world.de/dw/article/0,,15550476,00.html]. Acesso em: 12.01.2012.

O Movimento Estudantil deve levantar uma voz política que reclame por mudanças sociais. *Juntos!* Disponível em: [www.juntos.org.br/2011/08/%E2%80%9Co-movimento-estudantil-deve-levantar-uma-voz-politica-que-reclame-por-mudancas-sociais%E2%80%9D]. Acesso em: 15.01.2012.

Pacote de leis para reprimir manifestações é criticado no Chile. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/15684/pacote+de+leis+para+reprimir+manifestacoes+e+criticado+no+chile.shtml]. Acesso em: 08.12.2011.

Palácio de la Moneda. *Veja*. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tag/palacio-de-la-moneda/]. Acesso em: 08.12.2011.

PINASSI, Maria Orlanda. No mundo do capital, a ocasião faz o ladrão. *Revista Margem Esquerda*, n. 8. Boitempo.

Piñera endurece as penas. *Instituto Humanitas Unisinos*. Disponível em: [www.ihu.unisinos.br/noticias/501545-pi%C3%B1era-endurece-as-penas]. Acesso em: 08.12.2011.

Pinochet é acusado da morte de 37 latino-americanos no Chile. *Folha.com*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u2867.shtml]. Acesso em: 12.01.2012.

Polícia diz que vai proteger jornalistas no Chile, mas agressões continuam. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/18028/policia+diz+que+vai+proteger+jornalistas+no+chile+mas+agressoes+continuam.shtml]. Acesso em: 14.12.2011.

QUEIROZ, Rosiana Pereira (org.). A criminalização dos movimentos sociais no Brasil: relatório de casos exemplares. Brasília: MNDH; Passo Fundo: IFIBE, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Entrevista. *Revista Margem Esquerda*, n. 8, Boitempo.

Segundo relatório da Unesco, modelo de educação chileno gera desigualdade e exclusão. *Opera Mundi*. Disponível em: [http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/18359/segundo+relatorio+da+unesco+modelo+de+educacao+chileno+gera+desigualdade+e+exclusao.shtml]. Acesso em: 08.12.2011.

Senado chileno vota Orçamento 2012 para educação. *Folha.com*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mundo/1011381-senado-chileno-vota-orcamento-2012-para-educacao.shtml]. Acesso em: 17.12.2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

Un proyecto de reforma del Código Penal pisotea las libertades fundamentales y hace de los periodistas confidentes de la policía. *Reporteros sin fronteras*. Disponível em: [http://es.rsf.org/chile-un-proyecto-de-reforma-del-codigo-06-10-2011,41138.html]. Acesso em: 08.12.2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A desobediência civil como estratégia dos movimentos sociais pelo acesso ao espaço político, de Pedro Iris Paulin – *RDCI* 74/235;
- A judicialização dos conflitos agrários: legalidade, formalidade e política, de Frederico de Almeida e Jacqueline Sinhoretto – *RBCCrim* 62/280;
- Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do direito penal e processual penal, de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães – *RCP* 4/188;
- O acesso à Justiça: para além do instituído, de Eneida Gonçalves de Macedo Haddad – *RBCCrim* 56/334; e
- O caso escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas: a fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos, de Carlo Velho Masi – *RT* 932/309.

63435

AS MUTAÇÕES DO LEVIATÃ NO TRÂNSITO DO FORDISMO AO PÓS-FORDISMO: EDIFICAÇÃO DA SOCIEDADE DO CONTROLE E A CRIMINOLOGIA DO ATUARISMO PENAL

2

The changes of Leviathan in the transition from Fordism to post-Fordism: the construction of the control society and the actuarial penal law criminology

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

Doutor em Direito pela Unisinos-RS. Mestre em Direito pela Unijui-RS. Especialista em Direito pelo Iesa e Unijui, RS. Professor do curso de mestrado em Direito da URI, Santo Angelo, bem como de Direito Penal e Processo Penal na mesma instituição. Professor de Direito Penal no Iesa.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo objetiva tratar da importante questão das transformações do controle penal, que seguindo as pegadas da evolução do sistema capitalista de produção, com quem sempre teve íntima correlação, migrou de uma lógica inclusiva (sociedade da disciplina) a um modelo de exclusão (sociedade do controle). Essa nova conjuntura forja o denominado controle atuarial, que possui a função de gerir grupos de riscos, destruindo os fundamentos do *Welfare* penal.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade do controle - Fordismo - Pós-fordismo - Criminologia do atuarismo - Direito penal.

ABSTRACT: The present article aims to address the relevant matter of changes of penal control, which following the steps of the evolution of the capitalist production system, whose correlation with the former has always been intimate, migrated from an inclusive logic (discipline society) to an exclusive one (control society). Such new conjuncture shapes the so-called actuarial control, which is designed to manage risk groups, ruining the principles of penal Welfare.

KEYWORDS: Control society - Fordism - Post-fordism - Actuarial criminology - Penal Law.

SUMÁRIO: 1. Em forma de introdução: o sistema penal e sua histórica vinculação com o sistema econômico – 2. A consolidação do projeto da fábrica e a sociedade da disciplina conforme a genealogia de Foucault – 3. A crise do Estado de bem-estar e a consolidação do sistema penal pós-fordista (o advento da sociedade do controle ou da exclusão) – 4. O pós-fordismo e a tecnocracia penal atuarial (*crimicons*) como expressão do declínio do pensamento criminológico – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. EM FORMA DE INTRODUÇÃO: O SISTEMA PENAL E SUA HISTÓRICA VINCULAÇÃO COM O SISTEMA ECONÔMICO

Parece razoável insistir no fato de que o controle social pelo subsistema penal está relacionado com o desenvolvimento do método capitalista de produção, chegando ao ponto de que a moderna prisão dos séculos XVII e XVIII se relaciona com o projeto da fábrica,[1] forjado pela 1.ª Revolução Industrial. Nessa ótica, a história da pena e seu papel sedimenta-se na história das relações de produção capitalista.[2-3] Sob esse aspecto, Rusche e Kirchheimer, nos

1. Nesse sentido, consultar MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário*. Trad. Sérgio Lamrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. De igual sorte, o pensamento de OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 41-48. Também merece consulta PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 31-56.

2. Conforme FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

3. No mesmo sentir, BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal em el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: BERGALLI, Roberto (org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82. No pensamento de Bergalli, "en cualquier caso há existido siempre, em toda forma de ejecución de una privación de libertad como pena, una relación vinculante para ésta última privación de libertad como pena, una relación vinculante para ésta última com la estrutura socio-económica de la sociedad em que aquella se emplea. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 57. Ainda, na mesma linha, BEIRAS, Iñaki Rivera. História y legitimación del castigo. In: BERGALLI, Roberto. *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 83-133. Conforme Beiras, a história dos discursos sobre o castigo e sua função na sociedade, na perspectiva econômico-estrutural, tradição iniciada por Rusche e Kirchheimer, nos anos 30, e aprofundada especialmente por Melossi e Pavarini, é possível estabelecer uma conexão entre o surgimento do modelo capitalista de produção e a origem da instituição carcerária moderna, com a pertinente observação de que, no sistema pré-capitalista, o cárcere, como pena, não existia, já que se tratava de uma realidade ignorada pelo sistema feudal, daí o porquê de o sistema capitalista de produção e a instituição car-

estudos desenvolvidos na sua obra *Pena e estrutura social*, trabalhou com duas hipóteses centrais. A primeira, no sentido de que o sistema repressivo se inspira na lógica de dissuasão, ou seja, pretende impedir a violação da lei penal. A segunda hipótese diz que tal objetivo de intimidação varia historicamente em relação ao universo da economia, com uma observação importante: são as classes subordinadas, as desfavorecidas, que cometem os crimes, sobretudo crimes contra a propriedade.[4] A pedra de toque dos seus estudos centra-se na observação de que as modalidades de intimação variam, historicamente, com o universo da economia e, pois, com relação à situação do mercado de trabalho, regime de opulência ou escassez.[5-6]

Importa notar que a análise material da pena levada a cabo por Rusche e Kirchheimer desnuda o fato de que a lógica repressiva segue lineamentos da economia de mercado, bem como de que, desde os primórdios, a classe dominante da burguesia fez valer seu poder para manter determinado *status* econômico, ou seja, a propriedade privada.[7] Não é sem razão que as classes sociais

---

cerária (e outras instituições subalternas) terem surgido ao mesmo tempo e em uma relação determinada. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 89. Para uma análise crítica de dita relação, consultar BERGALLI, Roberto. Sistema penal y exclusión social: deterioro y perversión en y para el Estado de Derecho? In: SCHÖNE, Wolfang (coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mave Mario A Vieira, 2009. p. 107-134.

4. Também é o pensamento de FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 94-102.

5. RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estrutura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Temis, 2004. p. 15-16. Rusche e Kirchheimer, nesse passo, afirma que o surgimento do capitalismo, o que ocorreu, segundo ele, nos séculos XIV e XV, conduziu à criação de um direito penal orientado diretamente contra as classes dos pobres, isso em um momento em que o sistema capitalista experimentava intensa opressão aos assalariados urbanos e rurais. Dizem Rusche e Kirchheimer: "El constante incremento de los delitos entre los grupos proletarios más golpeados pela pobreza, obligó a las clases dominantes a buscar nuevos métodos que hicieran más efectiva la administración de la justicia criminal. La creación de un derecho eficaz para combatir los delitos contra a propiedad constituía una de las preocupaciones centrales de la ascendente burguesía urbana, y dondequiera que ella poseía el monopolio de legislar y juzgar, perseguía este fin con la mayor energía".RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 15-16.

6. Ver DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Trad. José Ángel Brandariz García e de Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 60.

7. No mesmo sentido, o pensamento de FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio

desfavorecidas constituam, portanto, o objetivo das instituições penais desde o nascimento do sistema capitalista, mormente a partir da materialização da riqueza. Assim, a história dos sistemas punitivos corresponde às estratégias repressivas que a burguesia desenvolveu durante anos, para manter seu poder em relação aos seus subordinados: os proletários.[8]

Dessarte, a evolução do sistema penal e a economia da pena não são produtos de reformas sociais e jurídicas, tampouco se referem à orientação criminológica, não obstante se façam presentes no universo jurídico.[9] A economia da pena é submetida às dinâmicas invisíveis e anônimas do mercado e da força de trabalho, ou seja, é guiada por uma lei econômica. Em outros termos, está relacionada com o valor dado à força de trabalho, já que, quanto maior for a oferta de mão de obra, menos valor terá o trabalho, piorando as condições do proletariado. De outro lado, o excedente da força de trabalho fica sujeito ao endurecimento das práticas penais. Assim, todo sistema de repressão é informado pelo princípio da *less eligibility*, ou menor elegibilidade, estando, portanto, intimamente ligado ao sistema de divisão do trabalho.[10]

Não é por outra razão que o surgimento da prisão nos moldes contemporâneos coincide com o nascimento da fábrica,[11] implicando o surgimento de um regime penal que não mais busca a destruição do corpo do condenado, em uma manifestação do poder absoluto do monarca, como o que ocorria na época medieval. O projeto da fábrica e a necessidade de mão de obra reclamavam um outro saber, não mais do suplício e penas cruéis, como a da pena de morte, mas, sim, de preservação do corpo, especialmente no que diz respeito ao seu

---

de Janeiro: Nau, 1999. p. 114 e ss. Para Foucault, a prisão tem por função ligar os indivíduos aos aparelhos de produção, uma vez que é preciso sequestrar o tempo dos homens, a fim de seja oferecido ao aparelho de produção.

8. DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 60-61.

9. Conforme FOUCAULT, Michel. *Vigiar...* cit., p. 12-18, o desaparecimento dos suplícios e o afrouxamento da severidade penal pouco têm a ver com "a exagerada ênfase" na humanização das penas. Na sua conclusão, o desaparecimento do espetáculo punitivo pelo surgimento da sobriedade punitiva, com o escamoteamento do corpo supliciado, deve-se, fundamentalmente, a uma mudança do objeto da ação, isto é, o que alterou foi o objetivo: a punição não mais se dirige ao corpo, mas, sim, à alma. O castigo não mais tripudia o corpo, uma vez que a expiação atua sobre o coração, intelecto, vontade e disposições morais do indivíduo.

10. DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 61.

11. Ver FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber.* Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 161-174.

aspecto produtivo. Aqui há uma aproximação do tempo de trabalho com a fixação do tempo de reclusão.[12-13]

A origem da pena privativa de liberdade e da prisão, na leitura de De Giorgi,[14] inserta-se no contexto das transformações sociais e econômicas que se sucederam na Europa, nos séculos XVI e XVII. Frise-se que, no período, houve uma redução demográfica, devido, em parte, à guerra dos anos 30, o que causou redução da força de trabalho e elevação dos salários. Tais circunstâncias levaram os países mais avançados economicamente a revisar a política dos pobres, passando a combater criminalmente a vadiagem, impondo o trabalho forçado, como forma de lutar contra a praga social dos vagabundos e inúteis e contra a questão econômica do aumento dos salários, o que desgostava os detentores do capital.[15]

Essa nova filosofia material da pena inspira a construção das prisões, em que a reclusão se apresenta como uma estratégia de controle das classes marginais, ou seja, da excedência, mormente pelo fato de que a primeira provável instituição, a de *Bridewell,* em Londres, detinha a missão de liberar as cidades de vagabundos e mendigos, abrindo caminho para o máximo desenvolvimento

12. DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 62.

13. Para RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., as raízes do sistema carcerário, sua promoção e elaboração teórica encontram suas bases no mercantilismo. Dessarte, o sistema punitivo da Idade Média, período em que não existia escassez de mão de obra, o que reduzia o valor da força de trabalho e da vida humana, abusou de penas violentas, dando incremento à pena de morte, agora não mais aplicada para crimes violentos senão que se converteu em um meio para se desembaraçar de indivíduos que se constituíam em perigo social. Todavia, essa situação muda com o surgimento do mercantilismo em fins do século XVI, isso pelo fato de que se passou a ter interesse pela exploração da mão de obra dos submetidos às penas de prisão. É exatamente no momento em que a expansão dos mercados reclamar inversão maior de capital e mão de obra, que se torna relativamente escassa, surge a prisão como forma de propiciar força de trabalho barata ao sistema produtivo. Ver p. 21-62.

14. DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 63.

15. RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 30-31. Conforme os autores, na época, o desaparecimento da força de trabalho-reserva constituiu um severo golpe para os detentores dos meios de produção, na medida em que os trabalhadores teriam condições de postular melhores condições de trabalho, inviabilizando a acumulação de capital, tão cara à expansão do comércio e da indústria. Assim, os capitalistas se viram obrigados a postular do Estado redução de salários. O Estado, por sua vez, procurou eliminar a vagabundagem, o que vai redundar no surgimento das casas de correção, como o *hospital général* Francês. Ver, p. 48-49.

na Holanda (*Zuchthaus e Spinnhaus*), país que possuía o sistema capitalista mais avançado, mas que carecia do soldado de reserva da força de trabalho, o mesmo acontecendo com o *Hôspital Général* na França.[16] O pensamento que norteia a construção das casas de correção consistia em transformar em socialmente útil a mão de obra, uma vez que, sendo obrigados a trabalhar dentro da instituição, os prisioneiros adquiriam hábitos laborais, recebendo um adestramento profissional, a fim de que, em liberdade, incorporassem, voluntariamente, o mercado de trabalho.[17]

O sistema de controle passa a ser dotado de um potencialidade produtiva, marcando o corpo do prisioneiro como uma instituição total, porque passa a abarcar o controle das atitudes, a moralidade, a alma dos indivíduos, dando azo ao "grande internamento", ou instituição total do século XVIII, em consonância com o princípio *da less eligibility*. Dessa forma, o abandono das penas infames e degradantes pela "suavidade" da pena de prisão não se deve a fins humanitários, que, no pensamento de De Giorgi, jogam um papel secundário, já que as reformas do aparato repressivo estão relacionadas com o valor do trabalho, retrocedendo toda vez que a desocupação cresce.[18-19]

Dessa maneira, sob o ponto de vista da economia política da pena, o cárcere nasce e se consolida como uma instituição subordinada à fábrica, servindo como um mecanismo posto a seu serviço e na defesa do incipiente sistema de produção industrial. A estrutura da prisão, bem como o seu plano ideológico só podem ser compreendidos quando se observam, paralelamente, a estrutura dos lugares de produção e a disciplina do trabalho, impostas no ambiente da fábrica. Dito de outra forma, todas as instituições de reclusão que surgiram no final do século XVIII buscaram inspiração no sistema de disciplina desenvolvido no ambiente da fábrica. A prisão, portanto, consolida-se como um

16. Conforme RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 50-51, 63.

17. Idem, p. 51. Não é por acaso que, segundo os autores, mendigos aptos para o trabalho, vagabundos, prostitutas e ladrões constituíam a população habitual da instituição, sendo que somente mais tarde, é que flagelados e sentenciados com penas longas foram incorporados às casas.

18. DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 64.

19. Partilha tal pensamento FOUCAULT, Michel. *Vigiar...* cit., p. 63-86. No entendimento de Foucault, com o fim dos suplícios da era da soberania, implantou-se um formidável direito de punir, já que o infrator se torna um inimigo comum. Logo, a "nova sensibilidade" é um princípio de cálculo, já que "o sofrimento que deve ser excluído pela suavização das penas é o dos juízes ou dos espectadores com tudo o que pode acarretar de endurecimento, de ferocidade trazida pelo hábito, ou, do contrário de piedade indevida, de indulgência sem fundamento". p. 77.

dispositivo de controle e disciplina que busca formar uma nova subjetividade: a do proletariado. Surge uma nova economia política do corpo, ou seja, uma tecnologia de controle para forjar uma força de trabalho disciplinada e vocacionada ao labor. No entendimento de De Giorgi, a produção de uma força de trabalho disciplinada e que valorizasse a produção capitalista constituía a função mais importante do sistema carcerário. Entretanto, no seu pensamento, o regime carcerário detinha, também, um potente mecanismo ideológico, visto que a submissão ao trabalho se apresentava como a única via de escape do sistema total, ou seja, "la privación extrema impuesta por el sistema penitenciário llega así a presentarse como consecuencia obvia y casi natural del rechazo de la disciplina del trabajo".[20-21] Em uma palavra, a prisão se consolidou como um dos instrumentos ideológicos do sistema capitalista, detendo a função de "normalizar" os corpos (corpos dóceis) e adaptá-los ao incipiente capitalismo industrial, que, por sua vez, substituía o sistema do trabalho doméstico da manufatura.

2. A CONSOLIDAÇÃO DO PROJETO DA FÁBRICA E A SOCIEDADE DA DISCIPLINA CONFORME A GENEALOGIA DE FOUCAULT

Nas linhas anteriores,[22-23] ficou assentado que, com o advento do mercantilismo, herdado da Revolução Industrial do século XVIII, houve uma mutação

20. DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 69.

21. Cumpre destacar que aqui se apresenta a contradição, ou o paradoxo, que sempre acompanhou o controle penal e que tem muito a ver com a economia material da pena. E a contradição diz respeito à estrutura material da sociedade capitalista entre igualdade formal e desigualdade substancial. Como observa De Giorgi, a ideologia retribuitivo-legalista oculta a desigualdade e a realidade de exploração que se produz no ambiente da fábrica e sistema penitenciário. Ver p. 69.

22. Para se compreender a genealogia de Foucault, é preciso, segundo Deleuze, "suspender", como exercício metodológico, os principais postulados afirmados pelo discurso tradicional acerca do poder e seus pré-juízos, que obstaculizam o fecundo acesso à problemática do poder contemporâneo e às relações de dominação que ele estabelece. Nesse passo, ainda seguindo as penadas de Deleuze, a genealogia empregada por Foucault assenta-se em cinco postulados, a saber: 1) postulado da propriedade, segundo o qual poder é algo que possui a classe dominante e que é caracterizado como uma propriedade que não se possui, mas, sim, se exerce, sendo despido de sentido e finalidade; 2) postulado de localização, notando que o Estado não constitui o lugar privilegiado do poder, já que o poder do Estado é um efeito do conjunto. Aqui há que se dar atenção á microfísica do poder e seus lugares moleculares (não há localização pontual); 3) postulado de subordinação, segundo o qual o poder do aparato do

na economia da pena. Abandonaram-se as penas espetaculares que destruíam os corpos, que Foucault qualificava como *estritamente penais ou de soberania*, passando-se a adotar o sistema da disciplina idealizado pela fábrica, por meio do qual se possuía um controle total do tempo e da subjetividade do indivíduo, produzindo-se corpo dócil, flexível às exigências do sistema capitalista burguês, que apresentava toda sua potência. Há uma transversalidade disciplinatária, que se inter-relaciona com as formas jurídicas, políticas e sociais. A lógica dos sistemas punitivos, a partir de então, passa a dominar a subjetividade e o corpos por intermédio do castigo.

Estado está subordinado a um determinado modo de produção (sua infraestrutura), já que toda economia pressupõe mecanismos de poder; 4) postulado do modo de ação, assentando-se que o poder age instrumentalizado pela repressão e ideologia, daí o motivo pelo qual o poder produz uma transformação técnica dos indivíduos (produção real), via "normalização" (império do normal) ou, na forma moderna, "servidão"; e postulado da legalidade; nele, o poder do Estado se expressa por meio da lei, procedimento pelo qual se administram os ilegalismos existentes na sociedade, demarcando aqui a ausência de uma prática deliberativa consensual, na medida em que as leis são feitas por uns que conseguem impô-la aos demais. Logo, há espaço estratégicos e de domínio na lei, que pode criar espaços de proteção, bem como de momentos em que pode ser ignorada. No limite, a lei não estaria vocacionada para impedir qualquer comportamento; ao contrário, senão para diferenciar as formas em que se pode vulnerar a lei. Ver DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Barcelona: Paidós, 1987. Também importa leitura de FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 2008. Nesse particular, consultar, ainda, a introdução á obra realizada por Miguel Morey, p. 07-22.

23. Pode-se dizer que a genealogia foucaultiana apresenta-se como uma crítica radical da ciência e dos saberes tradicionais herdados da Ilustração, na medida em que interessava a Foucault desvelar as relações existentes entre poder (que circulava e se exercia pelos corpos, de forma fluida e sem hierarquia) e o saber (verdade), rompendo com o saber unitário, formal e cientifico, para adotar um "saber menor", aparelhado como um instrumento de luta contra a coerção de tal saber hegemônico. Consultar, nesse particular. FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 24. Também importante a leitura de FOUCAULT, Michel. *Sobre la ilustración*. Trad. Havier de la Higuera, Eduardo Bello e Antonio campillo 2. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 03-97. Para Foucault, há uma estreita relação entra as formas de dominação (poder) e o conhecimento, já que "la palabra saber, que se refiere a todos los procedimientos y a todos los efectos de conocimiento que son aceptables en un momento dado y en un dominio definido; en segundo lugar, el término poder, que no hace otra cosa que recubrir (*recouvrir*) toda una serie de mecanismos particulares, definibles y definidos, que parecen susceptibles de inducir compartimientos o discursos". FOUCAULT, Michel. *Sobre*... cit., p. 26-27. Para se compreender o significado do "saber menor", ver DELEUZE, Gilles;

Portanto, o século XIX revela o nascimento das sociedades da disciplina como uma nova tecnologia de poder orientada à completa sujeição do corpo e à transformação da alma dos indivíduos.[24] Dita tecnologia de poder se orienta por uma constante modificação temporal do corpo visando à neutralização e à normalização[25] das atitudes morais e comportamentais.[26] De outro lado, o processo é levado a cabo por um conjunto de instituições de controle, como a família, a escola, o exército, a fábrica e a prisão, que se harmonizam nas funções de vigilância e inspeção, em uma versão mais apurada do panoptismo benthamiano.[27] Sob essa ótica, a sociedade da disciplina é aquela que a dominação social constrói através de uma rede difusa de dispositivos

---

GUATTARI, Félix. *Mil mesetas, capitalismo y esquizofrenia*. Trad. José Vázquez Pérez. 8. ed. Valência: Pré-textos, 2008. p. 9-116.

24. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 22. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2006. Importa notar que, para Foucault, essa tecnologia de controle disciplinar não era exclusiva da prisão, na medida em que a "institucionalização do normal" (normalização-servidão) também é encontrada em outras instituições, como hospital, exército, escola, fábrica etc. Nesse particular, o poder disciplinar (ou disciplina), não constitui um aparelho, mas, sim, um instrumento de poder, que funciona em rede, trabalhando no corpo dos homens (e, não, no corpo social), manipulando seus caracteres, produzindo ação e comportamentos normalizados. E, segundo Foucault, é na prisão e no seu projeto disciplinar que o poder pode se manifestar em estado puro, nas suas dimensões mais excessivas, justificando-se como um poder moral. Idem, p. 73. No limite, para Foucault, o poder, que é enigmático, uma coisa visível e invisível ao mesmo tempo, na prisão, detinha o projeto de transformar os homens, uma vez que, desde o começo, devia ser um instrumento aperfeiçoado nos moldes da escola, da caserna ou do hospital, agindo com precisão (e, repressão) sobre os indivíduos. Entretanto, no pensamento de Foucault, tal ideal transformador-disciplinário fracassou, já que, desde 1820, se constatou que o cárcere, longe de transformar os criminosos, serve para fabricar novos delinquentes ou para afundá-los na criminalidade. O problema, na trilha foucaultiana, é que os criminosos são úteis tanto ao domínio econômico, como político. FOUCAULT, Michel. *Microfísica* ... cit., p. 132-133 e 167-191.

25. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 73-103.

26. Veja-se que, para FOUCAULT, Michel. *Defender*... cit., p. 28, poder é fundamentalmente repressão, já que é essencialmente o que reprime. Nas suas palavras, "a propósito de la historia del derecho penal, del poder psiquiátrico, del control de la sexualidad infantil, etcétera, que los mecanismos puestos en acción en estas formaciones de poder eran otra cosa, mucho más, en todo caso, que la represión". p. 31.

27. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 29.

e aparatos que produzem e regulam costumes, hábitos e práticas produtivas, com o objetivo de fazer a sociedade trabalhar, assegurando-se o domínio e a obediência.[28]

Nessa articulação de saber e poder,[29] a orientação da disciplina detém a função de gestionar as populações em função dos fluxos produtivos,[30] com a introdução da lógica produtiva na razão do Estado. Portanto, uma das funções do poder será controlar território e população, maximizando as funções produtivas. E, nessa inter-relação entre vigilância e sanção, a prisão se inscreve como a principal estratégia do projeto disciplinatário. Nesse sentido, a função da prisão não é excluir ou neutralizar; ao contrário, é estar aparelhada de uma função de normalização dos indivíduos, possuindo três finalidades, a saber: (a) temporalizar a vida dos sujeitos, adaptando-a ao tempo da fábrica; (b) controlar os corpos, disciplinando-os e convertendo-os em força de trabalho; e (c) integrar essa força de trabalho ao sistema produtivo, no caso, a fábrica. Em suma, o projeto disciplinatário da prisão é orientado pelas lógicas produtivas, buscando consolidar a sociedade industrial e o capitalismo fordista.[31]

E, nesse contexto, sobressai a crítica de Foucault à prisão, que é demolidora da instituição total, que, segundo ele, jamais conseguirá atingir seus fins e que somente goza de aceitação (ou se consolidou razoavelmente) pelo fato de que se constitui na forma mais simples de resolver os conflitos sociais. Isso porque o castigo já não é mais visível, tendo-se deslocado aos porões imundos e incivilizados dos presídios. Ora, se não há mais a visibilidade dos castigos, estes podem seguir funcionando de forma anônima, longe do olhar da população.[32-33]

---

28. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 44.
29. Conforme FOUCAULT, Michel. *Defender*... cit., p. 34-42, o poder é exercido e produzido pela verdade. Nesse particular, o sistema do direito (que não se resume à lei, senão aos aparatos e instituições e regulamentos que aplicam o Direito) é um veículo permanente de dominação, colocando em ação relações de poder que funcionam dentro de determinado corpo social.
30. FOUCAULT, Michel. *Microfísica*... cit., p. 69-78.
31. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Op. cit., p. 30-31.
32. Nesse sentido, consultar BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal: visión interdisciplinatária del sistema punitivo*. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2006. Esp. p. 85-157.
33. FOUCAULT, Michel. *Microfísica*... cit., p. 131-134.

Todavia, em torno do projeto da sociedade disciplinatária da prisão, desenvolveram-se, com alguma referência comum, diversas teorias da desviação,[34] que seguiam distintas opções quanto às modalidades e instrumentos mais adequados para o trato da questão criminal e possível erradicação de suas causas. Desenvolvem-se teorias etiológicas da criminalidade, com convicção de que existem certas causas que produzem efeitos, bem como de que é possível eliminar os segundos combatendo-se os primeiros. Enfim, as teorias se diferenciam na medida em que atribuam preeminência às causas individuais ou sociais da desviação, segundo sua caracterização como micro ou macrossociológicas. De toda maneira, há uma confiança no sentido de se poder intervir, de forma eficaz, nas causas da desviação, desativando-as, via transformação dos indivíduos, ou pela modificação dos contextos sociais nos quais eles e encontram inseridos.[35]

Em definitivo, todas as teorias criminológicas que se desenvolveram na segunda metade do século XX trabalhavam com o ideal de transformação, ou seja, com a possibilidade de se articularem políticas de prevenção ou tratamento das situações problemáticas que davam ensejo à desviação, ou, em úl-

34. Ver GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 104-141. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, esp. p. 501 e ss., quando os autores abordam a seleção pelo Poder Judiciário. CUSSON, Maurice. *Criminologia: só pelo conhecimento se pode evitar a criminalidade*. 2. ed. Trad. Josefina Castro. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2002. p. 73-144. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 61-111. Também consultar a obra coletiva: ALLER, Germán (org.). *Estudios de criminologia*. Montevideo: Carlos Alvarez, 2008. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 176 e ss. SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 133 e ss. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 31-104. SWAANIGGEN, René Van. *Perspectivas europeas para una criminologia crítica*. Trad. Silvia Susana Fernandes. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 176-262.

35. Conforme BERGALLI, Roberto. Las funciones... cit., p. 25-82, no contexto, a política criminal buscava um emprego, que era adotado no marco social do capitalismo produtivo (fordismo e suas políticas capitalistas de pleno emprego, seguridade social, educação, saúde pública acessível a todos e respeito às liberdades públicas. Em uma palavra, no pensamento de Bergalli, no conceito de *Welfare*, não só se associava direitos sociais e econômicos, mas também o fim de ressocialização ou readaptação social como fim da execução das penas. Ver: idem, p. 27-29.

timo caso, com a possibilidade de se transformar a pessoa do delinquente, adaptando-a ao convívio social. Difundia-se o modelo correcional, herdeiro da sociedade da disciplina, que atribuía uma função útil ao castigo.[36]

O regime da disciplina correcional se traduzia em um sistema de *Welfare*, difundindo-se em uma série de intervenções, levando a pena além dos muros do sistema total carcerário até as outras redes de socialização existentes na sociedade, como formas de tratamento aberto (família, escola, fábrica, empresa, administração). Difunde-se uma retórica de tratamento individualizado, buscando-se a recuperação e a reinserção social, o que determinou grandes investimentos de recursos públicos no sistema, que levou a uma considerável redução na população carcerária, chegando, conforme De Giorgi, na Itália e nos EUA, aos seus mínimos históricos dos anos 70.[37]

O estado da arte, portanto, informava sobre um ambicioso projeto de transformar os indivíduos, que correspondia à *grande narração criminológica* do tratamento da desviação e normalização do tratamento da loucura, que orientava o pensamento criminológico dos anos 70, convertendo-se em uma utopia comum, a utopia disciplinatária. Como ensina De Giorgi,

"la disciplina se coloca entre las grandes estrategias con las que la modernidad ha pretendido controlar la imposibilidad de garantir conformidad del actuar con las condiciones estructurales de la sociedad capitalista (...) La forma específica que asume esta utopía en el saber criminológico reproduce la idea foucautiana del disciplinamiento."[38]

Sob a lógica disciplinatária foucaultiana, o controle atuava individualmente, ativando mecanismos de transformação, moldando o comportamento, forjando corpos dóceis, o que se constituía no grande projeto de transformação dos indivíduos e que, de resto, foi acolhido pelo pensamento criminológico preponderante à época, fornecendo a base, inclusive, para um saber disciplinatário, isto é, um conhecimento e práticas de controle dos corpos. Numa palavra, cuida-se de um *Welfarismo* criminológico, testemunha da proliferação de competências e do rol de profissionais orientados à produção de um saber orientado ao estudo do desviado e políticas de inclusão.[39]

---

36. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y práticas de la sociedad de control*. Trad. Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 48-49.
37. Idem, p. 49.
38. Idem, p. 50.
39. Idem, p. 52.

Todavia, o otimismo teórico e político acerca da ressocialização e da reabilitação dos indivíduos, da erradicação das causas da desviação, entra em profunda crise,[40] levando ao descrédito tal saber reabilitador, emergindo uma nova política criminal, alavancada pelo alto índice de reincidência, atestado do fracasso da ideologia do tratamento.[41] Surge um ceticismo criminológico, com o abandono do ideal reabilitador e, como diz De Giorgi,

"por primera vez se abandona da idea de que existe un vínculo entre criminalidad y marginalización social. De este modo, se irá progresivamente desvaneciendo la base de apoyo y legitimación política de las estrategias desarrolladas en los veinte años precedentes."[42]

E a crise da utopia do tratamento corresponde à crise fiscal do Estado, o que levará a uma dramática redução dos investimentos públicos no social, com a superação das orientações interventivas na economia de cunho keynesiano. Ora, em momento de escassez de recursos, o *Welfare* penal revela-se antieconômico e sensível à crítica que lhe é apresentada, notadamente quando confrontada com os benefícios. Assim, entra em crise o modelo correcional, restando deslegitimadas as políticas por ele perseguidas, perfilando-se uma nova política criminal para o combate da desviação, levando ao esgotamento do pensamento etiológico, que passa a ser considerado um falso problema e de difícil comprovação.

O criminoso é, então, visto como um sujeito racional, capaz de realizar eleições racionais, enfim, dotado do livre-arbítrio, restando o objetivo reabilitador, que se guiava por políticas de tratamento, substituído pelo tratamento da ameaça e da intimidação. A intimidação e a neutralização ocupam os espaços antes ocupados pela correição.[43]

O pensamento da intimidação e da neutralização passam a ocupar os espaços concedidos à terapia do tratamento, que ficaram no vazio, devido ao fracasso da correição. Há um desalento, um desencanto, com relação à utopia do tratamento, o que demarca o surgimento, inclusive, de versões críticas

40. Ver DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 120-146.

41. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 58-90. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 219-286.

42. DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 53.

43. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia*... cit., p. 54-55.

mais extremadas, como o da *cost-benefits analysis*, ou seja, da corrente à análise econômica do direito penal[44] e ao controle da criminalidade, centradas na discussão a respeito dos custos do tratamento e seus escassos efeitos. Isso dá novo ânimo à direita repressiva, legitimando uma cruzada moral contra a criminalidade, conciliando o objetivo da máxima segurança com o mínimo de recursos investidos, concebendo o criminoso como um autor do mercado que valora os custos que está disposto a suportar e os benefícios que pode obter com a prática do delito.[45] Da análise, tem-se que a função da pena em termos de intimidação impõe o aumento dos custos, no caso, aumento das penas e redução dos benefícios legais. Em uma palavra, o controle penal, sob a leitura econômica que lhe é imposta, passa a ser orientado pela eficácia. Nesse entorno, a pena resta órfã de toda a sua função "útil", subsumindo na inocuização do delinquente, isto é, na "incapacitação ou neutralização seletiva".[46]

Em síntese, pode referir que a crise do modelo de bem-estar gerada pelo capitalismo neoliberal promove alteração da política criminal, impondo uma revisão/superação do regime fordista orientado a compensar as injustiças inerentes ao sistema capitalista de produção, via políticas de segurança social. Abandonam-se as políticas keynesistas, que previam que os recursos públicos deviam ser aplicados em demandas sociais (saúde, trabalho, moradia etc.) inclusive de investimentos na pessoa do delinquente, visando ao seu tratamento/recuperação. É o tempo do monetarismo e neoliberalismo,[47] promovendo uma inversão nas políticas sociais, retomando a antiga bandeira do mercado como regulador das iterações sociais pelo código demanda/oferta, rechaçando, por

44. Ver ANITUA, Gabriel Ignacio. *Castigo, cárceres y controles*. Buenos Aires: Didor, 2011. p. 111-113. No pensamento de Anitua, com a critica do modelo da ressocialização, os analistas econômicos se propõem a analisar a conduta e o castigo penal nos moldes da economia neoliberal como qualquer conduta realizada no mundo dos negócios, sendo relevante, portanto, o aumento dos custos em detrimento dos benefícios havidos pelo delito.

45. Conforme FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 329-356, "vai-se passar portanto para o lado do sujeito individual, considerando-o *homo oeconomicus*, tendo em consequência que, se define assim o crime como a ação que o indivíduo comete assumindo o risco de ser punido pela lei...O criminoso não é nada mais que absolutamente qualquer um. O criminoso é todo mundo, quer dizer, ele é tratado como qualquer outra pessoa que investe numa ação, que espera lucrar com ela e aceita o risco de uma perda". Op. cit., p. 346.

46. Ver, nesse sentido, DE GIORGI. Op. cit., p. 56-57.

47. Consultar BERGALLI, Roberto. Sistema... cit., p. 111-119.

fim, a intervenção estatal.[48] O marco informa, pois, sobre um novo momento das sociedades pós-industriais, a saber, pós-fordismo que implementará uma nova economia da penalidade.

3. A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR E A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA PENAL PÓS-FORDISTA (O ADVENTO DA SOCIEDADE DO CONTROLE OU DA EXCLUSÃO)

A crise fiscal do *Welfare State*, que emergiu dos EUA na década de 70,[49] provocou a necessidade de se remodelar o complexo penal que se desenvolveu amparado pelo modelo correcional de bem-estar, orientada, pois, pela integração. Isso demarca o fim da "grande narrativa criminológica", herdada da ilustração (audacioso projeto de transformar os indivíduos), buscando à ressocialização.[50-51] E a crise do modelo keynesiano de bem-estar sinaliza a quebra do modelo fordista[52] da sociedade, que relacionava o aumento da produtividade ao aumento dos salários, promovendo, dessa forma, uma razoável distribuição de recursos e a generalização de um sistema de segurança social.[53] De outro lado, a quebra do modelo fordista foi ditada pela globalização econômica neoliberal, situando a sociedade nas portas do pós-fordismo, marco em que os trabalhadores perderam sua identidade coletiva,[54] seus vínculos, na con-

48. BERGALLI, Roberto. Las funciones... cit., p. 69-70.

49. Conforme BERGALLI, Roberto. Op. cit., p. 59-67. O período, na dicção de Bergalli, refere-se à interrupção e crise do sistema capitalista de produção, momento que se anuncia ao mundo capitalista que se vive, na plenitude, o que se denomina pós-fordismo, que é cunhado como a situação social geral que provocou o fim das relações do sistema de produção e as políticas sociais. Logo, abandona-se o projeto fordista e o compromisso de se combater as injustiças e desigualdades forjadas pelo sistema capitalista, bem como o pensamento de disciplina social herdada do projeto iluminista. E, no ambiente do pós-fordismo, nas pegadas de Bergalli, acirra-se a dualização e polarização nas sociedades pós-industriais, passando as prisões à funcionalidade da contenção das massas dos excluídos e marginalizados economicamente. Ver: idem, p. 6061.

50. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 213-235.

51. A crise do modelo correcional ou do modernismo penal é tratada por GARLAND, David. Op. cit., p. 143-171.

52. Os contornos dos fordismo e toyotismo como versões atualizadas do fenômeno da industrialização, são dados no meu artigo intitulado Imperialismo e divisão do trabalho. LYRA, José Francisco da Costa. Imperialismo e divisão do trabalho. *Direito em Debate* 23/25-49.

53. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia...* cit., p. 10-11.

54. Segundo CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010. p. 22-25, o movi-

dição de meros consumidores,[55] no marco da excludente sociedade do risco.[56] Nessa mudança de rumo, operacionalizada pela crise do Estado social e pela superação do modelo correcional, a pena perde toda a sua função de inclusão/reabilitação (filosofia do tratamento/disciplina desenhada por Foucault), uma vez que agora trata de incapacitar o indivíduo, ou seja, o que a pena busca é a pura eliminação do sujeito do contexto social. Não mais se requer um tratamento individualizado segundo as necessidades sociais e psicológicas do desviado, como requeria a ideologia do tratamento/loucura. O controle sai do corpo do sujeito, passando a ser um controle mais difuso,[57] que se expande para além dos muros da instituição total da prisão, dos hospitais, da empresa. E esse novo modelo de controle – atuarial – busca mapear e identificar grupos ou setores sociais propensos a delinquir e que, portanto, deverão ser gestionados. Na perfeita observação de De Giorgi, "ya no se trata de corregir través de un

---

mento corresponde à descoletivização do trabalho (perda da mediação dos sindicatos laborais, passando o trabalho a seguir uma "biografia individual" (Beck) e, portanto, mais flexível. E isso corresponde ao novo regime do sistema capitalista: o capitalismo pós-industrial, que passou a exigir dos trabalhadores uma nova mobilidade, adaptabilidade e uma individualização crescente das tarefas. No limite, houve a dissolução do coletivo do trabalho e esvaziamento da representação/pressão dos sindicatos laborais frente aos detentores do capital.

55. LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin Estado: la subjetividad en la era de la fluidez*. Buenos Aires: Paidós, 2004. p. 19-39.

56. Veja-se, por todos, CASTEL, Robert. Op. cit., p. 17-41. Também, no trato do tema, ver, do mesmo autor: *La inseguridad social: que es estar protegido*. Buenos Aires: Manatial, 2004 e, *Discriminação negativa: cidadãos ou autóctones*. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 59-87.

57. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Op. cit. Para Hart e Negri, a sociedade do controle apresenta-se no final da fase moderna, estendendo-se por toda a pós-modernidade, na qual os mecanismos de domínio se voltam mais democráticos, entretanto mais imanentes no campo social, distribuindo-se completamente pelos cérebros e corpos dos cidadãos, de modo que os sujeitos mesmos interiorizem, cada vez mais, as condutas de integração e exclusão social adequadas a esse domínio. Sob esse aspecto, a sociedade de controle pode ser caracterizada por uma intensificação e generalização dos aparatos normalizadores do poder disciplinatário que animam nossas práticas cotidianas, levando o controle mais adiante dos locais estruturados, através de redes flexíveis e flutuantes Em definitivo, no pensamento dos autores, "en el paso de la sociedad disciplinaria a la sociedad de control queda establecido un nuevo paradigma de poder definidos por las tecnologías que reconocen a la sociedad como la esfera de influencia del biopoder [...] En cambio, cuando el poder llega a ser completamente biopolítico, la maquinaria del poder invade el conjunto del cuerpo social que se desarrolla en su virtualidad". p. 45.

tratamiento individualizado, graduado según las necesidades sel sujeto, sino más bien de rediseñar el espacio en el que actúa el individuo".[58]

O controle social desloca suas funções, convertendo-se em um fim em si mesmo, na medida em que abandona o tratamento e a disciplina, pois a questão passa tão só a controlar, daí o pensamento atual no sentido de exasperação das penas.[59] Além disso, o controle, como já assinalado, desloca-se, sensivelmente, da prisão, tornando-se disperso no ambiente urbano e metropolitano. O controle transforma-se em difuso, ampliando suas franjas espaço-temporais, como as cidades fortificadas.[60-61]

Portanto, como consequência da crise da sociedade da disciplina, o controle abandona os locais fechados ou instituições de "encerro", lugares da disciplina, estendendo-se por todo o corpo social,[62] em dispositivos de controle modulares, constantes e permanentes, que passam a integrar a sociedade contemporânea,[63] como, por exemplo, a estrutura dos condomínios e a vigilância 24 horas por dia, as câmeras de filmagens espalhadas pelas ruas e logradouros públicos, os serviços de segurança privatizados, tornozeleiras eletrônicas etc., cujo fator-chave é obter segurança.[64] O novo paradigma que se apresenta como forma difusa é o

58. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia...* cit., p. 58-59.

59. O fenômeno é facilmente identificado na legislação brasileira e sua irracionalidade, uma vez que o legislador tem primado pela lógica da exclusão. Para tanto, veja-se o regime diferenciado de cumprimento da pena (RDD), de duvidosa constitucionalidade, bem como as novas alterações nos crimes contra a dignidade sexual e seu expressivo aumento das reprimendas para os crimes previstos nos artigos. De igual sorte, a nova pena prevista para a "extorsão-relâmpago".

60. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia...* cit., p. 59. Ver também BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009. p. 38 e ss., para quem, na cidade moderna, surge uma nova estética ou outro tipo de construção: o muro, impondo uma nova lógica baseada na vigilância e distância. Merece leitura, na mesma temática, BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 100-128.

61. Consultar WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y Estado*. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 13-56.

62. Para HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Op. cit., p. 46, o controle vai além do aspecto econômico, apresentando-se como uma força cultural da sociedade. A sociedade fica absorvida pelo Estado, que detém um controle total da *bios*, no qual a vida, em sua totalidade, passa a ser objeto do poder (biopolítica).

63. CASTEL, Robert. *El Ascenso...* cit., p. 31-35.

64. BAUMAN, Zygmunt. *Confiança...* cit., p. 39.

do controle, ou atuarial, que, ao contrário da utopia do tratamento, que se constituía em um projeto a logo prazo, preconiza uma resposta imediata e de curto prazo: um controle radical de prevenção situacional, que passa pela vedação do acesso a determinados lugares, controle eletrônico dos condenados etc.[65]

A nova forma de controle atuarial inscreve-se no incremento de lógicas, técnicas de cálculo estatístico direcionadas ao combate de situações de risco, isto é, pensamento assegurador de gestão racional e econômica do risco.[66] Trata-se do pensamento atuarial, que consiste "na elaboración de sistema de monetarización y redistribución de determinados factores de riesgo dentro de una colectividad individualizada o individualizable: en este caso, la colectividad de los asegurados".[67]

De outro lado, essa nova forma de controle, no entendimento de Deleuze, tem a ver com a imanência do sistema capitalista, que não para de se expandir, encontrando seus limites no próprio capital. No seu pensamento, no capitalismo, somente uma coisa é universal, o mercado, uma vez que não é universalizante, mas, sim, homogeneizante, isto é, "uma fantástica fabricação de riqueza e de miséria (...)", bem como "não há Estado democrático que não esteja totalmente comprometido nesta fabricação da miséria humana".[68] Dessarte, a mutação da sociedade disciplinar à sociedade de controle está relacionada com a alteração de rumo empreendida pelo sistema capitalista, muito especialmente pela revisão da estrutura de confinamento da fábrica, modelo de disciplina. Nesse aspecto, com Deleuze, pode-se afirmar que as sociedades disciplinares correspondem ao que se deixa para trás, correlatas com a crise da *técnica do confinamento*, não só da prisão e hospital, mas da escola, da fábrica e da caserna.[69] De fato, adentra-se nas sociedades de controle, que não se utilizam do confinamento, que é substituído por um controle contínuo e por uma comunicação instantânea. Com efeito, "o que está sendo implantado, às cegas, são novos tipos de sanções, de educação, de tratamento. Os hospitais abertos, o atendimento a domicílio etc. já surgiram há muito tempo".[70]

---

65. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Op. cit., p. 32-33.
66. Ver RIPOLLÉS, José Luis Díez. Los nuevos modelos penales de intervenção securitária. In: RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali (coord.). *Cuestiones de política criminal em los tiempos actuales*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009. p. 221-253.
67. DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 60.
68. DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 2008. p. 213.
69. Idem, p. 215.
70. Idem, p. 216.

A sociedade de controle, que sinaliza o "enterro" da sociedade da disciplina, informa sobre a superação da técnica do confinamento por uma nova engrenagem mais difusa e total, já que o controle sai das instituições fechadas, passando a atuar da forma mais intensa e contínua, só que, agora, fora da prisão. Como diz, acuradamente, Deleuze,[71]

"pode-se prever que a educação será cada vez menos um meio fechado, distinto do meio profissional – um outro meio fechado –, mas que os dois desaparecerão em favor de uma terrível formação permanente, de um controle contínuo se exercendo sobre o operário-aluno ou executivo-universitário."

Em uma palavra, o controle não deixa de existir, sendo que, no modelo da sociedade de controle, fora do confinamento, é contínuo e intenso, baseando-se na técnica da informação.

Sob esse prisma, em uma estreita ligação entre o sistema capitalista e a forma de controle, Deleuze ensina que a cada tipo de sociedade corresponde uma máquina. Nesse particular, as máquinas simples estão ligadas à sociedade tradicional da soberania; já as máquinas energéticas correspondem à disciplina, e os computadores, às sociedades de controle. Dessa maneira, as formas de um controle incessante em meio aberto estão ligadas à sociedade da informação e comunicação.[72]

A modo de sintetizar, Foucault situou as sociedades disciplinares nos séculos XVIII e XIX, tendo atingido seu ápice no século XX, asseverando que elas procedem à organização dos grandes meios de confinamento, em que o indivíduo passa de um meio fechado ao outro, sendo que cada um é instrumentalizado pelas suas próprias leis: a família, a escola, a caserna, a fábrica, o hospital e, eventualmente, a prisão. Nesse contexto, à fábrica cumpria o papel de concentrar e ordenar o espaço temporal, forjando uma força produtiva adaptável ao sistema capitalista. E tal modelo sucedeu às sociedades da soberania,

"cujo objetivo e funções eram completamente diferentes (açambarcar, mais do que organizar a produção, decidir sobre a morte mais do que gerir a vida); a transição foi feita progressivamente, e Napoleão parece ter operado a grande conversão de uma sociedade à outra."[73]

Entretanto, a sociedade da disciplina entra em crise, o que tem a ver com uma crise generalizada de todos os meios de confinamento. Daí a palavra em voga no

71. Idem, ibidem.

72. Idem, p. 217.

73. Idem, p. 219.

sentido de "reformar" a escola, a indústria, o hospital, o exército, a prisão. E, correlata à crise do confinamento, surge uma nova sociedade, a do controle, na qual ela passa a conviver com novos mecanismos de controle, agora em meio aberto. Em decorrência disso, em uma sociedade de controle, a empresa substitui a fábrica, impondo um sistema mais flexível, instituindo o "salário por mérito", que "tenta a própria educação nacional: com efeito, assim como a empresa substitui a fábrica, a formação permanente tende a substituir a escola, e o controle contínuo substitui o exame. Este é o meio mais garantido de entregar a escola à empresa".[74-75]

A característica fundamental da sociedade do controle é a perda da indicação, isto é, do "número de série"[76] do indivíduo e seu lugar ocupado na sociedade de massas.[77-78] Portanto, no controle, não são necessários mais "uma assinatura e nem um número", mas, sim, uma cifra ou senha. E essa mutação Deleuze exemplifica com o dinheiro, notando que, na sociedade da disciplina, o dinheiro era cunhado em ouro, ao passo que o controle remete a trocas flutuantes, modulações, nas quais a moeda funciona como amostra.[79] Isso corresponde, como já anotado, tão só a uma evolução tecnológica sem ser, profundamente, uma mutação do capitalismo do século XIX, que é o da concentração para a produção e aquisição da propriedade.

Em dito modelo, a fábrica é o meio de confinamento, sendo o capitalista o proprietário dos meios de produção e também de outros lugares, que, por analogia, seguiam orientação capitalista, como a casa do operário, a escola etc. Todavia, como, atualmente, o capital não é mais dirigido à produção, que ficou relegada ao Terceiro Mundo, cuida-se de um capitalismo de "sobreprodução", que vende serviços, e o que compra são ações;[80] por isso, essa dispersão do capital, bem como o fato de que a empresa sucede à fábrica. Por conseguinte, "a família, a escola, o

74. Idem, p. 221.

75. Conforme FOUCAULT, Michel. *Nascimento*... cit., p. 333-334, com o neoliberalismo, generaliza-se a forma econômica do mercado em todo o corpo social, que passa a se organizar de acordo com as regras da economia de mercado (*Vitalpolitik*).

76. No pensamento de LEWKOWICZ, Ignacio. Op. cit., p. 79, na sociedade de consumo, que constrói sua subjetividade sob as leis do mercado da oferta e demanda, o não consumidor, o excluído/expulso da rede de consumo carece de um nome que o defina socialmente, resultando, inclusive, o nome de marginal inadequado frente à forma dramática de exclusão que enfrenta.

77. ORTEGA Y GASSET. *La rebelión de las masas*. Madrid: Alianza, 2009. p. 45-82.

78. Ver SLOTERDIJK, Peter. *El desprecio de las masas: ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*. Trad. Garmán Cano. Valência: Pre-textos, 2005.

79. DELEUZE, Gilles. *Conversações* cit., p. 222.

80. Idem, p. 222-223.

exército, a fábrica não são mais espaços analógicos distintos que convergem para um proprietário, Estado ou potência privada, mas são agora figuras cifradas, deformáveis e transformáveis, de uma mesma empresa que só tem gerentes".[81]

O problema dessa mutação são as conquistas do mercado, que são operacionalizadas por controle, e, não, por disciplina, sendo que a moeda foi substituída por cifras ou ações. Não é por acaso que o *marketing* se constitui em um poderoso instrumento de controle social, que se associa ao projeto da empresa. O controle, dessa forma, é rápido e de curta duração. O homem da sociedade do controle não se configura como um homem confinado, mas como o homem endividado. Como diz Deleuze, "é verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas".[82] O controle passa a ser categorial, uma vez que as instituições fechadas dão lugar a um novo regime de dominação adaptável à empresa e às novas formas de tratar o dinheiro.

O que se vê nesse cenário é, portanto, um retorno à sociedade da soberania, devidamente adaptada ao contexto atual, caracterizando-se por um domínio intenso sobre o corpo do indivíduo. Logo, as amputações de marcas da Idade Média, que possibilitavam a identificação do criminoso, são substituídas pelas coleiras eletrônicas, que permitem o monitoramento do condenado pelo período que deve permanecer em casa ou laborando, ou a nova medicina, sem doente e médico, para fazer frente aos novos riscos. Enfim, como pontua Deleuze, "são exemplos frágeis, mas que permitiriam compreender melhor o que se entende por crise das instituições, isto é, a implantação progressiva e dispersa de um novo regime de dominação".[83]

Com efeito, a transição para a sociedade de controle importa, como já assinalado, uma dramática mudança do rumo do pensamento criminológico, muito especialmente pelo fato de que o controle penal passa a engendrar uma lógica atuarial, ou seja, de gestão de risco, acarretando a superação dos pressupostos de reabilitação e normalização, que se articulava nas relações de poder do Estado de bem-estar. Em uma palavra, na sociedade de controle, o poder é completamente biopolítico,[84-85] com um controle intenso sobre o corpo. Se-

81. Idem, p. 224.

82. Idem, ibidem.

83. Idem, p. 225.

84. Consultar FOUCAULT, Michel. *Nascimento*... cit.

85. Para ESPOSITO, Roberto. *Bíos, biopolítica y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 15-22, a origem do termo biopolítica remonta o século passado, surgindo com a moderni-

gundo Brandariz García, as características dessa nova morfologia de controle são as seguintes: crise do modelo correcional e total descrédito da criminologia etiológica, o que leva à deslegitimação das finalidades perseguidas, notadamente de reinserção social.

Como consequência, a pena assume contornos intimidatórios e neutralizantes; o controle não se dirige a indivíduos concretos, senão que se projeta sobre grupos sociais que, nas formas de cálculo e gestão, são relacionados como grupo de risco e propensos à prática de delitos; daí, por exemplo, a centralidade da pessoa do imigrante via controle penal: controle para além das instituições fechadas, como o controle das fronteiras e movimentação de pessoas, ingresso proibido em determinados lugares, como condomínios etc., com graves prejuízos à cidadania, pois há um redesenho da cartografia das cidades, difusão de uma crescente sensação de insegurança coletiva,[86] que é fruto da expansão temporal e espacial do controle, que induz a distribuir também, entre os cidadãos, a responsabilidade de garantia da segurança e luta contra a criminalidade, menosprezando o monopólio estatal, peculiar à sociedade da disciplina. Logo, a exclusão social é recebida como um problema insuperável e que deve ser normalizado pelo controle penal, dando causa à consolidação de elementos de emergência e excepcionalidade penal na luta de todos contra o crime.[87]

4. O PÓS-FORDISMO E A TECNOCRACIA PENAL ATUARIAL (*CRIMICONS*) COMO EXPRESSÃO DO DECLÍNIO DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

A[88] característica fundamental da transição da sociedade da disciplina ao modelo social do controle repousa na filosofia de intervenção e de revisão do

---

dade, idade em que a ideia da autoconservação do indivíduo recebe uma preocupação central. Corresponde ao ingresso da *zoé* (vida natural) na esfera da *pólis*, com a politização da via nua. Assim, a política penetra diretamente na vida, daí o porquê de Esposito, socorrendo-se dos ensinamentos foucaultianos referir ao fato de que a biopolítica tem a ver com a crecente implicação da vida natural nos mecanismos de poder e controle estatal (arte de governar a vida". Importa a leitura, também de AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 15-17, 127-128. Conforme Agamben, o trunfo do capitalismo não seria possível sem o controle disciplinar efetuado pelo biopoder, criando os corpos dóceis de que necessitava.

86. Ver INNERARITY, Daniel. *A sociedade invisível: como observar e interpretar as transformações do mundo actual*. Trad. Manuel Ruas. Lisboa: Teorema, 2009. p. 149 e ss.

87. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Op. cit.. p. 37-38.

88. A expressão "crimicons" foi cunhada por BERGALLI, Roberto. Crimicons o de cómo el fundamentalismo ha pervertido el conocimiento criminológico. In: SCHÖNE, Wol-

seu objeto, visto que se abandona a intervenção individual e se recolhe a lógica atuarial do risco. Isso corresponde à proposta de "administrativização" do sistema penal, o que implica, em certa medida, a perda da centralidade simbólica da condição humanizadora da política criminal, na medida em que os investimentos das políticas são direcionados, agora, para expansão da tecnologia a fim de ampliar o controle das pessoas catalogadas como grupos de riscos.[89] Sob esse aspecto, o atuarismo penal, como estratégia de política criminal, encontra terreno fértil na caracterização atual da sociedade como "sociedade de risco"[90-91] ou "sociedade do medo", o que gerou amplas consequências no âm-

---

fgang (coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad.* Corrientes: Mave, 2009. p. 611-626 e representaria uma nova penalidade, orientada pelos fundamentos do neoliberalismo econômico. A partir de dita orientação, os sistemas penais contemporâneos funcionalizam interesses dos grupos econômicos hegemônicos, sustentando políticas criminais fundamentalistas com o desiderato de manter a dominação política e econômica dos poderosos. p. 615-616.

89. Conforme BERGALLI, Roberto. Las funciones... cit., p. 60-61.

90. Os contornos da sociedade do risco são fornecidos por BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.* Trad. Jorge Navarro e outros. Barcelona: Paidós, 2006, e LUHMANN, Niklas.*Sociologia del riesgo.* Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

91. Os contornos da sociedade do risco e o sistema penal são dados por PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y Derecho Penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MERTÍN, Adán Nieto (coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo.* Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 259-287. E, na sua análise do tema do direito penal, Prittwitz adverte que sua reconstrução se aproxima dos postulados luhmannianos (apartando-se do diagnóstico de Beck, que o autor define de político-catastróficas) para aduzir que o denominado direito penal do risco, longe de conservar seu caráter fragmentário, converteu-se em um controle expansivo. Por outro lado, o termo expansivo, para Prittwitz, tem um significado tridimensional, isso pela acolhida de novos candidatos no âmbito de bens jurídicos (como o meio ambiente, mercado de capitais, saúde pública); o adiantamento das barreiras de proteção e punição (crescimento dos crimes de perigo, notadamente abstratos) e redução das exigências de reprovabilidade rumo à adoção do modelo de periculosidade, conduzindo ao que Prittwitz cunha como "una revitalización de la creencia em la fuerza conformadora de costumbres del Derecho Penal". Em uma palavra, para o referido doutrinador, o sistema penal, sob os influxos da sociologia do risco, é funcionalizado à busca de segurança subjetiva. Ver: idem, p. 262-263. A análise crítica de tal funcionalização do direito penal é oferecida pela escola de Frankfurt, na obra coletiva *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, 2000. Ver, nesse particular, LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *RBCCrim* 95/239-271.

bito da realidade social, ampliando, sobremaneira, a sensação de insegurança, que, em grande percentual, foi decodificada como temor à criminalidade.[92] Em resumo, a tecnocracia penal do atuarismo arranca dos postulados da sociedade do risco, bem como da complexidade e incerteza provocadas pelos avanços tecnológicos capitaneados pelo sistema capitalista pós-industrial, culminando na consolidação do modelo da sociedade da "segurança sentida" (Bauman).[93] E, para debelar essa onda de insegurança, midiaticamente,[94] traduzida em termos de aumento de crimes, cumpre ao controle penal o gerenciamento dos grupos de riscos e classes perigosas. Dessa maneira, o controle centra-se em grupos sociais ou em determinadas categorias de sujeitos, que, por sua posição social, representam risco à segurança cognitiva da população.[95] Em suma, passa-se à gestão e ao controle de determinados grupos, aos quais se dirige a vigilância, a incapacitação e a intimidação. O indivíduo só tem relevância se puder ser catalogado em algum grupo e estatística de risco. Abandona-se o argumento de responsabilidade e capacidade de entendimento entre os sujeitos em favor de um discurso sobre o risco e fatores do risco. Enfim, o controle despersonaliza-se, dirigindo-se ao ambiente e coletiviza-se, centrando-se no risco.[96] Nesse passo, razão assiste a Brandariz García quando anota que o atuarismo penal aparece como uma tese que outorga uma certa racionalidade neoliberal (e, pois, neoconservadora) na forma de afrontar os problemas da criminalidade, na medida que, valendo-se de uma "justiça expressiva", se orienta, tão só, à minimização das sensações sociais de insegurança, revelando-se, por outro

92. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Op. cit., p. 80-81.

93. BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. Trad. Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007. p. 167 e ss.

94. Ver VIRILIO, Paul. *Ciudad pánico: el afuera comienza aquí*. Trad. Lair Kon. Buenos Aires: Capital Intetectual, 2011. p. 40 e ss. Na lição de Virilio, na atualidade, está-se frente à ameaça da desmesura de uma "democracia da emoção", isto é, de uma emoção coletiva, sincronizada e globalizada, que, como um "ácido", ameaça dissolver a democracia de opinião pública, em benefício de uma emoção coletivista instantânea, abusada, de forma intensa, pelos predicadores populistas, que constitui uma verdadeira arma de destruição massiva da realidade (perspectiva "dromológica" de aceleração da realidade dos fatos), ilustrada pelo pós-guerra do Iraque. Ver: idem, p. 43-44.

95. Como diz ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit., p. 104-105, na ausência de uma utopia reeducativa, o cárcere sobrevive hoje como um lugar em que se reduzem os riscos. Cuida-se (a prisão) de uma máquina que não tem que fazer nada, que não cria, nem transforma. Na sua essencialidade, o cárcere do século XXI busca a exclusão dos incapacitados seletivos. Ver: idem, p. 106-107.

96. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia*... cit., p. 70-71.

lado, incapaz de orientar e ressocializar. Em uma palavra, cuida-se de uma prática (que não se confunde com uma verdadeira escola teórica) que possui a filosofia de gerir/administrar o risco.[97-98] O problema da prática atuarial é que ela não se organiza sob uma lógica inclusiva, mas, sim, segue o pensamento de que deve excluir da sociedade segmentos irrecuperáveis da sociedade (não pessoas), que devem ser geridos, da maneira mais econômica possível (racionalidade gerencial), com o abandono da ideia da normalização.[99-100] Emerge, de forma central, um controle intenso, debitado aos avanços das tecnologias de vigilância, com o objetivo de controlar grupos de riscos (inimigos internos), conceituados como irrecuperáveis, os quais, em consequência, devem ser neutralizados e inocuizados.[101-102]

E a aposta da estratégia do controle se centra na filosofia da irrecuperabilidade do indivíduo ("o fim da história" criminológica, Swaaningen),[103] bem

97. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Op. cit., p. 81.

98. Nesse sentido, a doutrina de SWAANINGEN, René Van. Op. cit. Conforme Swaaningen, o controle penal sob a lógica atuarial, encontra-se baseado na evolução do risco, e não mais, nos princípios penais tradicionais, na medida em que a coerção penal se transmudou em uma estratégia política das sociedades de risco, o que significa que o controle não mais se encontra orientado por ideais políticos, senão pela lógica negativa de eliminar os riscos do desenvolvimento tecnológico. Por outro lado, ainda segundo o autor, o atuarismo corresponde a uma sociedade em que a sociabilidade não se refere a vínculos positivos de inclusão e solidariedade, mas, sim, que se baseia no medo líquido. Ver: idem, p. 333-350.

99. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Op. cit., p. 82-89.

100. VIRILIO, Paul. Op. cit., p. 80, denomina esse "grande encerro" (teste da globalização) de uma informação "metageofísica" planetária, característica de uma "Foreclusão".

101. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. In: CABANA, Patricia Farando (dir.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 15-63.

102. No dizer de ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit., p. 92 e ss., o "controle punitivo selvagem" atual, que ampliou sobremaneira o sistema e população carcerária, não cumpre nem declama funções correicionais, senão que se converteu em um mero espaço custodial. E a inocuização constitui-se no mais severo exemplo das autênticas "fábricas de exclusão", que se tornaram as prisões contemporâneas.

103. SWAANINGEN, René Van. Op. cit., p. 279. Para Swaaningen, o controle penal, no marco da sociedade do risco, passa a ser informado por uma análise empresarial de custo-benefício, buscando o modo mais eficiente parar gerir a sociedade. Logo, as infrações penais não são julgadas em termos de culpabilidade, senão que em termos do risco potencial para a ordem social. O enfoque é, portanto, o mesmo do negócio dos

como na impossibilidade de qualquer tipo de transformação social.[104] Perpassa o pensamento da criminologia a crença de que nada dá certo, convertendo-se o controle social em um instrumento de gestão dos excluídos da vida em sociedade, os quais devem ser vigiados em massa e constritos dentro de um espaço urbano delimitado, os guetos.[105-106] Como diz De Giorgi, a metrópole é repensada em função de seu controle e vigilância, edificando muros que separam os indivíduos por classes: os que produzem risco (os proletários, os pobres, vagabundos), e, de outro lado, os que consomem (principalmente em forma de polícias privadas, sistemas de segurança e seguros).[107] O controle intensifica-se em relação às populações de risco, captando fenômenos sociais como o desemprego estrutural e emigração como fatores de risco e que, por isso, devem ser controlados pelo sistema penal.[108] Isso demarca o surgimento de novas formas

---

seguros e da lógica do risco, cuja ordem moral se baseia no desejo cívico de segurança e redução dos riscos. Por fim, Swaaningen sintetiza afirmando que o ponto de chegada do atuarismo penal corresponde ao declínio do ideal de reabilitação, agora substituído pelo gerencialismo e sua política de defesa social, campo fértil para o neo (liberalismo) conservadorismo penal e sua prática populista. Consultar: p. 281-285.

104. E é nesse universo que se pode compreender os movimentos de endurecimento das penas levados a cabo pelo legislador, que, nas suas "reformas penais", de regra, tem aumentado dramaticamente o tempo de prisão, o que é contraproducente em termos de uma política de reinserção social, isso pelo fato de que prisões de alta duração rompem, definitivamente, os vínculos que o detento mantinha, fragilmente, na sociedade aberta.

105. Conforme BAUMAN, Zygmunt. *Confiança*... cit., p. 8-9, "o efeito desse duplo movimento é evidente na vida cotidiana de quem mora na cidade contemporânea: enquanto os bairros centrais são valorizados e tornam-se objeto de grandes investimentos urbanísticos, outras áreas são corroídas pela degradação e tornam-se marginais. Quem possui recursos econômicos ou tem condições de deslocar-se tenta se defender criando verdadeiros enclaves, nos quais a proteção é garantida por empresas privadas de segurança, ou transferindo-se para áreas mais tranquilas e nobres. Os mais pobres (ou seja, aqueles que são obrigados a permanecer onde estão) são forçados, ao contrário, a suportar as consequências mais negativas das mudanças. Isso só pode gerar um crescente e difuso sentimento de medo. Dilacerada por essa tensão, a classe média corre o risco de acabar vítima de um processo que não controla e não conhece, e de perder o bem-estar conquistado no decorrer das últimas décadas. Se essa é a dinâmica estrutural a que estão sujeitas as cidades, não me surpreende que alguns especulem com o medo, transformando-se na base de uma política de controle de repressão".

106. Ver WACQUANT, Loïc. Op. cit., p. 29-161.

107. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia*... cit., p. 72.

108. É a técnica de "governar pelo crime", isto é, a tendência de situar o problemas do crime no âmbito de "outro" (criminologia do outro de Garland), daí o porquê de o

de controle, como, por exemplo, os *Neighborhood watch*, experiência difundida nos EUA e na Inglaterra, que consiste na vigilância dos vizinhos sobre a mobilidade de alguns grupos sociais no combate à criminalidade, unindo a polícia, a segurança privada e cidadãos em uma rede que observa, identifica, denuncia e captura sujeitos considerados perigosos.[109]

O modelo panóptico da vigilância abandona os interiores da disciplina para disseminar-se por todo o espaço público e privado, tornando-se o controle híbrido, levando a uma "recodificação panóptica",[110] qual seja, a privatização do instrumental benthamiano.[111] Mais, o panóptico expande-se por todos os cantos da cidade, revelando-se ubíquo, isso pela extensão massiva dos meios de controle da população.

Por fim, cumpre referir que a transição da sociedade da disciplina à sociedade do controle e à correlata superação do controle em sistema fechado não implica a superação do confinamento da prisão como instituição de segregação e confinamento. Ao contrário, na quadra atual, parece que está longe de ser superada, senão que tem reforçada sua centralidade, só que, agora, despojada de sua função reintegradora, o que é atestado pela superpopulação carcerária.[112] Com acerto, refere De Giorgi no sentido de que sua função não é questionada pelo paradigma do controle, já que o que parece demonstrado é uma redução nas suas funções, pois a população carcerária não para de aumentar, constituindo-se o cárcere em uma zona de espera, em um lugar de contenção provisório, despedido de qualquer outro fim.[113]

---

crime e a insegurança constituírem os temas centrais do debate político. Conforme SWAANINGEN, René Van. Op. cit., p. 283-285.

109. DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 73.

110. FOUCAULT, Michel. *Nascimento*... cit., p. 330-395.

111. SKULJ, Agustina Iglesias. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control. Problemas actuales de derecho penal*. 2009. f. 34-35. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009.
Consigna-se que o acerto da hipótese suscitada por Skulj se assenta no fato de que, hodiernamente, a hibridação do controle penal público-privado é a tônica. Com efeito, a maioria da população, que se organiza em ruas e condomínios privados, vale-se da segurança privada. Também, começa-se a discutir a possibilidade da privatização ou parceria público-privada na administração do sistema prisional, como instrumento para corrigir as mazelas do sistema, o que implica um sensível deslizamento da questão da segurança pública ao setor privado.

112. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política*... cit., p. 38.

113. DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia*... cit., p. 73.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece razoável afirmar que o que é velado (não dito), ou "o ponto cego"[114] das teorias criminológicas e do saber penal, repousa no fato de que o controle penal, no decorrer da história da humanidade, sempre esteve intimamente ligado ao sistema capitalista e sua linha evolutiva. É nesse estado da arte que se compreende o porquê de a lógica punitiva ter mantido um concerto com a lógica produtiva. Logo, é compreensível que, na era da soberania (estritamente penal), o controle abusou dos corpos e das penas cruéis, não economizando nas penas infantes, isso pelo fato de que o sistema econômico (que era incipiente) não necessitava de grande contingente mão de obra. O cenário muda, todavia, na idade da Revolução Industrial do século XVIII, marco do surgimento de um sistema capitalista, que se organizou em torno da fábrica e que passou a demandar um proletariado dócil, demarcando o surgimento de uma nova economia da penalidade, que, de forma não gratuita, corresponde ao período denominado da "humanização das penas", encobridora do real propósito de se obter uma mão de obra *ford-flexível*, ideal do projeto da fábrica, que se apresenta como o modelo para o "grande encerro", idealizado pelo sistema capitalista industrial e o modelo social da normalização (sociedade da disciplina). O quadro muda, novamente, na linha evolutiva do sistema capitalista, agora financeiro, não mais necessitando do labor industrial e, portanto, do exército dos trabalhadores, já que funciona sob a lógica empresarial (flexível),[115] aproveitando-se das novas tecnologias informacionais, produzindo, como consequência, um exército de desempregados (consumidores falhos/grupos de risco)[116] e, que,

---

114. A definição de ponto cego como o lado velado ou oculto (o não dito) deve-se a GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *RBCCrim* 95/43-84.

115. Nesse particular, assiste razão a BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 112, quando afirma que o capitalismo destrói o trabalho, já que o desemprego não mais se constitui em um destino marginal, na medida em que ele atinge todos sob a forma de democracia de vida. Segundo Beck, "o volume de trabalho remunerado desaba em alta velocidade. Rumamos para um capitalismo sem trabalho – e isto ocorre em todos os países pós-industriais do mundo". Ver BECK, Ulrich. Reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECH, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 11-71.

116. BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 73-93.

por não interessarem à lógica de produção, devem ser controlados, de forma dramática pelo sistema penal, a fim de que não perturbem a funcionalidade das trocas econômicas. Isso corresponde a lógica atual do gerenciamento dos grupos de risco, que devem permanecer excluídos (segregados/neutralizados) do sistema social.

Em razão disso, o controle, na idade do pós-capitalismo pós-industrial (pós-fordismo), caracteriza-se por um "gerencialismo" e/ou justiça expressivo-excludente, que busca, a preço de perdas humanas, minimização das sensações sociais de insegurança. Nesse dramático quadro de radical exclusão, apresenta-se a necessidade de se reafirmar o enfoque materialista e iteracionista (criminologia crítica ou radical),[117] isto é, a busca de uma teoria criminológica reflexiva, que parta do questionamento das estruturas sociais, econômicas e políticas,[118] equivalentes epistêmicos para a manutenção de uma sociedade excludente e desigual, mormente nos princípios distributivos[119] da dor penal, notando-se que a proteção do cidadão do (abusos) Estado constitui elemento crucial de um ideal de justiça que leve a sério os direitos humanos como uma ética pós-moderna,[120] ou como uma *ontologia do corpo* (Butler, para quem o corpo é um fenômeno social, e sua persistência depende de condições e instituições sociais) face à precariedade e vulnerabilidade social que se expandem pelo planeta.[121]

6. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

117. Conforme SWAANINGEN, René Van. Op. cit., p. 311-312, com base nos postulados da criminologia crítica, é imperioso que se reconheça que o controle de crimes está ligado a prioridades e eleições políticas, como, por exemplo, as políticas sobre pobreza, saúde pública, moradia etc., a fim de se evitar a xenofobia, que é alimentada pelo pânico moral, reafirmando-se o fato de que interesses (notadamente econômicos) governam os processos de criminalização, bem como a construção "dos inimigos adequados".

118. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1973.

119. O conceito de princípios distributivos é cunhado por ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal: a quien deve sancionarse y em qué medida*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.

120. O que é defendido por BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2011.

121. Ver BUTLER, Judith. *Marcos de guerra: las vidas lloradas*. Trad. Bernardo Moreno Carillo. Buenos Aires: Paidós, 2010. p. 13-57.

ALLER, Germán (org.). *Estudios de criminologia*. Montevideo: Carlos Alvarez, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Castigo, cárceres y controles*. Buenos Aires: Didor, 2011.

BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal: visión interdisciplinatária del sistema punitivo*. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2011.

_____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

_____. *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. Trad. Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007.

_____. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedesa, 2008.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro e outros. Barcelona: Paidós, 2006.

_____. *O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. Reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECH, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

BEIRAS, Iñaki Rivera. História y legitimación del castigo. In: BERGALLI, Roberto. *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

BERGALLI, Roberto. Crimicons o de cómo el fundamentalismo ha pervertido el conocimiento criminológico. In: SCHÖNE, Wolfgang (coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mave, 2009.

_____. Las funciones del sistema penal em el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: BERGALLI, Roberto (org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. Sistema penal y exclusión social: deterioro y perversión en y para el Estado de Derecho? In: SCHÖNE, Wolfang (coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mave Mario A Vieira, 2009.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. In: CABANA, Patricia Farando (dir.). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007.

BUTLER, Judith. *Marcos de guerra: las vidas lloradas*. Trad. Bernardo Moreno Carillo. Buenos Aires: Paidós, 2010.

CASTEL, Robert. *Discriminação negativa: cidadãos ou autóctones*. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, proteciones, estatuto del individuo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

_____. *La inseguridad social: que es estar protegido*. Buenos Aires: Manatial, 2004.

CUSSON, Maurice. *Criminologia: só pelo conhecimento se pode evitar a criminalidade*. 2. ed. Trad. Josefina Castro. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2002.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Trad. José Ángel Brandariz García e de Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

_____. *Tolerancia cero: estrategias y práticas de la sociedade de control*. Trad. Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 2008.

_____. *Foucault*. Barcelona: Paidós, 1987.

_____; GUATTARI, Félix. *Mil mesetas, capitalismo y esquizofrenia*. 8. ed. Trad. José Vázquez Pérez. Valência: Pré-textos, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2007.

ESPOSITO, Roberto. *Bíos, biopolítica y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

_____. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. *Estratégia, poder-saber*. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Microfísica do poder*. 22. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

_____. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Sobre la ilustración*. Trad. Havier de la Higuera, Eduardo Bello e Antonio campillo 2. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 2008.

_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 95. p. 43-84. São Paulo: ed. RT, mar-abr. 2012.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005.

INNERARITY, Daniel. *A sociedade invisível: como observar e interpretar as transformações do mundo actual*. Trad. Manuel Ruas. Lisboa: Teorema, 2009.

LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin Estado: la subjetividad em la era de la fluidez*. Buenos Aires: Paidós, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LYRA, José Francisco da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 95. p. 239-271. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2012.

_____. Imperialismo e divisão do trabalho. *Direito em Debate*. n. 23. p. 25-49. Ijuí, jan.-jun. 2005.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário*. Trad. Sérgio Lamrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ORTEGA Y GASSET. *La rebelión de las masas*. Madrid: Alianza, 2009.

PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y Derecho Penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MERTÍN, Adán Nieto (coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. Los nuevos modelos penales de intervenção securitária. In: RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali (coord.). *Cuestiones de política criminal em los tiempos actuales*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005.

ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal: a quien deve sancionarse y em qué medida.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estrutura social.* Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Temis, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* São Paulo: Ed. RT, 2004.

SKULJ, Agustina Iglesias. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*: cambio *de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control. Problemas actuales de derecho penal.* 2009. f. 34-35. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009.

SLOTERDIJK, Peter. *El desprecio de las masas: ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna.* Trad. Garmán Cano. Valência: Pre-textos, 2005.

SWAANINGEN, René Van. *Perspectivas europeas para uma criminología crítica.* Trad. Silvia Susana Fernandez. Montevídeo/Buenos Aires: IBDEF, 2011.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology.* London: Routledge, 1973.

VIRILIO, Paul. *Ciudad pánico: el afuera comienza aquí.* Trad. Lair Kon. Buenos Aires: Capital Intetectual, 2011.

WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y Estado.* Trad. de Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 95/239;
- O controle penal no capitalismo globalizado, de Alice Bianchini – *RBCCrim* 81/339; e
- O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo, de Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto – *RDT* 128/155.

63437

3 QUANDO O PODER DA PALAVRA CONSTRÓI A PALAVRA DO PODER

When the power of the word constructs the word of power

MAÍRA CARDOSO ZAPATER

Pós-graduação *stricto sensu*, em nível de Doutorado, na área de Direitos Humanos, da Faculdade de Direito da USP. Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direitos Humanos. Consultora de pesquisa em Direito.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Penal

RESUMO: O presente artigo analisa a hipótese de proteção constitucional aos discursos de ódio motivados por orientação sexual quando proferidos em contexto de proselitismo religioso, em contraposição às demandas de movimentos sociais de defesa dos direitos da população LGBT por criminalização destes mesmos discursos. O tema é desenvolvido a partir do exame do PL 122/2006 (conhecido como Lei de Criminalização da Homofobia) e de opiniões manifestadas por grupos religiosos a respeito do referido Projeto. O questionamento da necessidade de limitação jurídica aos discursos de ódio quando expressados em função de proselitismo religioso e da eficácia (ou não) de sua criminalização conduz a reflexão.

PALAVRAS-CHAVE: Discursos de ódio – Homofobia – Liberdade religiosa – Colisão de direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article analyzes the possibility of constitutional protection for hate speech motivated by sexual orientation, when delivered in the context of religious proselytism, as opposed to the demands of social movements, which defend the rights of LGBT people by criminalizing the same speeches. The theme was developed based on the examination of Bill n. 122 of 2006 (known as the Law Criminalizing Homophobia) and also views expressed by religious groups about this project. Questioning the need to establish a legal limit to hate speech when expressed in the context of religious proselytism and the effectiveness (or not) of its criminalization lead to this reflection.

KEYWORDS: Hate speech – Homophobia – Religious freedom – Collision of fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Problematização dos conceitos abordados: 2.1 A liberdade de consciência, de crença de expressão no Estado Laico; 2.2 O discurso de ódio e os limites da liberdade de expressão – 3. O PL 122/2006: a chamada "criminalização da homofobia" – 4. Análise dos discursos católico e evangélico a respeito do PL 122/2006: 4.1 A fala católica; 4.2 A fala evangélica; 4.3 Comparação entre as falas: pontos comuns e de distanciamento – 5. À procura de respostas – 6. A punição pode combater o ódio? – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

"O homem verdadeiramente livre é o déspota."[1]

"O seu direito termina onde começa o direito do outro." A frase repetida à exaustão na educação de crianças embute um dos mais tensos debates da ciência jurídica: o âmbito de exercício dos direitos individuais fundamentais.

Os direitos individuais fundamentais (ou liberdades civis) surgem historicamente no contexto da luta social empreendida pelas Revoluções Liberais no século XVIII, que eclodem com o propósito de extinguir os privilégios da nobreza e do clero em nome dos direitos do cidadão. Isso implicará, de um lado, maior limitação ao poder do Estado, e, de outro, maior liberdade ao indivíduo, sem a interferência do Poder Estatal senão no mínimo necessário à manutenção do pacto e da paz sociais. As declarações de direitos produzidas no contexto destas revoluções tiveram o mérito de delimitar o que se convencionou chamar *liberdades negativas*, correspondentes às liberdades do cidadão exercidas dentro dos limites delineados por abstenções estatais. Quer dizer: ao direito do cidadão à vida corresponde o dever do Estado de *não matar* (e ainda de impedir que outro cidadão o faça); ao direito do cidadão de ir e vir corresponde o dever do Estado de *não prender arbitrariamente*; ao direito à integridade física e psíquica corresponde o dever do Estado de *não torturar*. E ao direito do cidadão pensar e expressar-se livremente corresponde o dever do Estado de *não o censurar individualmente*, e de não intervir nos meios de comunicação. Ao direito à liberdade de crença (decorrente da consciência e pensamento livres) corresponde o dever do Estado de *não impor uma crença única a todos os cidadãos, nem proibir qualquer crença, de qualquer pessoa.*

É assim que os direitos individuais fundamentais se estruturam nesse primeiro momento: de modo *verticalizado*, no contexto da demanda social pela

1. Nicola Matteucci, em: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UnB, 1995. vol. 2, p. 691.

passagem de um absolutismo monárquico para um regime democrático, no qual o comando político é delegado a um *igual*, eleito entre os cidadãos para exercer a função de governante, e a quem cabe o duplo dever de não interferir nas liberdades e de garantir, por meio do exercício equilibrado dos três Poderes, que todos os cidadãos possam exercer cada uma de suas liberdades, *dentro dos limites em que não se interfira na do próximo.*

Este dever de garantia aos cidadãos do exercício de seus direitos sem interferência de outrem rearticula as liberdades fundamentais, agora observadas em suas relações *horizontalizadas*, quer dizer, considerando os atritos que surgem da oposição das liberdades entre cada um dos cidadãos, o que conduz à retomada da abertura desta introdução: como identificar o limite da liberdade de cada um?

Se os direitos individuais são fundamentais, contudo, não são absolutos, justamente em função da necessidade de limitação para que todos possam, dentro de certa medida, exercer suas liberdades civis. O presente artigo tem por escopo analisar se há ou não proteção constitucional aos discursos de ódio motivados por orientação sexual, quando proferidos em contexto de discursos religiosos, confrontando os direitos fundamentais à liberdade de religião e de expressão com os direitos à honra e à imagem, levando em consideração que todos expressam importantes dimensões da dignidade da pessoa humana.

Pretende-se contrapor a fala que reprime o discurso de ódio *versus* a fala em defesa da liberdade religiosa e de expressão. Para tanto, foram escolhidos como objetos representativos dos dois discursos: (a) o PL 122/2006 (conhecido como Lei de Criminalização da Homofobia); e (b) as opiniões manifestadas por grupos religiosos a respeito do referido Projeto. A reflexão a ser desenvolvida pretende responder a uma pergunta central: *os discursos de ódio devem sofrer limitação ou estão protegidos pelo direito à liberdade de expressão e de crença quando expressados em função de proselitismo religioso?*

Este questionamento será desmembrado da seguinte forma:

1. O discurso de ódio é potencialmente lesivo?

2. Em caso de resposta afirmativa, a tutela penal é necessária, adequada ou desejável para sua repressão ou prevenção dos danos que possa causar?

3. Em se reconhecendo ser inadequada ou indesejável a intervenção penal, há necessidade e/ou possibilidade de outras formas de intervenção?

Para debater essas questões centrais, importa localizá-las em relação aos conceitos que serão aqui trabalhados: liberdades de consciência, de expressão e de crença no Estado Laico e seus limites.

2. PROBLEMATIZAÇÃO DOS CONCEITOS ABORDADOS

2.1 A liberdade de consciência, de crença de expressão no Estado Laico

Não se pretende, à evidência, neste curto espaço, desenvolver uma análise exaustiva acerca de um instituto complexo e multifacetado como o significado do direito à liberdade (ademais em se considerando o processo de construção histórica a que se submetem os direitos humanos e os direitos fundamentais), mas, para fins metodológicos, deve-se delimitar minimamente o que se entende por "direito à liberdade". Nicola Matteucci,[2] ao tratar do desenvolvimento histórico do Liberalismo entre os séculos XVIII e XIX enquanto movimento político que se autoproclama "arauto da liberdade",[3] propõe uma definição "essencialmente teórica, do adjetivo para o substantivo",[4] a ser verificada sob três prismas distintos: a liberdade natural, a racional e a libertadora ou emancipatória.[5]

A liberdade natural, segundo o autor, é aquela proposta pelos filósofos jusnaturalistas e contratualistas, a exemplo de Thomas Hobbes, que descreve a liberdade do homem em seu estado natural como a ausência de obstáculos ao seu agir (guiado por seus instintos e vontades), combinada à potencial força ou poder para coagir e subordinar outros homens quando estes impuserem tais obstáculos.[6] Para Matteucci, esta descrição chega a identificar liberdade com a força, na medida em que "a liberdade dos indivíduos, para fazer o que mais lhes apetece, é mais ou menos limitada, conforme a opinião das classes dominantes acerca da nocividade social desta ou daquela liberdade natural".[7]

No extremo oposto do conceito de liberdade natural, encontra-se a liberdade racional, relacionada com o livre-arbítrio do indivíduo que, a partir de seu conhecimento sobre o mundo, escolhe racionalmente a conduta que quer ou não praticar. "O instrumento de liberdade é, pois, o conhecimento, isto é, algo radicalmente contrário ao instinto, assim como o homem no estado natural é o oposto do homem racional que vive em sociedade."[8]

---

2. Idem, ibidem.
3. Idem, ibidem.
4. Idem, ibidem.
5. Idem, ibidem.
6. A teoria hobbesiana sobre o direito à liberdade aqui apresentada de forma sucinta é aquela trabalhada pelo autor em *O Leviatã*.
7. BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. cit., p. 691.
8. Idem, ibidem.

A terceira concepção de liberdade apresentada por Matteucci,[9] por ele denominada "liberdade como emancipação e autorrealização do homem", oferece um equilíbrio entre as duas primeiras concepções, enfatizando que a verdadeira liberdade consistiria na possibilidade de o indivíduo poder, de forma racional, escolher, manifestar e difundir seus valores morais e políticos para realizar a si próprio, mas ponderando que não existiria um "critério objetivo, nem tampouco um poder"[10] apto a determinar como se dariam essas escolhas de valores, dependentes de convicções formadas nas vivências individuais.

A partir das concepções brevemente expostas, propõe-se para os fins deste trabalho adotar a liberdade sob um recorte jurídico: o direito à liberdade pode ser definido como a prerrogativa de todo e qualquer cidadão de se autodeterminar em seus pensamentos, escolhas e ações, sem sofrer qualquer tipo de impedimento por parte do Poder Público e seus representantes, ou ainda de outros cidadãos, desde que observados os limites legais para o exercício dessa(s) liberdade(s). Utilizando-se a terceira concepção de liberdade apresentada por Matteucci, pode-se dizer que esses limites legais devem justamente buscar o equilíbrio entre estabelecer normas gerais que garantam a liberdade de cada um fazer suas escolhas de vida conforme seus próprios valores, cuidando, todavia, de não imprimir valores particulares a normas gerais.

Feito esse panorama do direito à liberdade genericamente considerado, importa agora conceituar especificamente as liberdades a ser aqui tratadas: consciência, crença e expressão. A liberdade de consciência, assegurada no art. 5.°, VI, da CF, "diz respeito ao foro íntimo de cada indivíduo, é o direito de se guiar por suas próprias ideias e convicções, desde que não contrárias à ordem jurídica".[11] Mais abrangente que a liberdade religiosa, a liberdade de consciência abrange o direito a convicções morais, políticas e filosóficas, sem sofrer retaliação do Estado ou restrições injustas por outros cidadãos.

O livre pensar possibilitado pela liberdade de consciência assegura, por sua vez, a liberdade de crença: aqui, "a Constituição assegura que todo indivíduo tem direito de optar pela religião que mais se coadune com os seus valores, sem sofrer qualquer restrição por parte do Estado".[12] E, por fim, a liberdade de expressão, que demonstra a interdependência entre esta e as

9. Idem, p. 692.

10. Idem, ibidem.

11. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discursos de ódio*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 39.

12. Idem, p. 37.

duas anteriormente mencionadas: o cidadão livre para pensar e escolher (ou não) uma crença deve ser titular também do direito de expressar suas escolhas, exteriorizar seu pensamento, expor suas ideias – o que é central em um Estado Democrático.

A liberdade de expressão relaciona-se diretamente com o conceito de democracia na medida em que este regime político se pauta pela presunção da vontade de todos a partir das escolhas feitas pela maioria. Para que as minorias sejam também contempladas, é necessário garantir seu direito de pensar diferentemente da maioria e expressá-lo até mesmo de modo a procurar convencer outras pessoas de seus posicionamentos, para então tornar-se maioria e fazer valer suas convicções políticas e/ou filosóficas.

Em um primeiro momento histórico,[13] a liberdade religiosa surge atrelada à liberdade de consciência e de expressão, pois é com as dissidências das religiões cristãs ocorridas no movimento da reforma protestante que surge o debate a respeito da repressão exercida pelo soberano sobre o súdito que pensa – e assim se manifesta – diferentemente da maioria. Jürgen Habermas[14] entende haver uma relação de causalidade entre liberdade religiosa e democracia:

"(...) com a introdução do direito fundamental ao livre exercício da religião, as comunidades religiosas se apropriam do critério da inclusão completa de todos os cidadãos, partindo de sua própria perspectiva. Elas não só estão autorizadas a fazer uso da tolerância dos outros, como também precisam por sua vez se colocar exigências de tolerância com todas as consequências."

Porém, a fim de garantir que todos tenham essa liberdade de se orientar por seus próprios pensamentos, sentimentos e convicções, bem como assegurar que as crenças de cada um não sofram interferências ou mesmo agressões, *as condutas orientadas por valores de foro íntimo devem ser apartadas da esfera pública, sob o risco de se impor um valor individual para todos*. Em outras palavras: o Estado de Direito edita normas *erga omnes*, a fim de regular as condutas individuais, procurando assegurar, a um só tempo, as liberdades negativas do cidadão[15] por meio das abstenções estatais, e limitar essas mesmas liberdades para que os cidadãos não se obstaculizem mutuamente. É nesse processo de normatização jurídica que o conceito de liberdade se articula com outro conceito: o de Estado Laico.

---

13. A exemplo das guerras de religião ocorridas na Inglaterra no século XVII.
14. HABERMAS, Jürgen. Teoria da adaptação. *Folha de S. Paulo*, Cad. Mais!, 05.01.2003, p. 10-14.
15. Explicadas na introdução deste texto.

O Estado Laico sustenta-se no pressuposto de separação entre religião e Estado, não pela extinção da primeira, mas sim pela adoção da "(...) teoria do juízo particular nas coisas da fé, que atribui ao foro íntimo da consciência individual a solução do relacionamento difícil entre realidade terrena e perspectiva ultraterrena (...)".[16] Assim, para que todos possam adotar as práticas religiosas de sua preferência – o que inclui convicções sobre como levar a própria vida e nela desenvolver plenamente sua personalidade – é imprescindível questionar a colocação do argumento de fundamentação religiosa na arena do debate público, em especial quando representantes de grupos religiosos defendem a exclusão de determinadas pessoas ou grupos da esfera do processo político, negando-lhes reconhecimento enquanto sujeitos de direito.

Cabe, então, passar à problematização do outro conceito aqui abordado: o discurso de ódio como limite à liberdade de expressão do pensamento, seja esse pensamento laico ou religioso.

2.2 O discurso de ódio e os limites da liberdade de expressão

"O homem verdadeiramente livre é o déspota."[17] A frase de forte efeito que abre este estudo diz respeito à concepção de liberdade natural, apresentada no tópico anterior, a qual, como então dito, chega a confundir-se com o poder, e, nessa esteira de raciocínio, aquele que dispuser de mais poder, será mais livre, posto que mais apto a eliminar os obstáculos impostos aos seus "instintos ou apetites ocasionais".[18]

É claro que essa liberdade de matriz hobbesiana guarda estrita relação com sua época e contexto de produção da obra jusnaturalista, e não pode, por óbvio, ser tomada de forma literal no debate aqui posto, sob pena de anacronismo e de negligenciar as hodiernas concepções das liberdades no Estado Democrático de Direito. Contudo, a menção é útil para retomar o argumento exposto no início deste texto: o direito à liberdade, por um lado, impõe ao Estado o dever de abstenção de determinadas condutas em relação aos seus cidadãos, mas por outro, para que todos os cidadãos possam ser livres, é necessário que cada um exerça sua liberdade dentro de certos limites, evitando que o excesso de liberdade de uns se transforme em violação do direito de outrem.

16. Valerio Zanone em: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. cit., p. 671.

17. Nicola Matteucci em: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. cit.

18. Idem, ibidem.

É por essa razão que o direito à liberdade, embora fundamental e relacionado com a própria essência do regime democrático, não pode ser *absoluto* (como, aliás, frise-se, ocorre com todos os demais direitos fundamentais): no Estado de Direito, cabe à lei delimitar o âmbito de exercício das liberdades individuais e em que situações estas poderão ser restringidas. Há que se ponderar, em contrapartida, que o Estado Democrático de Direito não pode compactuar com restrições arbitrárias ou excessivas às liberdades de seus cidadãos, comprometendo assim o ideal de um Estado mínimo quanto à intervenção nos direitos fundamentais. Não mais se pode tolerar, por exemplo, que o direito à liberdade de consciência e crença seja sacrificado ou diminuído como forma de sanção ou por mera determinação estatal, como ocorria com os Tribunais da Inquisição e suas exigências de conversão à fé católica, mas deve ser exigido de todos o respeito para com a crença e a consciência de outros em todas as suas manifestações. Não há que se falar, igualmente, em restrição a opiniões e sua livre expressão (prática habitual em regimes ditatoriais, sejam as opiniões políticas ou não), mas deve ser assegurado ao menos o direito de resposta, o resguardo à intimidade, e, se for o caso, o direito à devida indenização.

Fazer as devidas ressalvas a fim de demonstrar a centralidade das liberdades de crença e de expressão como valores pilares da democracia evidencia a extrema cautela que se deve adotar para se debater os seus limites, ao mesmo tempo em que autoriza questionar se toda e qualquer opinião e respectiva expressão estão abrangidas e protegidas constitucionalmente, em especial quando esta opinião expressada defende a restrição – ou mesmo aniquilação – da liberdade civil de outrem. No dizer de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, "a expressão de ideias sofre algumas restrições, pois há de se respeitar outros valores albergados pela ordem constitucional", ainda que se devam interpretar estes limites restritivamente.[19] Continua a mesma autora:

"A garantia à liberdade de expressão assegurada no Texto Constitucional leva em consideração também a licitude e o objeto da atividade de comunicação. Não é, a princípio, toda e qualquer expressão que é protegida pelo direito à liberdade de expressão. Não há negar-se que a liberdade de expressão, como todo e qualquer direito, não é absoluta, mas as limitações impostas ao exercício desse direito não podem ir ao ponto de violar seu núcleo essencial, ou seja, a essência desse direito."[20]

Parece, portanto, que o conteúdo veiculado na comunicação é um ponto de partida útil para se avaliar o discurso do ódio como limite à liberdade de

19. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit., p. 83.

20. Idem, ibidem.

expressão, especialmente no tocante às relações privadas. Como visto nos tópicos anteriores, o direito a expressar-se livremente é demandado em sua origem para que o cidadão pudesse expressar suas convicções sem o risco de sofrer retaliações por parte do Estado. Era, portanto, um direito oponível ao governante. "Todavia, com o passar dos tempos verificou-se que em muitas situações o responsável pela violação dos direitos fundamentais não era o Estado, mas o próprio particular ou grupos sociais."[21] Em relação à liberdade de consciência/crença e sua respectiva expressão, quando observada em sua perspectiva horizontalizada, notam-se dois pontos de atrito: (a) o dever do particular de não impedir tais liberdades de outros particulares; e (b) não fazer uso de sua própria liberdade de expressão para violar direito de terceiro. Este segundo ponto deve ser objeto de atenção por parte do Estado, uma vez que determinadas manifestações de opinião representam um ataque não só à vítima de violação de direito, mas também às próprias bases de legitimidade do Estado, que, ao ganhar um caráter institucional em substituição ao tradicional caráter pessoal que perdurou até as revoluções liberais, tem entre suas funções precípuas a proteção e garantia do exercício de direitos.[22] Exemplo disso encontra-se na própria Constituição Federal brasileira, que alça a dignidade da pessoa humana ao *status* de fundamento da República (art. 1.º, III, da CF) e aloca entre seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3.º, IV, da CF). Logo, permitir de forma absoluta a manifestação de opiniões que agridam deliberadamente pessoas ou grupos sociais, sob a alegação de exercício da liberdade de expressão, possibilita aviltamentos a essas pedras fundamentais da própria legitimidade do Estado.

É o caso dos discursos de ódio, que consistem na manifestação de ideias que contenham, explícita ou implicitamente, elementos de incitação ao preconceito, à discriminação, à hostilidade e à violência contra determinados grupos, politicamente minoritários.[23] Como já discutido anteriormente, a essência do Estado Democrático reside na convivência, senão harmoniosa, ao menos pacífica e respeitosa entre os mais diferentes valores. Desta forma, propagar ideias de falsas hierarquizações das diferenças existentes entre os seres huma-

21. Idem, p. 88.

22. Idem, p. 92.

23. O termo "minoria", quando utilizado em um contexto de descrição de relações de opressão, deve ser observado em sua conotação política (margem de participação dos processos decisórios e representação política, por exemplo) e não quantitativa.

nos[24] para justificar um discrímen negativo e injusto, é fazer um uso distorcido e mesmo perverso do direito à liberdade de expressão, por ignorância ou má-fé, em razão das próprias finalidades pelas quais se concebeu o Estado Democrático de Direito.

Com as fronteiras do debate demarcadas até aqui, ingressa-se na análise dos discursos de ódio proferidos contra homossexuais dentro de determinados grupos religiosos e das demandas sociais por criminalização destes discursos.

3. O PL 122/2006: A CHAMADA "CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA"

O PL 122/2006 propõe a alteração da Lei 7.716/1989, conhecida como Lei dos Crimes de Racismo, a qual, originalmente definiu modalidades de comportamentos discriminatórios como "crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor", nos termos da Lei 7.716/1989,[25] com vistas a se garantir, por meio da punição dos infratores (ou seja, aqueles que praticam a discriminação), o tratamento igualitário a que todos os indivíduos têm direito. A lei pune condutas tais como o impedimento de acesso a cargo público (art. 2.º), a recusa em estabelecimento comercial (art. 3.º), impedir o acesso em transportes públicos (art. 12), e ainda a incitação ao preconceito ou discriminação (art. 20).

O texto do PL 122/2006[26] foi apresentado pela ex-Senadora Fátima Cleide (PT-RO) em substituição ao Projeto de origem n. 5.003/2001, de autoria da

---

24. Norberto Bobbio define o preconceito como o "conjunto de opiniões errôneas acolhidas coletivamente em nome da tradição ou do costume". Baseia-se na crença na veracidade de uma opinião falsa, sem juízo crítico ou racional, o que relaciona o preconceito à irracionalidade, com alto grau de resistência à refutação racional e, portanto, socialmente perigoso. É o arcabouço de ideias e argumentos pelos quais se julga negativamente o outro ("diferente"), com base em ideologia falaciosa (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 103).

25. Texto integral da Lei disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7716.htm].

26. Disponível no site oficial sobre o PL 122/2006: [www.plc122.com.br/plc122-06/#axzz1wkzD5dL2]. Acesso em: 03.06.2012. É importante ressaltar que a Senadora Marta Suplicy emitiu parecer favorável ao PLC 122 e pedindo a inclusão de dispositivo com a seguinte redação: "O disposto no *caput* deste artigo não se aplica à manifestação pacífica de pensamento decorrente de atos de fé, fundada na liberdade de consciência e de crença de que trata o inciso VI do art. 5.º da Constituição Federal". Os movimentos sociais favoráveis à aprovação do Projeto opuseram críticas à proposta de Marta, por entender que esta ressalva significaria, na prática, em uma "carta branca" para grupos religiosos fundamentalistas continuarem a praticar as mesmas condutas que se pretendem criminalizar.

Deputada Federal Iara Bernardi, e objetiva incluir a discriminação em razão do gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero dentre aquelas já tipificadas pela Lei 7.716/1989. A redação do Projeto segue abaixo na íntegra:

"Projeto de Lei da Câmara 122, de 2006

Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3.º do art. 140 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, e dá outras providências.

Art. 1.º *A ementa da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: 'Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.*"

Art. 2.º A Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 1.º *Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.*'

'Art. 8.º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Parágrafo único. *Incide nas mesmas penas aquele que impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com as características previstas no art. 1.º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitida às demais pessoas.*'

'Art. 20. *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.*

Pena: reclusão de um a três anos e multa.'

Art. 3.º O § 3.º do art. 140 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

'§ 3.º *Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:* (...)'."

A demanda social pela criminalização das condutas acima descritas surge em razão da notória discriminação e marginalização a que é submetida a po-

pulação LGBT,[27] tanto no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro e sua quase ausência de extensão a essas pessoas de direitos já existentes e assegurados aos heterossexuais[28] (direitos das quais essas pessoas são alijadas unicamente por sua orientação sexual), quanto nos mais diversos ambientes sociais, nos quais muitos são objeto de chacota, discriminações das mais variadas espécies e mesmo atos de hostilidade. Não raro, personagens de programas televisivos retratam homossexuais de forma estereotipada e caricatural, associando explícita ou implicitamente comportamentos ridicularizados ou repulsivos (que podem derivar dos mais diversos fatores, a depender mais da experiência individual que da orientação sexual por si só) à condição de homossexual, reforçando sentimentos de intolerância, hostilidade e agressividade em relação a essas pessoas.

Diante desta realidade, movimentos sociais de defesa dos direitos da população LGBT passaram a demandar a criminalização de condutas – manifesta e inequivocamente – discriminatórias, cuja gravidade é imperativo reconhecer, uma vez que ocasionam em suas vítimas, no mínimo, danos psicológicos consistentes em mágoas, ressentimentos e baixa autoestima (com consequências que podem variar da dificuldade individual de colocação no espaço público deliberativo e participação no processo político até o cometimento de suicídio),[29] podendo chegar ao máximo de homicídios perpetrados com requintes de crueldade.[30] Embora atos de agressão física contra qualquer pessoa

27. Sigla identificadora da população Lésbica, Gay, Bissexual e Transgênero. Importa aqui destacar que se reconhece a diversidade existente internamente a este universo, com diferenças traçadas por critérios como escolha de parceiros sexuais e identidade de gênero adotada socialmente, por exemplo. Apenas para fins metodológicos e em razão dos objetivos propostos neste trabalho, será feito uso da expressão genérica "população LGBT" para fazer referência aos grupos identificados pela sigla.

28. E somente não se fala em completa ausência em se considerando decisões judiciais como a de reconhecimento da união homoafetiva pelo STF, ou jurisprudência no sentido de assegurar pensão previdenciária por morte a parceiros homoafetivos supérstites. Vale ainda a menção à Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), primeiro texto de legislação federal a reconhecer juridicamente a existência de relações homoafetivas, ao estabelecer que a aplicação dos dispositivos legais de proteção à mulher, vítima de violência doméstica, independem da orientação sexual das envolvidas.

29. Sobre o tema dos efeitos individuais da discriminação, ver o documentário *For the Bible tells me so*, de Daniel G. Karslake. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=M9QHrtMLRWo].

30. SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão – Contribuições para uma interpretação política da liberdade da palavra*. Tese de Doutorado, São Paulo, PPGCP-FFLCH/USP, 2009, p. 141-166.

já encontrem tipificação penal, os defensores do PL 122/2006 destacam que a condição de pertencer à população LGBT confere maior risco de ser vítima de crimes violentos, em razão da possibilidade da motivação de ódio.

Importante ressaltar que toda conduta discriminatória, hostil ou agressiva em relação a determinado grupo social estará embasada na crença de estar correta sua ação e legitimada em ideologias que pregam valores de destruição dos grupos considerados inferiores. É neste contexto que os discursos de ódio ganham relevo, reproduzindo estereótipos de discriminação e dominação, ainda quando não incitam diretamente a violência. Nas palavras de Dário Neto:

"Estudiosos sobre análise de discurso, mais especificamente sobre a filosofia da linguagem, têm apontado a relação direta entre o dizer e o fazer. Para eles, o discurso tem caráter performativo, pois, ao serem enunciados, resultam em ação. *Logo, toda ação humana é motivada por discursos que os legitimam e lhes dão materialidade. As agressões praticadas contra a população LGBT não resultam apenas de uma decisão subjetiva, elas são legitimadas por discursos institucionais, como os discursos religiosos, educacionais, jurídicos, médicos e outros, os quais, ao tratarem a homossexualidade como pecado ou anormalidade, autorizam a prática da violência homofóbica.* Desse modo, a homofobia não é apenas um comportamento individual, mas principalmente cognitivo, isto é, como afirma Daniel Borrilo, as práticas segregacionistas contra LGBT que vão desde a privação de direitos legais até os discursos condenatórios são os verdadeiros motivadores que determinam a homofobia psicológica (individual)"[31] (grifamos).

A discriminação historicamente constatada em relação à população LGBT fere uma série de dispositivos constitucionais, desde o direito à igualdade até o supraprincípio da dignidade da pessoa humana, e ainda o objetivo fundamental da República de promover o bem de todos sem qualquer tipo de discriminação. Existe violência, existe marginalização, existem, enfim, danos da maior gravidade causados a essa população em decorrência da perpetuação de um discurso que, a partir de um julgamento moral (ou mesmo moralista) os coloca como cidadãos de segunda classe, a quem não se conferem direitos (como, aliás, ocorria nos primórdios das declarações de liberdades civis, que excluíam mulheres, crianças e escravos como titulares de direitos, tendo sido exigidas destes grupos lutas sociais por reconhecimento). Em contrapartida, recoloca-

31. NETO, Dário. PLC 122: mordaça gay não, mas um necessário freio na língua. *Revista Caros Amigos*. Disponível em: [http://carosamigos.terra.com.br/index2/index.php/artigos-e-debates/1890-plc-122-mordaca-gay-nao-mas-um-necessario-freio-na-lingua]. Acesso em: 03.06.2012.

-se aqui a questão: *a criminalização destas condutas solucionará o problema da discriminação?*

Para responder aos questionamentos que norteiam este trabalho, devem-se observar agora as falas de grupos religiosos a respeito do PL 122/2006, com o fim de verificar se eventual manifestação de posicionamento contrário ao conteúdo legislativo em questão está ou não protegido pela liberdade de consciência, de crença e de expressão.

4. ANÁLISE DOS DISCURSOS CATÓLICO E EVANGÉLICO A RESPEITO DO PL 122/2006

Antes de se proceder à análise dos discursos de ódio propriamente dita, importa destacar que a opção pelo exame das religiões católica e evangélica[32] por serem estas as mais representativas no Brasil entre as chamadas grandes religiões monoteístas. Por uma série de questões históricas e culturais cuja abordagem aprofundada escapa aos objetivos aqui propostos, não é frequente na realidade social brasileira verificarem-se discursos de combate à homossexualidade entre os adeptos do islamismo e do judaísmo, ao menos nas arenas de debate político, ou na maior parte dos meios de comunicação.

Feito a necessária ressalva, passa-se às falas católica e evangélica acerca do PL 122/2006.

4.1 A fala católica

Foram selecionados como representantes da fala católica a respeito do PL 122/2006 dois excertos: o primeiro foi retirado do blog do Bispo Emérito de Guarulhos, Dom Luiz Gonzaga Berzoini, onde o religioso manifesta sua opinião sobre os mais variados temas à luz da fé católica; o segundo foi extraído do site da Associação Pró-Vida de Anápolis, que se define como uma associação beneficente, com sede em Anápolis/GO, cuja finalidade é promover a dignidade e a inviolabilidade da vida humana e da família e defender tais valores contra os atentados de particulares ou dos poderes públicos.[33]

Em seu blog, o clérigo esclarece o posicionamento oficial da religião católica a respeito da homossexualidade, nos termos do catecismo católico:

---

32. E, desde já, com a ressalva de que não se adentrará, para os fins deste trabalho, as minúcias a respeito das muitas vertentes das religiões evangélicas, registrando-se aqui a legitimidade de sua existência.

33. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br/index1.htm]. Acesso em: 03.06.2012.

"Grande parte da população, até mesmo a católica, talvez não conheça o posicionamento a Igreja sobre o homossexualismo. Vamos tentar esclarecer. O Catecismo da Igreja Católica, nos números 2.257, 2.258 e 2.259, diz o seguinte:

castidade e homossexualidade'.

'A homossexualidade designa as relações entre homens e mulheres que sentem atração sexual, exclusiva ou predominante, por pessoas do mesmo sexo. A homossexualidade se reveste de formas muito variáveis ao longo dos séculos e das culturas. Sua gênese psíquica continua amplamente inexplicada.

Apoiando-se na Sagrada Escritura, que os apresenta como *depravações graves*, a tradição sempre declarou que "*os atos de homossexualidade são intrinsecamente desordenados*". São contrários à lei natural. Fecham o ato sexual ao dom da vida. *Não procedem de uma complementaridade afetiva e sexual verdadeira. Em caso algum podem ser aprovados.*

Um número não negligenciável de homens e de mulheres apresenta tendências homossexuais profundamente enraizadas. Esta inclinação objetivamente desordenada constitui, para a maioria, uma provação.

Devem ser acolhidos com respeito, compaixão e delicadeza. *Evitar-se-á para com eles todo sinal de discriminação injusta.*

Estas pessoas são chamadas a realizar a vontade de Deus em sua vida e, se forem cristãs, a unir ao sacrifício da cruz do Senhor as dificuldades que podem encontrar por causa de sua condição. As pessoas homossexuais são chamadas à castidade.

Pelas virtudes de autodomínio, educadoras da liberdade interior, às vezes pelo apoio de uma amizade desinteressada, pela oração e pela graça sacramental, podem e devem se aproximar, gradual e resolutamente, da perfeição cristã. O matrimônio, entre homem e mulher, tem a função de gerar vidas. *O homossexualismo não gera nenhuma vida. Ao contrário, ceifa muitas vidas, por doenças, por assassinatos ocorridos entre os membros de seus grupos, ou atingidos por maníacos, e até por suicídios. O PL 122 tem o objetivo de amordaçar e de impor uma ditadura gay, transformando em criminosa qualquer pessoa que criticar essa ideologia. Esses ativistas gays, que nos atacam, querem impor uma ditadura gay aos cristãos e ao povo brasileiro, que não aceitaremos*'"[34] (grifamos).

O texto selecionado no site da Pró-Vida de Anápolis é intitulado "O homossexualismo – Como abordar corretamente o tema", é de autoria do Padre Luiz

34. Disponível em: [www.domluizbergonzini.com.br]. Acesso em: 03.06.2012.

Carlos Lodi da Cruz, Presidente do Pró-Vida de Anápolis, cujos trechos mais relevantes para este trabalho são abaixo transcritos:

"*O que é o homossexualismo?*

Hoje dificilmente alguém fala de maneira precisa sobre o homossexualismo. Seus defensores qualificam-no como uma 'opção' sexual. Seus opositores referem-se a ele como um transtorno, uma anomalia ou disfunção sexual.

Nenhum desses conceitos abrange o cerne da questão. *O homossexualismo é, antes e acima de tudo, um vício, ou seja, algo que se opõe diretamente a uma virtude.* O homossexualismo opõe-se à virtude da *castidade*, que regula o instinto sexual segundo a reta razão.

Mas entre os vícios opostos à castidade – genericamente chamados pelo nome de *luxúria* – o homossexualismo tem uma gravidade especial. Ele contraria não apenas à razão, mas à própria *natureza.*

Os homossexuais têm direitos?

Como o homossexualismo é um vício, a Sagrada Escritura não hesita em incluir os homossexuais entre os que não herdarão o Reino de Deus:

(...)

Será que nenhum dos que foram enumerados acima têm direitos? Certamente têm. O empregado que trabalhou para mim durante um mês tem direito a receber seu salário, mesmo que lamentavelmente se tenha embriagado. O ladrão que furtou meu dinheiro conserva seu direito à vida (e por isso eu não posso matá-lo).

Mas o ladrão não tem direito à vida *como ladrão*, e sim como pessoa. Da mesma forma, o bêbado não tem direito ao salário *como bêbado*, e sim como trabalhador.

Assim, se o homossexual tem algum direito, não o tem *como homossexual*, mas como pessoa. E assim como não faz sentido elaborar uma Carta dos Direitos dos Ladrões ou uma Declaração dos Direitos dos Bêbados, é absurdo uma lei que defenda os 'direitos dos homossexuais'. Sendo um vício (e um vício contra a natureza!), o homossexualismo não acrescenta direitos à pessoa. Ao contrário, priva-a de direitos, a começar pelo direito ao Reino de Deus.

(...)

À semelhança do 'bom' ladrão, o único 'bom' homossexual é aquele que se arrependeu do vício e está disposto a abandoná-lo. A este a Igreja acolhe de braços abertos e lhe oferece, em nome de Deus, o perdão.

Existe o 'preconceito' contra o homossexual?

Preconceito é um conceito antecipado, um juízo emitido antes de um real conhecimento dos fatos. Comete preconceito quem afirma que os negros são ladrões, que as crianças anencéfalas não são pessoas, que as mulheres são assassinas.

(...)

Dizer, porém, os assassinos são maus não é preconceito, mas um *conceito* verdadeiro. Isso porque a malícia está na essência do assassinato. Da mesma forma, dizer que o homossexual é alguém que pratica um vício não é preconceito, mas um *conceito* verdadeiro. Isso porque o vício está na essência do homossexualismo.

E quanto à discriminação para como os homossexuais?

Diz o Catecismo: 'evitar-se-á para com eles todo sinal de discriminação *injusta*'. O texto supõe, portanto, que há discriminações *justas* para com os homossexuais. E de fato há. Uma delas é a proibição de receberem a Sagrada Comunhão, enquanto não abandonarem seu pecado. Outra é a impossibilidade de serem admitidos em seminários e casas religiosas.

Lamentavelmente, o Projeto de Lei 5.003-B, de 2001, aprovado pela Câmara em 23.11.2006, e agora encaminhado ao Senado (PLC 122/2006), pretende punir até mesmo as discriminações justas, chamadas com o nome pejorativo de 'homofobia'. A proposta pretende punir com 2 a 5 anos de reclusão aquele que ousar proibir ou impedir a prática pública de um ato obsceno ('manifestação de afetividade') por homossexuais (art. 7.º). Na mesma pena incorrerá a dona de casa que dispensar a babá que cuida de suas crianças após descobrir que ela é lésbica (art. 4.º). A conduta de um sacerdote que, em uma homilia, condenar o homossexualismo poderá ser enquadrada no art. 8.º ('ação (...) constrangedora (...) de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica').

(...)

No entanto, a causa direta dos *atos de homossexualidade* é a livre vontade humana. Nesse sentido, é correto dizer que o homossexualismo é uma 'opção'. Uma opção má, mas uma opção. O homossexual é alguém que, como todas as pessoas humanas, foi chamado a fazer a opção pela castidade. Lamentavelmente, optou pelo vício oposto, a luxúria. E entre as espécies de luxúria, escolheu uma que contraria não apenas a reta razão, mas a própria natureza.

Bons psicólogos podem ajudar na terapia da *tendência* homossexual. Mas a 'cura' dos *atos* de homossexualismo, como a de qualquer pecado, está no arrependimento sincero e no pedido de perdão a Deus."

Uma primeira leitura das falas publicadas nos sites pode gerar a opinião de que não se trata de nada além de uma interpretação de um texto religioso,

que não incita seus fiéis à prática de atos fisicamente violentos contra homossexuais. Todavia, a citação de uma escritura religiosa confere ao discurso uma legitimação irretorquível: para o fiel, se esta é a palavra de Deus, contra ela não há argumento do homem. O pensamento e a ação fundamentados no dogma religioso, exatamente pelo caráter inquestionável do argumento fundamentado em uma ordem transcendente, tem o poder de penetrar profundamente nos inconscientes individuais, contribuindo sobremaneira na construção de opiniões compartilhadas coletivamente – o que, por si só, não é necessariamente problemático (pois as liberdades de crença e consciência asseguram o direito de todos adotarem os pensamentos e ações que quiserem), mas qual o limite para o pensamento fundamentado em preceito religioso quando este prega a intolerância?

Como estes questionamentos serão retomados de forma mais detida no último tópico do artigo, cabe aqui expor de forma sucinta as fundamentações apresentadas nos dois textos para o posicionamento contrário à aprovação do PL 122/2006. O bispo Dom Luiz Bergonzini sustenta que haveria uma tentativa de instaurar o que ele chama de "ditadura gay", interpretando a proposta de criminalização da homofobia como uma imposição da prática homossexual por heterossexuais.[35] Já a associação Pró-Vida alega que a própria viciosidade dos atos homossexuais justificaria não criminalizar as condutas determinadas a impedir ou condenar moralmente tais práticas.

Nota-se na fala católica a respeito do PL 122/2006 que esse grupo religioso *não se utiliza do argumento do cerceamento de liberdade religiosa que ocorreria pela aprovação da lei*. É a própria condenação da homossexualidade – entendida como dogma da religião católica nos excertos aqui mencionados – que justificaria a permanência das condutas de intolerância no campo da legalidade penal.

4.2 A fala evangélica

Foram selecionadas as falas de dois pastores evangélicos de ativa participação no cenário político nacional e que se notabilizaram por manifestar politicamente suas opiniões contrárias à concessão de direitos à população LGBT, quais sejam: Carlos Apolinário, que exerce mandato como vereador na cidade

35. Cabe observar que o posicionamento do clérigo parece equivocado neste particular, pois como visto no tópico referente ao PL 122/2006, a proposta do texto é de incluir a população LGBT como sujeitos passivos de alguns dos tipos penais já existentes na Lei 7.716/1989.

de São Paulo, e o Pastor Silas Malafaia, que sustenta candente discurso de oposição à aprovação do PL 122/2006, tanto em seu programa televisivo como na Câmara dos Deputados Federais.

O vereador Carlos Apolinário tornou-se conhecido pelo projeto de lei municipal que instituiria na cidade de São Paulo o "Dia do Orgulho Hétero".[36] Procura revestir suas posições de caráter mais político do que expressamente religioso, muito embora sempre tenha manifestado abertamente sua fé evangélica. Em artigo publicado na edição de 04.12.2010 do jornal *Folha de São Paulo*, compara o PL 122/2006 às censuras políticas feitas contra os críticos do regime militar no Brasil, da ditadura comunista na China e da religião oficial o Irã. Afirma ser contrário à discriminação, humilhação e violência de qualquer pessoa, por qualquer causa, mas classifica "o homossexualismo" como uma "opção incorreta".[37]

O pastor Silas Malafaia em seu programa televisivo[38] se manifestou contrariamente ao PL 122/2006, sob argumentos cujos trechos centrais seguem aqui transcritos:

"A PL 122 quer criminalizar os que são contra a prática homossexual. Eu queria desafiar os grupos homossexuais a publicarem a PL 122 (...). É um lixo de lei (...) quer atingir crença, criminalizar opinião. Eu desafio os homossexuais a fazerem uma leitura da PL 122 [*publicamente*].

Não concordar com a prática sexual é muito diferente de discriminar ou agredir a honra de pessoas homossexuais. Você discrimina o fumo, mas não discrimina os fumantes. Você discrimina a prática de quem usa maconha ou cocaína. Fumar, beber, é comportamento. Homossexualismo é comportamental. Querem dar *status* de raça a um comportamento (...). Eu vou dizer o que é que é o homossexualismo à luz da ciência: um homem ou uma mulher por determinação genética e homossexual por preferência aprendida ou imposta. A ordem cromossômica de um homem heterossexual e de um homem homossexual é a mesma. Que conversa é essa de traço de personalidade? Que falácia é essa? Homofobia é uma doença classificada na psiquiatria, de quem quer matar, es-

36. Embora aprovado pela Câmara dos Deputados, o Projeto foi vetado pelo Prefeito Gilberto Kassab em 2011. Disponível em: [http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5296297-EI7896,00-SP+Kassab+confirma+veto+a+projeto+do+Dia+do+Orgulho+Hetero.html].

37. Disponível em: [http://carlosapolinario1.tempsite.ws/img_midia/28.pdf]. Acesso em: 03.06.2012.

38. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=jA54CXmEBys&feature=related]. Acesso em: 03.06.2012.

pancar (...). Eles não são grupo de risco não! É papo! (...) Vamos fazer um ato contra essa lei que criminaliza a nossa fé. Você pode enviar emails para os senadores. [*nesse momento, o pastor instrui os telespectadores sobre o uso do sistema de comunicação eletrônica com os senadores*].

(...)

Ou a Constituição do Brasil vai valer ou vão me botar na cadeia. Se a PL 122 for aprovada como ela tá, se for aprovada (...) vão me botar na cadeia. Porque na semana seguinte eu vou criticar, usando a bíblia, a conduta homossexual. É tão bonito ler o que aconteceu com os homens que defendiam a fé" (grifamos).

Em discurso no Congresso Federal,[39] reproduziu os mesmos argumentos, de forma praticamente idêntica.

Assim como os grupos católicos mencionados neste trabalho, os grupos evangélicos aqui selecionados também reprovam a homossexualidade. Há que se destacar, entretanto, dois pontos diferenciais: primeiro, nenhum dos pastores se utilizou diretamente da Bíblia (ou outro texto sacro), preferindo argumentos de valoração moral por meio de comparação a situações consensualmente reprováveis (a exemplo de Apolinário, que descreve o "homossexualismo" como uma "opção incorreta", e compara o PL 122/2006 a regimes ditatoriais) ou a validação pelo viés cientificista com o uso do discurso da "verdade médica" (caso de Malafaia, que afirma explicar "o homossexualismo à luz da ciência"). O segundo, e talvez mais relevante ponto para as ideias aqui debatidas, é que, diferentemente das falas católicas, ambas colhidas em sites especificamente dedicados ao debate religioso, os evangélicos aqui selecionados proferem suas opiniões em espaços de debate político, e de divulgação muito mais ampla, como é o caso dos programas televisivos, e escamoteando um dogma religioso sob o disfarce de ideologia política.

4.3 Comparação entre as falas: pontos comuns e de distanciamento

A fala católica e a fala evangélica a respeito do PL 122/2006 se distanciam, como visto, sob o prisma da fundamentação expressa de seus posicionamentos: as duas falas católicas selecionadas se escoram em argumentos propriamente religiosos, uma vez que em ambos os excertos aqui reproduzidos, a Bíblia é utilizada como fundamento direto para condenar a prática homossexual. No caso da fala evangélica, em momento algum a Bíblia é evocada diretamente, mas sim se utiliza a defesa da liberdade de crença e de expressão, para considerar que o PL 122/2006 seria um fator de "criminalização da fé", na medida em que apenaria aquele que manifestasse opinião contrária à prática homossexual,

39. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=AVrq6F-XeYY]. Acesso em: 03.06.2012.

opinião esta contida, segundo entendem, na idiossincrasia de sua religião, gozando assim de proteção constitucional.

As falas se aproximam, porém, ao compartilhar um argumento comum: de que não discriminam pessoas, mas apenas condenam comportamentos. Ambas as religiões falam em acolhimento da pessoa homossexual – contanto que esta se arrependa de seu "vício" e adote a castidade – e repudiam veementemente qualquer ato de violência ou humilhação praticado em face destas pessoas em razão de sua orientação sexual.

O discurso guarda aparência tolerante e conciliadora, mas se trai em um argumento falacioso: *a homossexualidade é sempre tratada como erro, pecado ou perversão, e comparada a ideologias totalitárias*. Em outras palavras: ainda que não se observe nestes discursos a incitação à violência física e à agressão,[40] é manifesta a condenação desses atos por ambos os discursos religiosos.

Pode-se argumentar que os discursos que condenam a prática homossexual têm por base interpretação da Bíblia tão válida quanto qualquer outra, e que estaria protegida sob o manto das liberdades civis – o que é absolutamente verdadeiro. A perigosa falácia se dá quando tais interpretações são postas em espaços públicos de debate e sobre temas que envolvem deliberação política, sendo utilizados para legitimar restrição de direitos de cidadãos.

Há que se lembrar que a liberdade de expressão surge inicialmente como instrumento que possibilita criticar o governo.[41] E pode ser problemático fazer uso da proteção de um direito tão caro à democracia para encampar um discurso de agressão – pois agressão velada também é discurso de ódio:

"(...) a discriminação nele contida pode se dar ou não de forma explícita, mas implícita. A incitação ao ódio, os insultos podem estar presentes no discurso, mas por meio de mensagens subliminares, não explícitas. Daí a dificuldade de se combater esse discurso, pois aqui a agressão é velada, mas nem por isso deixa de ferir o direito das vítimas a que se destina."[42]

---

40. Como se verifica em alguns casos concretos ocorridos nos Estados Unidos, a exemplo do sermão proferido pelo pastor batista Charles Worley em 13.05.2012, no qual defendia "prender os gays em um cercado elétrico como gado" para extingui-los, já que "não podem se reproduzir". Conteúdo da notícia e vídeo do sermão disponíveis em: [www.noticiashoje.com.br/v/1692368]. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, em sua obra já citada neste trabalho, observa que a liberdade de expressão no Estado norte-americano é quase absoluta, sendo em geral restringida pela Suprema Corte somente quando houver "perigo claro e iminente" de conduta danosa (op. cit., p. 144).

41. MEYER- PFLUG, Samanta Ribeiro. Op. cit., p. 131.

42. Idem, p. 99.

O discurso de ódio contribui para a manutenção de práticas discriminatórias e violadoras de direitos humanos, e por isso não está protegido pela liberdade de expressão, assim como a liberdade de ir e vir não autoriza a entrada na casa de alguém sem o consentimento de seu morador. O valor da liberdade de expressar aquilo que se pensa ou no que se crê guarda relação estreita com os fundamentos da democracia por constituir um instrumento de dupla função: opor-se ao governo instituído sem receio de retaliações de cunho pessoal e buscar convencer os outros indivíduos da correção ou vantagens de suas convicções políticas para tentar fazê-las valer como posição majoritária, garantindo assim a alternância no poder, que compõe o jogo democrático.

Todavia, tais convicções, como destacado, devem ser de natureza política e de modo a permitir a todos *a busca por direitos*, e não a *demanda de aniquilação de direitos de grupos minoritários*, mormente quando os direitos eventualmente estendidos a essas minorias em nada afetam o direito de grupos majoritários.

Pode-se afirmar, portanto, que o discurso de ódio é, em sua essência, antidemocrático, e expressa a antítese das bases de legitimidade do Estado Democrático de Direito. Proferi-lo sob a égide das liberdades civis é uma distorção perversa e falaciosa, e que contribui para a marginalização, exclusão e vitimização das pessoas objetos desse ódio.

Mas, como posto no tópico anterior: *a criminalização destas condutas é a solução para erradicar o discurso preconceituoso?*

5. À PROCURA DE RESPOSTAS

Uma vez feitas todas as considerações a respeito dos conceitos das liberdades civis e seus limites, e especificamente do discurso de ódio como limite à liberdade religiosa e de expressão, retomam-se as questões postas no início deste texto, e ainda que não se possam apresentar respostas categóricas a todas as indagações colocadas, espera-se provocar a reflexão a respeito do tema proposto.

O primeiro questionamento indagava se o discurso de ódio tem potencial lesivo. A partir de tudo o que foi até aqui debatido afirma-se que sim, há lesão, pois o discurso de ódio contribui para manter pensamentos preconceituosos profundamente arraigados e com isso a crença irracional em estereótipos capazes de fomentar a rejeição das pessoas pertencentes ao grupo LGBT no seio familiar e nos seus meios sociais, abalando sua autoestima e seu autorrespeito.[43]

43. Axel Honneth aponta a existência de três esferas de reconhecimento intersubjetivo: o amor em família, que produziria a autoconfiança; a estima social, responsável pela

E não se trata simplesmente de negar o reconhecimento pela condição humana do outro nas relações individuais, ou de simples discordância ou até repúdio pelo seu modo de vida. O discurso de ódio – especialmente quando expressado na arena pública – confirma crenças, legitima pensamentos equivocados e contaminados por preconceitos, e faz com que valores adotados pela crença individual (no caso de argumentos religiosos, a exemplo da interpretação da Bíblia que posiciona a prática homossexual como um pecado e um transtorno) contaminem normas de caráter geral. Para Paul Ricoeur, "a tirania jamais foi o exercício bruto e mudo da força. A tirania procede por persuasão, por sedução, por bajulação; o tirano prefere os serviços do sofista aos do carrasco".[44] Quer dizer, os regimes políticos de exclusão de pessoas e aniquilação de direitos se sustentam, antes de mais nada, em discursos legitimadores.

"Nas palavras de Júlio César Casarin Barroso Silva:

O problema então, não é o ressentimento ou a raiva que a expressão produz nos ouvintes, mas o fato de que, para além do sofrimento emocional, o que está em jogo é toda uma rede de direitos e oportunidades dos membros de minorias com um históricos de exclusão."[45]

O respeito à liberdade de pensamento e de expressão só ganha valor e sentido ao se reconhecer que o pensar tem força e efeito. Ou seja: a permissão ampla, geral e irrefletida para a liberdade de expressão (que, não se olvide, surge historicamente como instrumento de defesa em face de retaliações do Estado ou do governo sobre manifestações de caráter político e de interesse geral) remete à liberdade hobbesiana em que o único homem verdadeiramente livre é o déspota. O pensar e manifestar tem força e gera efeitos. Sustentar que o pensamento é algo abstrato e inócuo enquanto não transformado em ação esvazia sua necessidade de proteção: tanto faz respeitá-lo ou não, pois o mero pensar e falar, sem ação em sua decorrência, não produziria qualquer efeito.

A dignidade da pessoa humana é um critério útil de avaliação dos efeitos deletérios do discurso de ódio, já que é fundamento da República: o discurso de repúdio à população LGBT, ainda quando escamoteado na "condenação à

formação da autoestima social; e o direito, que ao reconhecer o indivíduo como sujeito de direitos na esfera pública, geraria na pessoa o senso de autorrespeito (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2009).

44. RICOEUR, Paul. Violência e linguagem. In: _____. *Leituras 1 – Em torno ao político*. São Paulo: Loyola, 1995. p. 62.

45. SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Op. cit., p. 166.

prática do homossexualismo, mas não do homossexual" atinge essa dignidade. Garantir o direito à liberdade religiosa de atacar homossexuais não equivale à preservação da dignidade da pessoa humana que se busca concedendo o direito à liberdade de crença. As lutas travadas nos séculos XVII e XVIII em exigência da liberdade religiosa não buscavam o direito de agredir os outros, mas sim resguardar-se de ser atacado em razão de sua religião.

É necessário desfazer construções históricas injustas e legitimadas por discursos de ódio nas quais o sofrimento é elemento de uma demanda por reconhecimento.[46] A contestação do discurso de ódio não é simplesmente a discordância em relação a uma opinião ou questão de gosto, mas de demandar reconhecimento enquanto sujeito de direito, *pois o poder da palavra pode construir a palavra do poder.*

As liberdades problematizadas neste trabalho decorrem justamente da premissa de afastar do debate público as questões relacionadas à fé religiosa, uma vez que esta depende de crença construída por meio da experiência individual, relacionada a vivências pessoais, valores familiares etc., impossíveis por sua própria natureza irracional[47] de estender às normas jurídicas que regulamentam a vida no Estado, as quais, por sua vez, são de natureza abstrata e *erga omnes*. Separado o Estado da Igreja, todo cidadão é livre para – *na esfera de sua vida privada* – fazer uso de sua liberdade para escolher viver de acordo com seus próprios valores (morais, políticos, religiosos) sem ingerência do Estado. Este, por outro lado, fica impedido de determinar que valores decorrentes da consciência individual e pertencentes ao domínio do foro íntimo de cada um sejam estendidos via norma jurídica a todos os cidadãos. Importante frisar, outrossim, que o Estado Laico não se confunde com o Estado Ecumênico, onde todos os fiéis encontrariam lugar no espaço público para professar suas crenças, envidando esforços para, "democraticamente", fazer prevalecer majoritariamente seus valores:

"Com isso, as religiões hegemônicas, que antes legitimavam o Estado, foram, na situação de pluralismo e de vigência legal da tolerância e da liberdade religiosa, pressionadas a se despolitizar e forçadas a renunciar ao uso da vio-

46. No sentido elaborado por Axel Honneth (op. cit.).

47. O termo é aqui utilizado no sentido de lembrar que a crença religiosa se funda na aceitação de dogmas a respeito das relações do indivíduo com a transcendência, e é precisamente o direito a esta crença irracional que a liberdade religiosa protege, pois nem o Estado, nem um cidadão, tem o direito de interferir e questionar valores tão íntimos.

lência e à atávica inclinação de querer impor sua visão de mundo ao conjunto da sociedade."[48]

Enfim, o discurso de ódio não é merecedor de tutela constitucional sob o disfarce de liberdade civil, ainda quando proferido em proselitismo religioso fundamentalista. E não se trata de julgar o conteúdo negativo do discurso por se tratar de manifestação religiosa, mas sim por se tratar de manifestação antidemocrática e incompatível com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1.º, III, da CF) e da promoção do bem de todos sem preconceitos como objetivo (art. 3.º, IV, da CF).

Estes argumentos ilustram com precisão a gravidade do problema. Em sua tese de doutoramento, Júlio César Silva[49] chega a defender a relevância penal do dano causado pelo discurso de ódio para simbolizar o grau de reprovabilidade social frente a esse tipo de ideologia. As propostas de criminalização em geral obedecem a um sentimento de repúdio das condutas em questão, mas dependem numa crença profunda na eficácia simbólica da lei penal como instrumento de prevenção, pois parece ser lícito supor que tais propostas visam (ou deveriam visar) precipuamente o combate e a erradicação do preconceito.

E com essa colocação, ingressa-se no segundo questionamento proposto neste trabalho: partindo-se da premissa de ter restado demonstrado o alto potencial lesivo do discurso de ódio, *seria o direito penal a via adequada/necessária/desejável para erradicá-lo?*

6. A PUNIÇÃO PODE COMBATER O ÓDIO?

O pensamento jurídico é frequentemente contaminado pelo equívoco em se supor que a não aplicação do direito penal corresponde automaticamente uma aprovação tácita – e mesmo um incentivo – à conduta que se pretende reprimir. Parece existir uma sensível dificuldade em propor outra resposta que não a violência estatal,[50] com arraigada crença na punição pedagógica, com o poder mágico de incutir no potencial delinquente o seguinte pensamento: "não devo praticar crime, pois se causar o mal à alguém, *eu* sofrerei". Mesmo supondo modelos ideais de fiscalização e eficácia (no sentido da certeza da aplicação)

48. MARIANO, Ricardo. Liberdade religiosa, democracia e cidadania. In: FONSECA, Claudia; TERTO JR., Veriano; ALVES, Caleb Faria (orgs.). *Antropologia, diversidade e direitos humanos – Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 55.

49. Idem.

50. Aqui entendida como a violência lícita praticada no exercício do *jus puniendi*.

da punição, que pudessem surtir automaticamente algum efeito preventivo e redução da prática de crimes, talvez fosse mais interessante, em termos de construção de laços sociais mais sólidos, procurar incutir em todas as mentes – e não só de "potenciais delinquentes" –[51] um pensamento diverso: "não devo praticar crime, pois se causar o mal a alguém, *o outro* sofrerá". Na esteira do argumento de Axel Honneth,[52] o estímulo ao reconhecimento recíproco de "criminosos" e "vítimas" enquanto pessoas e a construção de relações de *empatia* talvez trouxessem modificações mais profundas nas estruturas mentais do que a resposta simplista e rompedora de laços representada pelo direito penal.

Ademais, a restrição de liberdades como sanção deve sempre ser analisada com a maior cautela: atualmente, a sanção por excelência é a privação da liberdade de ir e vir, cuja imposição, ao menos em tese, encontra diversos limites não só no direito constitucional, mas também nas normas de direito penal e processual penal. Se há muito que celebrar ao se pensar que esta é a única liberdade sobre a qual recai restrição legal como sanção pela prática de ilícito criminal, é porque já não há que se falar, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, em restrição à liberdade religiosa, ou de opinião, como forma de sanção, imposta por sentença judicial.

Enfrenta-se, portanto, uma encruzilhada de difícil solução: se é fato, como demonstrado nos tópicos anteriores, que os discursos de ódio possuem efeitos deletérios e incompatíveis com as bases de legitimidade do Estado Democrático, é igualmente verdadeiro que o direito penal não se revela como o meio adequado para modificar essa situação, seja porque somente atua quando a conduta repudiada é praticada, gerando um círculo vicioso de prática da conduta e sua punição (em geral acompanhado da celebração dessa última), em completo esquecimento de que houve uma *vítima* exatamente daquilo que se pretendia evitar, *seja porque a ausência de proteção constitucional ao discurso de ódio (como defendido neste trabalho) não implica sua criminalização compulsória.*[53] Significa dizer que não há relação automática de causalidade entre "não ser um direito" e "ser um crime".

Além disso, a alegação de "criminalização de opinião e da fé" pode gerar uma espécie de "mártires", que heroicamente aceitam o risco de ser presos em defesa do "direito" de depreciar homossexuais, possivelmente fomentando

51. Cuja frouxidão do conceito traz implicações à função preventiva da pena.

52. HONNETH, Axel. Op. cit.

53. Sobre o tema, ver: PASCHOAL, Janaína. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003. Em especial capítulos 3 e 4.

ainda mais o clima de hostilidade que, imagina-se, é exatamente o que se pretende combater.

Assim, partindo-se do pressuposto de que a necessidade de se erradicar preconceitos é um consenso nos sistemas democráticos, coloca-se aqui o terceiro e último questionamento: *se a intervenção penal não é a via adequada, qual a melhor solução?*

A resposta não é simples e nem é fácil a solução. O preconceito, como já explanado, decorre da crença irracional em uma afirmação falsa.[54] Quando ampliado para a esfera do processo político, o preconceito funciona como instrumento de exclusão e negação de direitos por legitimar crenças de que diferenças devem ser valoradas e hierarquizadas. Mas as crenças individuais se modificam ao longo da vida, por meio do contato com novas informações e pontos de vista diferentes. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug[55] afirma que se deve garantir "o direito de cada cidadão de ser informado e de escolher livremente a opinião que pretende adotar, sem sofrer restrições por parte do Estado".

Desta forma, a erradicação do preconceito passa, em primeiro lugar pelo conhecimento da questão objeto do pensamento preconceituoso: em relação à discriminação contra homossexuais, há no mínimo desconhecimento em relação a quem apresenta esta orientação sexual, levando a posicionamentos contrários à concessão de direitos, por exemplo, opor-se ao casamento de homossexuais por acreditar que isto estimularia a "conversão" de heterossexuais às práticas homoafetivas, ou ser contrário à adoção de crianças por pessoas LGBT justificando-se pela crença preconceituosa de que homossexuais são, necessariamente e em razão de sua orientação sexual, promíscuos e/ou pedófilos.

Ainda que estes argumentos não incitem diretamente a violência, eles sustentam e legitimam preconceitos e discriminações, o que se verifica, por exemplo, em bancadas religiosas no Poder Legislativo, que votam contra a concessão de direitos a pessoas LGBT. Todavia, o PL 122/2006 não pretende ser uma lei que garante direitos (necessários) à população LGBT, mas que apenas reage violentamente (ainda que dentro da violência estatal lícita) a quem tiver praticado um ato de preconceito. É uma lei que, como toda lei incriminadora, precisa do ato criminoso para ser posta em prática, e não garante direitos da vítima, mas tão somente restringe o direito do criminoso *à liberdade de ir e vir* – e não seu "direito" de pensar de forma preconceituosa ou intolerante.

54. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 98.

55. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit., p. 132.

A erradicação do preconceito se dá pelo debate desarmado, de ânimo calmo e refletido, estimulado pelo convite a mudar de ideia, pois nada mais falacioso do que afirmar que determinada crença "é cultural, e, portanto, não muda". Ao contrário: se existe algo dinâmico e em permanente processo de mutação, é o conjunto de valores informadores da cultura. Não muito tempo atrás, debates sobre temas como a legalização do divórcio e a descriminalização do adultério suscitavam disputas tão acaloradas quanto as que se observam contemporaneamente no que diz respeito aos direitos da população LGBT. Aliás, em especial em relação ao divórcio e ao adultério, algumas religiões (como a católica) optaram por manter sua proibição – o que pode ser livremente seguido por seus fiéis, graças ao direito à liberdade de religião. Porém, não mais se impõem essas restrições a quem não professe esta fé.

Ao contrário do que é pregado por alguns grupos religiosos, a população LGBT não pretende "estender uma ideologia" que obrigue às práticas homossexuais condenadas por esses grupos – mais uma vez, crença fundada na desinformação. Em contrapartida, alguns desses grupos religiosos, ao adquirir o acesso ao debate público, procuram impor sua visão de mundo a todos, inclusive aos que não professam sua fé.

O reconhecimento de direitos visa substancialmente à paz e à redução do sofrimento e da violência, seja a praticada pelo Estado, seja a praticada pelas pessoas entre si. Alegar liberdade de expressão para praticar uma violência simbólica ou velada seria apenas um discurso pueril e superficial, não fosse a gravidade devastadora de seus efeitos. Este trabalho se encerra com um convite à reflexão e a mudar de ideia: a cultura não é estanque, e as mudanças culturais que permitem o reconhecimento de direitos e a inclusão de todos dependem da modificação refletida e racional das crenças individuais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002.

_____; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UnB, 1995. vol. 2.

HABERMAS, Jürgen. Teoria da adaptação. *Folha de S. Paulo*, Cad. Mais!, 05.01.2003.

HOBBES, Thomas. *O Leviatã – Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2009.

MARIANO, Ricardo. Liberdade religiosa, democracia e cidadania. In: FONSECA, Claudia; TERTO JR., Veriano; ALVES, Caleb Faria (orgs.). *Antropologia, diversidade e direitos humanos – Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discursos de ódio*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NETO, Dário. PLC 122: mordaça gay não, mas um necessário freio na língua. *Revista Caros Amigos*. Disponível em: [http://carosamigos.terra.com.br/index2/index.php/artigos-e-debates/1890-plc-122-mordaca-gay-nao-mas-um-necessario-freio-na-lingua]. Acesso em: 03.06.2012.

PASCHOAL, Janaína. *Constituição, Criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

RICOEUR, Paul. Violência e linguagem. In: _____. *Leituras 1 – Em torno ao político*. São Paulo: Loyola, 1995.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão – Contribuições para uma interpretação política da liberdade da palavra*. Tese de Doutorado, São Paulo, PPGCP-FFLCH/USP, 2009.

Sites acessados

Blog de Dom Luiz Bergonzini. Disponível em: [www.domluizbergonzini.com.br]. Acesso em: 03.06.2012.

Documentário: *For the Bible tells me so* (Daniel G. Karslake, 2007). Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=M9QHrtMLRWo]. Acesso em: 01.06.2012.

Notícia: *Kassab confirma veto a Projeto do Dia do Orgulho Hetero*. Disponível em: [http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5296297-EI7896,00-SP+Kassab+confirma+veto+a+projeto+do+Dia+do+Orgulho+Hetero.html].

Pró-Vida de Anápolis. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br/index1.htm]. Acesso em: 03.06.2012.

Site do vereador Carlos Apolinário. Disponível em: [http://carlosapolinario1.tempsite.ws/img_midia/28.pdf]. Acesso em: 03.06.2012.

Vídeo com pregação do Pastor Batista Charles Worley em 13.05.2012. Disponível em: [www.noticiashoje.com.br/v/1692368].

Vídeos com discursos do Pastor Silas Malafaia. Disponíveis em: [www.youtube.com/watch?v=jA54CXmEBys&feature=related]; e [www.youtube.com/watch?v=AVrq6F-XeYY]. Acessos em: 03.06.2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Exercício da liberdade religiosa, de Maria Luiza Whately Barretto – *RDCI* 14/249;
- Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas, de Mariana Salomão Carrara – *RBCCrim* 84/312; e
- Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 99/187.

63438

SOBRE O FIO DA NAVALHA: A JUSTIÇA CRIMINAL ENTRE A EFICIÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4

On the razor's edge: Criminal Justice between efficiency and fundamental rights

ROSIVALDO TOSCANO DOS SANTOS JÚNIOR

MBA em Poder Judiciário pela FGV-Rio. Especialista em Processo Penal. Mestrando em Direito pela Unisinos. Membro da Associação Juízes pra a Democracia – AJD. Juiz de Direito em Natal/RN.

ÁREA DO DIREITO: Processo; Penal

RESUMO: A eficiência se tornou um perigoso dogma na prática jurídica penal. Inicialmente oriunda da atividade privada, foi transportada para a Administração Pública e, no Judiciário, terminou por servir como um metaprincípio subjacente, como um *a priori* subterrâneo da prática processual. Resultado: violação de direitos fundamentais. Na órbita criminal, que lida com a liberdade, os efeitos são ainda mais graves. O artigo analisa criticamente o eficienticismo – oriundo do neoliberalismo e de sua faceta jurídica, a análise econômica do direito, que inspirou o Documento Técnico 319 do Banco Mundial – e, através de pesquisa bibliográfica da doutrina e com exemplos paradigmáticos da prática penal, demonstra os riscos do Judiciário agir como uma corporação – esse ente de posturas antissociais que coloca a obtenção de resultados (no caso, lucro) acima de tudo. O grande objetivo do Judiciário

ABSTRACT: The efficiency has become a dangerous dogma in criminal law practice. It initially came from the private activity and it was transported to Public Administration and the Judiciary, being in this last case eventually served as a meta-principle, as an underground procedural practice a priori. The result is the violation of fundamental rights. In the criminal area, which deals with freedom, the effects are even more serious. The article critically analyzes the efficienticism – originally from the neoliberalism and its legal aspect, the economic analysis of law, which inspired the Technical Paper 319 World Bank – and, through literature review of doctrine and paradigmatic examples of law cases, demonstrates the risks of the Judiciary acting as a corporation – an organism of antisocial attitudes that places the achievement of results (in this case, profit) above everything.

não é ser eficiente, mas sim, ser efetivo, garantindo o respeito aos direitos fundamentais e ao Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Eficiência - Neoliberalismo - Processo penal - Direitos fundamentais - Efetividade.

The main objective of the judiciary is not to be efficient, but, to be effective, ensuring respect for fundamental rights and the rule of law.

KEYWORDS: Efficiency - Neoliberalism - Criminal procedure - Fundamental rights - Effectiveness.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A corporação - 3. Do Consenso de Washington ao Documento 319 do Banco Mundial - 4. Do Estado do Bem-Estar ao Estado do Mal-Estar Neoliberal - 5. Hayek, Posner e a eficiência - 6. Ainda sobre a eficiência - 7. A crise estrutural do Judiciário e a razão instrumental - 8. O Judiciário como corporação - 9. Quem seriam os clientes do Judiciário como corporação? - 10. O processo penal (d)eficiente - 11. Conclusão: a ressignificação da eficiência no Estado Democrático de Direito - 12. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos, numa época em que muito se fala de eficiência no serviço público, de racionalidade, de redução de custos e de incremento de resultados. O Estado, uma estrutura jurássica, burocrática, corrupta e disfuncional, precisaria, para sua redenção, das ideias e dos ideais do mercado: racional, eficiente, que produz riqueza, ao invés de desperdiçá-la.

O conceito de eficiência,[1] em si mesmo, nada tem de pejorativo. Segundo Robert Cooter,[2] um processo de produção é eficiente quando: (a) não é possível gerar a mesma quantidade de produção com insumos de custos menores; ou (b) não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos. Porém, no exercício de um Poder do Estado nada é ideologicamente neutro. É esse o plano da nossa abordagem.

1. Visando, desde já, evitar eventual pré-concepção negativa, alertamos que não somos contra a eficiência. Aliás, vamos dar, de antemão, nosso lugar de fala: após três anos que assumimos na 2.ª Vara Criminal da Zona Norte de Natal, reduzimos o número de processos em andamento a 1/4 do que era. Julgamos vários casos em menos de dois meses – do fato à sentença, sem açodamentos às partes. Nossa formação engloba uma MBA em Poder Judiciário, do qual resultou um planejamento estratégico que hoje compõe o Banco de Boas Práticas de Gestão do Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. E as rotinas adotadas e implantadas por nós na referida Vara culminaram no Manual de Rotina das Varas Criminais do Rio Grande do Norte.
2. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

Com os influxos promanados do Consenso de Washington e da ideologia que a globalização[3] traz consigo, o Judiciário assimilou a ideia de justiça como *business* e o Judiciário como corporação. Na seara da Justiça Criminal, em busca de números, de resultados, de produtividade, o modo de pensar neoliberal (com seus pré-juízos subjacentes) fez com que emergissem algumas práticas pouco divulgadas, algumas informais, mas até comuns, tudo em nome de um Judiciário mais "eficiente". Algumas delas: (a) fundamentação em prisões preventivas com base em mera suposição de fuga, para evitar adiamentos no processo; (b) produção antecipada de provas sem um fundamento concreto verossímil; (c) início da oitiva de testemunhas sem a presença do acusado preso porque não houve como a polícia trazê-lo a tempo – para não atrasar a pauta; (d) redação prévia da minuta da sentença condenatória, e sua feitura mesmo durante as alegações finais das partes, para "ganhar tempo"; (e) renovação da interceptação telefônica durante meses ou até anos, sem comprovação de sua indispensabilidade concreta, ao alvedrio do art. 5.º da Lei 9.296/1996; (f) não intimação posterior do alvo da interceptação telefônica inexitosa, sob o argumento de que gera custos com papel e postagem – ou que atrapalharia eventuais investigações posteriores; (g) condução dos depoimentos orais pelo juiz, a despeito da previsão do art. 212 do CPP, sob o argumento de que é mais rápido ou que busca a "verdade real"; (h) fundamentação baseada em ementas de precedentes, sem a averiguação da pertinência entre a ementa e o caso que deu origem a ela (a facticidade de origem), bem como entre aquela e o caso concreto em julgamento (a facticidade de destino); (i) julgamento por adesão a uma das teses, sem abordagem da antítese, para julgar mais rápido (*confirmation bias*); (j) consideração da "defesa deficiente" como mera nulidade relativa.

Pretendemos desvelar o que há por trás dessas práticas: os significantes primários que remetem ao mercado e aos seus principais agentes – as corporações. Como elas agem? A partir de um texto e de um documentário, a pesquisa visa captar o "DNA" ontológico dessas instituições que hoje inspiram o Poder

3. Uma reflexão crítica acerca da globalização é feita por Paul Tiyambe Zeleza. Segundo ele aponta, o mundo não está perfeitamente integrado, como a globalização apregoa. Os defensores da globalização estão entre os países e tecnocratas em ascensão, e entre as empresas dominantes e as classes comerciais. Os críticos, entre os países dominados, camponeses, trabalhadores e pequenas firmas. Os ambivalentes, entre os que tanto podem ganhar quanto perder com ela (ZELEZA, Paul Tiyambe. Conhecimento, globalização e hegemonia: produção do conhecimento no século XXI. In: UNESCO. *Sociedade do Conhecimento X Economia do Conhecimento: conhecimento, poder e política*. Brasília: Unesco-Sesi, 2005. p. 19-22).

Judiciário a agir como corporação. Busca, também, refletir sobre quais as consequências jurídico-constitucionais, isto é, quais os reflexos no Estado Democrático de Direito quando o Judiciário torna-se mais uma corporação no "grande mercado". Visa, ainda, avaliar os impactos nos direitos fundamentais, se haveria outra via e qual o papel que deve ter o Judiciário em um Estado como o brasileiro, em que sequer as promessas da modernidade foram cumpridas.

2. A CORPORAÇÃO

O documentário *The Corporation*,[4] codirigido por Mark Achbar e Jennifer Abbott, mostra como, em 150 anos, uma instituição quase insignificante se tornou o núcleo do mercado: a corporação. E, de maneira surpreendentemente profética, o roteiro previu, 5 anos antes, a crise financeira mundial.

A película, baseada no livro homônimo de autoria de Joel Bakan,[5] faz uma analogia entre uma corporação e uma mente psicopata. E consegue demonstrar que as corporações possuem todos os elementos que caracterizam essa grave e antissocial patologia.[6] Assim, por mais paradoxal que pareça, uma cor-

---

4. THE CORPORATION. Produção de Mark Achbar e Bart Simpson. Direção de Mark Achbar e Jennifer Abbott. Escrito por Joel Bakan. Canadá, 2003. 1 DVD (145 min).

5. BAKAN, Joel. *A corporação: a busca patológica por lucro e poder*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito Editorial, 2008.

6. 1.°) *Descaso pelos sentimentos alheios* – produção a baixo custo, transferindo suas fábricas para países onde os direitos trabalhistas básicos não são respeitados;
2.°) *Incapacidade de manter relações duradouras* – mudança imediata de foco de produção, fechamento de fábricas ou sua transferência, logo que constada vantagem nesse proceder;
3.°) *Descaso pela segurança alheia* – não raros são os casos de produtos perigosos ou até mesmo cancerígenos postos à venda, mesmo com a ciência de seus efeitos, como ocorre com o cigarro e o amianto;
4.°) *Insinceridade: repetidas mentiras e trapaças para obter lucro* – uso do trabalho infantil, destruindo a infância de milhares de crianças, e depois ainda se postarem como doadoras de causas em favor delas;
5.°) *Incapacidade de sentir culpa* – adoção deliberada de práticas prejudiciais aos consumidores, causando prejuízos financeiros ou até mesmo à saúde;
6.°) *Incapacidade de seguir as normas sociais de conduta dentro da lei* – as limitações da legislação são vistas como externalidades que precisam ser contornadas ou vencidas, seja pela utilização de *lobby* visando modificação do texto legal ou da interpretação dele decorrente, de modo a favorecer à corporação; seja pelo descumprimento da legislação, desde que comprovada a vantagem de assumir o risco de ser punido em razão da baixa probabilidade da punição ou do valor da multa compensar tal ris-

poração atua de maneira antissocial, mesmo que dirigida ou sob o capital de acionistas que são profissionais respeitados, pessoas que seriam o padrão de educação, temperança, equilíbrio. Muitos são protótipos do que comumente chamamos de "homem de bem", um bom pai, amigo, vizinho ou parente. É que as responsabilidades legais e morais terminam por se diluir na grande máquina louca, sedenta de lucros e de estatísticas azuis. E assim, esse exército de pessoas de bem, impecavelmente vestidas e educadas, armadas com suas belas canetas Montblanc, destrói a saúde e a vida de outras pessoas; o meio ambiente; e conduz a humanidade a uma futura extinção.

O corifeu do neoliberalismo, Milton Friedman, ao falar da função social da empresa no neoliberalismo, disse o seguinte:

"Há uma e apenas uma responsabilidade social no mundo dos negócios – usar os recursos e se engajar em atividades destinadas a aumentar os seus lucros, contanto que permaneça dentro das regras do jogo, o que quer dizer, se engajar em concorrência aberta e livre, sem engano ou fraude."[7]

Sua observação, contudo, torna-se idealista diante da realidade trazida por *The Corporation*. As corporações tem um comportamento naturalmente predatório. A dimensão de respeito à normatividade é uma externalidade desfavorável, algo prejudicial ao seu fim de lucro e que será contornada sempre que possível. A crise mundial que começou em 2008 é sintoma disso. Richard Posner atribui ao "risco" a culpa pela crise.[8] Pronto. Mas nos perguntamos: e o risco tem existência própria? Não. É da natureza do capitalismo financeiro, dominado pelas corporações apátridas e antissociais, buscar o lucro a todo custo, de forma violenta, isto é, destruindo deliberadamente a concorrência, o meio ambiente, a saúde ou a vida das pessoas e sem se preocupar com os efeitos em longo prazo.

Como o livro e o documentário revelam, a corporação é uma máquina ultrarracional e voltada para a máxima eficiência. Até as suas pretensas bondades são dirigidas ao seu fim: aumentar o lucro dos seus proprietários/acionistas.

---

co. Exemplos dessa ordem não faltam no cenário brasileiro. O diagnóstico do que Joel Bakan chama de "psicopatia institucional" resta completo (BAKAN, op. cit., p. 102).

7. FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to increase its profits*. In The New York Times Magazine. September 13, 1970. Disponível em: [www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html]. Acesso em: 01.08.2012).

8. POSNER, Richard. *The crisis of capitalist democracy*. Cambridge/Massachusetts/Londres: Harvard University Press, 2010. p. 250.

Uma vez que a busca da eficiência é o mote para que esse comportamento predatório se concretize, o perigo se torna maior quando esse conceito, com todos os resultados pretensamente positivos que ele traz, torna-se princípio que é transplantado para o Judiciário.

3. DO CONSENSO DE WASHINGTON AO DOCUMENTO 319 DO BANCO MUNDIAL

A chamada Reforma do Judiciário brasileiro, na verdade, foi fruto de um processo que se originou 15 anos antes, com o Consenso de Washington, um conjunto de 10 regras que, se utilizadas pelos países periféricos,[9] possibilitaria seu crescimento econômico.

Surgido no final da década de 80 do século passado, como fruto de um estudo feito por economistas de organismos internacionais sediados em Washington (FMI, Banco Mundial e Departamento de Tesouro dos Estados Unidos) sua finalidade manifesta seria ajustar macroeconomicamente os países periféricos e permitir o recebimento de ajuda financeira por parte dos ditos organismos. As medidas englobavam: disciplina fiscal; redução dos gastos públicos; reforma tributária; juros de mercado; câmbio de mercado; abertura comercial; investimento estrangeiro direto, com eliminação de restrições; privatização das estatais; desregulamentação das leis econômicas e trabalhistas; proteção da propriedade intelectual. Haja vista os resultados desastrosos,[10] com aumento da miséria e recessão nos países que o adotaram, nem mesmo John Williamson,[11] o homem que cunhou a expressão "Consenso de Washington" passou a defendê-la e, dentre uma série de críticas, afirmou que na América Latina houve uma errada transformação dos postulados em ideologia e que jamais defendeu que o Estado deixasse de intervir na economia.

O Consenso de Washington foi rejeitado pelo hoje desenvolvido Leste Asiático e aplicada na ainda sofrida América Latina de maneira até radical, como foi o caso do Brasil. 20 anos depois, temos pobreza e baixo desenvolvimento

9. Entendo melhor utilizar esse significante, numa ideia de contraposição aos "países centrais", do que o eufemista "países em desenvolvimento", afinal, passadas tantas décadas, nenhum país dito "em desenvolvimento", desenvolveu-se, efetivamente.

10. STIGLITZ, Joseph Eugene. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Cia. das Letras, 2007. p. 446.

11. WILLIAMSON, John. *Did the Washington Consensus Fail?* Washington: Peterson Institute for International Economics, 2002. Disponível em: [www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=488]. Acesso em: 16.07.2012.

em toda região que o adotou e forte crescimento econômico nos países que se protegeram do plano pretensamente bondoso de Washington.[12]

O Documento Técnico 319 surgiu nesse contexto. Fez parte, portanto, de um Projeto maior, que abarcou aspectos políticos, econômicos e sociais – o neoliberalismo.

4. DO ESTADO DO BEM-ESTAR AO ESTADO DO MAL-ESTAR NEOLIBERAL

O Estado Liberal foi um avanço em relação ao Estado Absolutista, na medida em que houve o transplante da vontade do soberano para a vontade da lei, bem como o reconhecimento de direitos individuais oponíveis até mesmo ao Estado.

Conforme preleciona Dalmo Dallari,[13] o Estado Liberal se caracterizou, porém, pelo ultraindividualismo, pelo comportamento egoísta, pano de fundo da revolução industrial, e da formação e exploração do proletariado, criando um verdadeiro exército de miseráveis nos grandes centros urbanos. A ideologia dominante apregoava a defesa dos direitos individuais, notadamente os de propriedade e de liberdade, vista esta última, no final das contas, como liberdade de contratar, sem a existência de um "poder" de ser livre para todos. Assim, o conceito filosófico de liberdade passou ao largo, deturpando-se o significado a um mero aspecto de proteção econômica dos "economicamente livres". E a burguesia, outrora revolucionária, passou ao conveniente conservadorismo. Estava armado o cenário para o segundo ato: os revolucionários movimentos socialistas.[14]

---

12. O prêmio Nobel de economia Joseph Stiglitz preceitua que um dos motivos de sucesso dos chamados "Tigres Asiáticos" e da China foi exatamente não cumprir o alegado no referido Consenso. Segundo aponta, basearam-se nas exportações (e não nas importações, como aqui); não se focaram somente na estabilidade dos preços, mas com ampla intervenção na economia interna e mediante dirigismo estatal (principalmente na educação, na infraestrutura e na escolha de setores tecnológicos em que se daria a ênfase econômica), inclusive com criação de empresas públicas voltadas à intervenção na atividade econômica – exatamente o posto do aqui propalado. A abertura para importações foi gradativa. Os setores estratégicos ficaram a salvo de aquisições estrangeiras (STIGLITZ, op. cit., p. 106). No Brasil, pelo contrário, abriu abruptamente as portas para das exportações, autolimitou-se na intervenção na economia e promoveu uma privatização radical, inclusive com a privatização de sua maior mineradora – com suas jazidas estratégicas –, quebra do monopólio do petróleo e por pouco a Petrobras não foi inteiramente vendida.

13. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 280.

14. Idem, p. 281.

As Constituições sociais foram uma resposta capitalista para arrefecer os ânimos da ameaça socialista. Foi o anestésico aplicado – concretizado muito mais no discurso do que nas práticas sociais. Nos países periféricos que adotaram Constituições sociais, estas não passaram, na prática, de meras peças de retórica.[15]

Com o enfraquecimento e a queda dos regimes comunistas da Europa Oriental – o que representou o quase total abandono da segunda via – o pêndulo passou, novamente, a se inclinar pelo absenteísmo do Estado. Houve quem prenunciasse o seu fim. Mas tal ideia não passa de mito. O neoliberalismo precisa do Estado para manter a "liberdade econômica". Obviamente, defenderá o fim do Estado Providência, mas jamais o do Estado Polícia. Em razão da concentração do capital na mão de poucos e do esvaziamento ou negação dos direitos sociais, as reivindicações e revoltas das camadas desfavorecidas precisam ser contidas pelos meios de controle social. E o Estado é o maior e o mais aparelhado desses. Não há neoliberalismo sem um Estado forte na repressão, para poder proteger os opressores dos oprimidos. Observe-se, também, que o discurso de frouxidão dos mercados nunca é acompanhado de liberação das barreiras territoriais à imigração. As nações pobres e seus povos estarão sempre lá para serem explorados. Lucros vão. Gente, não. Gente, entendida e respeitada como tal, fica só do lado de cá do muro. Do outro lado, a escória.

"Globalização", "mercados" e "liberdade econômica" viraram dogmas. O economista sul-coreano Ha-Joon Chang denuncia[16] que os países desenvolvidos se utilizaram de políticas econômicas intervencionistas para se desenvolverem e, em seguida, tentaram impedir os países em desenvolvimento de fazer o mesmo. Ele usa uma metáfora: de que eles subiram usando uma escada (o intervencionismo) e depois a chutaram (com a ideologia neoliberal), impedindo que os países em desenvolvimento também crescessem. Para ele a Organização Mundial do Comércio – OMC, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional servem para instrumentalizar os obstáculos para a redução da pobreza no mundo em desenvolvimento. E que foram os países que adotaram as políticas ditas "ruins" os que mais cresceram nas últimas décadas, incluindo a China.

Dallari afirma que se pretende passar uma ideia de que o mundo está unificado pelo capitalismo e o Estado, substituído pela iniciativa privada. No mes-

15. Idem, p. 283.

16. CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004. p. 214.

mo sentido, Lenio Luiz Streck, para quem a globalização não vem acompanhada por um comportamento "liberal" ou neoliberal dos países centrais. As barreiras alfandegárias são o novo protecionismo disfarçado.[17]

O flagrante da falácia neoliberal e da globalização (sua verdadeira face de embuste discursivo para uma recolonização dos mercados periféricos),[18] deu-se com a crise de 2008. Sob a alegação de necessidade de salvar o "mercado mundial", Keynes foi ressuscitado da maneira mais extremada.[19] Jacques Chevallier fala em fim do mito da "globalização feliz".[20] Ora, a globalização só foi "feliz" no "centro" do mundo geopolítico. Na periferia, miséria e manutenção ou aumento das disparidades.

Fechando um pouco mais o foco de análise para o processo histórico brasileiro, ao contrário do que possa parecer a princípio, o intervencionismo estatal aqui não veio para edificar direitos sociais. O discurso no Brasil sempre foi desenvolvimentalista, com o mote "crescer o bolo para depois reparti-lo". O Estado serviu aos estamentos[21] para que pudessem auferir financiamentos a

17. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 65. Joseph Stiglitz também traz vários exemplos de barreiras não tarifárias como a salvaguarda (como a aplicada em favor da indústria do aço norte-americana); as taxas *antidumping* (como as aplicadas ao tomate mexicano); as barreiras técnicas (como as aplicadas às carnes brasileiras) que o autor mesmo reconhece serem as mais difíceis de derrubar em face da força retórica da proteção da saúde pública; as regras de origem, em que se exige que um produto tenha cem por cento dos componentes fabricados no país de origem (STIGLITZ, op. cit., p. 142).

18. Paul Zeleza a define globalização como "o conjunto dos processos contemporâneos de reestruturação capitalista global, fundamentados em ideologias neoliberais e intervenções políticas, conhecido no sul global pela designação ignominiosa de programas de ajuste estrutural (SAPs)" (ZELEZA, op. cit., p. 25).

19. Com medidas como a garantia estatal dos empréstimos no mercado interbancário; aquisição de ativos "tóxicos" de bancos; aquisição de capital de grandes bancos, sem falar de igual medida em relação a grandes empresas, evitando sua falência ou desnacionalização; incentivo à produção e consumo nas economias; financiamento de grandes obras de infraestrutura, com o fim de amenizar o desemprego (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 280-281).

20. Idem, p. 284.

21. Tomo aqui "estamento" no sentido de Raymundo Faoro (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 913), como sendo o grupo que se alija no poder, não necessariamente fazendo parte da elite econômica, mas geralmente com ela articulada ou coincidente. Sua regulação

fundo perdido e não para garantir condições mínimas de vida e de renda aos mais necessitados. Aqui, direitos como alimentação, saúde, habitação e educação foram vistos como caridade, e não como direitos fundamentais.[22] E assim, o Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza.

O Consenso de Washington, acima descrito, aqui foi cumprido fielmente, com o corte radical nos gastos sociais tão necessários e com o processo avassalador e desmedido das privatizações. A falácia de que o setor privado se interessa pela prestação do serviço público é desmascarada por Têmis Limberger: "o setor que é passado à iniciativa privada é o que apresenta a possibilidade de lucro, enquanto os setores deficitários são desempenhados pelo setor público".[23] E exemplifica os casos da saúde e da segurança pública, em que os mais pobres têm que se sujeitar ao SUS e a uma polícia despreparada e má equipada – enquanto os que têm condições financeiras possuem plano de saúde e segurança privada. Não por menos o que mais se percebe na seara criminal é a pobreza tanto dos réus (haja vista a impunidade dos poderosos) quanto das vítimas (pois são as que precisam se expor nas ruas e nos transportes públicos – ao invés dos ambientes fechados e seguros dos shoppings, ou sob as películas escuras e janelas fechadas dos automóveis particulares).

Para Streck, a minimização do Estado em países que passaram pelo Estado Providência ou *Wellfare State* gera consequências bem diversas das que ocorrem em países como o Brasil. Aqui, o Estado Social ocorreu para as camadas médio-superiores da sociedade. Para a avassaladora maioria da população, o que houve foi um simulacro de modernidade.[24] E já que não se realizaram as promessas da modernidade, qual a solução óbvia para manter os privilégios e o *status quo*? O Estado Neoliberal. E o pensamento hegemônico se impõe por meio da falácia desenvolvimentista: ser pós-moderno é ser ou estar *in*.

---

não é por meio da lei, mas por convenções que visam, através de trocas e ajudas mútuas, a manutenção parasitária no poder, por meio da apropriação de oportunidades econômicas, seja na esfera pública ou privada. Não se renova. Mudam-se os quadros, muitos deles passados de uma geração a outra, mas o sistema permanece o mesmo, como uma dinastia. O estamento se exerce e se retroalimenta pela desigualdade social. É da ordem do privilégio.

22. STRECK, op. cit., p. 56.

23. LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na Administração Pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 3, p. 211.

24. STRECK, op. cit., p. 63.

Streck alerta que: "o que nos é vendido como prova de modernidade dá os claros sinais de uma barbárie, a barbárie neoliberal que, a título de guardar identidade com a filosofia pós-moderna, traz como resultado sinais de retorno à pré-modernidade".[25]

5. HAYEK, POSNER E A EFICIÊNCIA

Poderíamos marcar a obra *O caminho da servidão*, Friedrich Hayek, como texto inicial que criticou o *Wellfare State*. Para ele, com a ascensão do capitalismo monetarista e a queda do keynesianismo, a liberdade passou a ser o significante mais efusivamente destacado. E a inflação, o inimigo a ser perseguido, em nome do desenvolvimento econômico, segundo bem apontado por Alexandre Rosa.[26]

O discurso passou a ser: (a) o do Estado que não se intromete na ordem natural (leia-se ideologicamente "naturalizada") das coisas; (b) de que as desigualdades – já que naturais – são legítimas; (c) as leis do mercado devem ser respeitadas. Por óbvio que a fundamentação na propriedade privada[27] e na liberdade de contratar não são emancipadoras. Hayek é sedutor[28] em sua escrita ideológica, vez que "naturalizadora" e "neutralizante", pondo seu o conceito bem peculiar de liberdade, sempre atrelada à propriedade, como primeiro significante da cadeia, elevado à categoria de dogma.

Na esfera jurídica, o neoliberalismo se expressa por meio da análise econômica do direito[29] – AED. E um dos seus maiores nome hoje, quiçá o maior, é Richard Posner. Bastante expressivo foi o reconhecimento, por ele, após a explosão da crise financeira mundial iniciada em 2008, de que a análise econômica do direito falhara em prever a catástrofe econômica e que um mercado sem controle não era factível. A crise, na verdade, apenas põe a última pá de cal na tese da eficiência (maximização da riqueza) – hoje ainda tão defendida em nosso Judiciário – como critério ético do direito.

---

25. Idem, p. 65.
26. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 39.
27. Cujo direito que o subjaz é excludente, conforme tese de Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Perfecto Andrés et al. Madri: Trotta, 2001. p. 11).
28. ROSA; LINHARES, op. cit., p. 39.
29. No inglês, *law and economics*.

Bruno Meyerhof Salama escreveu um interessante texto sobre a virada do pensamento de Posner em relação à posição da eficiência.[30] Com efeito, inicialmente, o jurista norte-americano procurou elevar a maximização da riqueza a critério de justiça. Isso significa dizer que se uma norma promove a maximização da riqueza, ela seria justa.[31] Mas já em 1990, com o *Problemas de filosofia do direito*, Posner abandonou a defesa da maximização da riqueza como fundação ética do direito, reconhecendo que "se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta".[32]

Em recentes escritos, como já mencionado acima, Posner também reconheceu suas falhas em imaginar um mercado autorregulável.[33] Contudo, em nosso Judiciário o discurso da eficiência como maximização da riqueza ainda segue, subterraneamente, sendo o condutor da política judiciária e, consequentemente, da prática jurídica. A eficiência, como é o meio de promover tal maximização, termina por funcionar como um metaprincípio, na abertura dos pré-juízos, com cunho ideológico,[34] a condicionar a operacionalização da hermenêutica e, consequentemente, da concretização do direito. Esvazia-se do discurso jurídico a referência primordial à Constituição, gerando o que Lenio Streck chama de "baixa constitucionalidade".[35] O direito passa a

30. SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (org.). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. I, p. 284-325.

31. Idem, p. 294.

32. POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 503.

33. POSNER, Richard A. On the Receipt of the Ronald H. Coase Medal: Uncertainty, the Economic Crisis, and the Future of Law and Economics. *American Law & Economics Review*, vol. 12, Issue 2, p. 268.

34. A compreensão, como diz Heidegger, é um existencial. E uma existência inautêntica, pois que condicionada pela força dos interesses hegemônicos que escondem uma relação desigual de poder mantida pela ideologia que subjaz o eficienticismo, servirá à razão instrumental, com vistas a obscurecer a compreensão da Constituição e do seu catálogo de direitos fundamentais. Jogada na passividade, uma massa considerável do corpo da magistratura deixa de cumprir seu mister de guardião da normatividade (entendida, aqui, como constrangimento epistemológico do texto, de modo a gerar uma norma constitucionalmente válida) (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. Parte I*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 228).

35. Com efeito, a necessidade de desvelamento é destacada por Lenio Streck: "Deste acobertamento/entulhamento provocado pelo sentido comum (*habitus*) decorre – e

existir a partir da eficiência como meio e da maximização da riqueza enquanto fim.[36]

O *Law and Economics* usa o discurso de ser um ramo do conhecimento multidisciplinar e ideologicamente neutro e de que o direito e a economia têm estruturas similares, sendo possível uma leitura do direito a partir da economia. Mas não há como compatibilizar uma interação com o direito sem ser invasiva se, no ponto de partida, estiver a "eficiência" sob o prisma econômico. A análise econômica do direito – AED – surge, portanto, como a faceta jurídica do pensamento econômico, com o fim de expressá-lo na ordem da Lei.

À parte do reconhecimento da falibilidade da AED por Posner, temos que entender que suas ideias foram moldadas em um *a priori* muito diverso do nosso, não só em termos jurídicos (*common law* de um lado, romano-germânico do outro), como também políticos, econômicos e sociais. Por isso, o sentido de "eficiência" a ser transposto ao direito como "princípio constitucional da eficiência" aqui precisa ser outro. No direito, nem sempre o que é mais "eficiente" é o mais adequado normativamente.[37]

O eficienticismo posneriano caiu por terra. Para muitos, ainda assim, nem mesmo uma crise planetária mostrou o óbvio: vira catástrofe qualquer ramo da atividade social sem regulamentação.

Um trocadilho com o que disse certa vez Milton Friedman se tornou tentador: o direito é importante demais para ficar nas mãos de economistas. O direito é instrumento de legitimação, na medida em que insere o elemento democrático da legislação no funcionamento das instituições sociais. Insere considerações humanistas e sociais ao empirismo matemático.

---

não é muito difícil perceber isto – a perda do substrato social do direito – ou, se se quiser, da sua função social. Esta perda deve ser debitada na conta da 'baixa constitucionalidade', que, dentre outros fatores, decorre da não recepção dos novos paradigmas jurídico-constitucionais, bem como da falta de compreensão acerca da evolução da teoria do Estado (condição de possibilidade para a teoria da Constituição)" (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 359).

36. Segundo Bruno Salama, Posner usa "maximização da riqueza" e "eficiência" indistintamente (SALAMA, op. cit., p. 294).

37. Por exemplo, as práticas da Alemanha nazista em matar e cremar os prisioneiros dos campos de concentração mediante a utilização de câmaras de gás e fornos foi uma medida eficiente. Isto significa dizer que a eficiência tomada por si só não é aceitável. Vira utilitarismo.

6. AINDA SOBRE A EFICIÊNCIA

Em um estudo crítico sobre a invasão do direito pelo discurso econômico, Alexandre Morais da Rosa assevera que a resistência não pode se dar aceitando-se trabalhar sob os princípios da economia, sob pena de violação da autonomia do direito.[38] Isso porque, sob o ponto de vista econômico, as decisões jurídicas podem ser antieconômicas, em especial as que reafirmem o Estado do Bem-Estar Social, pois geram um custo elevado, contrariando a "maximização da riqueza".

E o que passa a ser o interesse público sob o prisma econômico? Segundo Alexandre Rosa, é a manutenção da ordem espontânea representada pelo mercado. Veda-se qualquer pretensão finalística, dentre elas a justiça social. O código com que trabalha a lógica economicista é o matemático e a relação a ser considerada é a do custo/benefício. Para Alexandre Rosa, cria-se um novo princípio jurídico, o "do melhor interesse do mercado".[39] Refundam-se os alicerces do pensamento jurídico, mas não sem prejuízos democráticos.

A baixa constitucionalidade torna o terreno fértil para que o fundamento da práxis jurídica deixe a normatividade e passe para a utilidade,[40] como ferramenta para a proteção da liberdade econômica e da propriedade.

7. A CRISE ESTRUTURAL DO JUDICIÁRIO E A RAZÃO INSTRUMENTAL

Há que se reconhecer, segundo alerta de Jânia Saldanha,[41] que o direito processual brasileiro, de matiz romano-germânica, envelheceu, uma vez que se perdeu, principalmente, no individualismo e no formalismo, e se reduziu à instrumentalidade. Com a constitucionalização dos direitos fundamentais, fenômeno que no Brasil efetivamente ocorreu com o advento da Carta de 1988,

38. ROSA; LINHARES, op. cit., p. 9.

39. Idem, p. 51.

40. Nada mais eficiente que um juiz inquisidor. O juiz "combatente da criminalidade". Afinal, imagina-se parte do esforço concentrado da política de segurança pública. Despe a toga e calça a botina. "Corrige" a falta de eficiência dos meios de investigação por meio de posturas persecutórias do propalado princípio "verdade real", cujo fundamento constitucional até hoje não foi encontrado, senão na busca da eficiência ou em outras posturas menos democráticas. Uma busca pela justificativa de uma convicção *a priori*, afinal, como se diz no jargão policial, não está ali por acaso. O resultado é de fácil previsão: quem procura, acha.

41. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 6, p. 75-100.

abriu-se um fosso separando a normatividade da realidade social.[42] Os direitos fundamentais que nos países centrais foram fruto de um processo histórico de décadas a séculos (nisso reside a explicação de se falar em direitos de primeira, segunda e terceira "gerações"), aqui foram reconhecidos em um único ato, no que Boaventura de Sousa Santos chamou de "curto-circuito histórico".[43] Direitos reconhecidos sem o respaldo de políticas públicas que os respaldassem. Resultado: o Judiciário virou a pretensa ponte tentando ligar esses dois espaços: o jurídico-programático e o pragmático-econômico. Terminou alçado a uma condição de protagonista. E ao mesmo tempo em que triunfa, o Judiciário falha: a demanda é grade demais. E vem, então, sua ineficácia.[44]

O enfraquecimento dos Judiciários frente às populações dos respectivos países tornou fácil a conversão da jurisdição em instrumento – razão instrumental – nas mãos dos interesses do mercado, o que se deu através do discurso da eficiência como baluarte para a "salvação" do nosso sistema jurídico.

Tomamos aqui "razão instrumental" no sentido moldado por Max Horkheimer. A razão, que deveria possibilitar a civilização do homem em face do seu conteúdo objetivo, material, quando instrumentalizada, é preenchida pelo subjetivismo dos detentores do poder. A instrumentalização transforma a razão em mera técnica, como meio que permite a obtenção dos fins. Sem ética, a razão culmina em um instrumento de dominação, de exploração da natureza e dos seres humanos. E o avanço progressivo da técnica vem acompanhado de um processo de desumanização cada vez melhor orquestrado.[45] Uma racionalidade instrumentalizada gera uma sociedade paradoxal, em que "frente

42. Idem, p. 76.

43. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2008. p. 20. Desde já adiantamos que isso não quer dizer que tais direitos não devam ser exigidos ou que defendamos um processo paulatino de reconhecimento. Os estamentos vão sempre buscar ou a sonegação ou a protelação de conquistas sociais para manter seus privilégios, como foi a política da época de ditadura militar de "crescer o bolo para depois reparti-lo". A teoria da "reserva do possível", sempre que o "possível" implique redistribuição de renda ou futuro aumento de impostos a quem pode pagar, está aí para isso mesmo. Por falar em possibilidade, passados quase 25 anos da Constituição Federal, por onde anda o projeto de lei complementar que institui o imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, da CF)?

44. SALDANHA, op. cit., p. 82-83.

45. HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Trad. ao espanhol por H. A. Murena e D. J. Vogelmann. Buenos Aires: Sur, 1973. p. 12.

à morte por inanição que domina vastas áreas do mundo, deixa sem uso parte de seu maquinário, dá às costas a muitas invenções importantes e dedica muitas horas de trabalho a uma propaganda imbecil e a produção de instrumentos de destruição, uma sociedade que possui tal luxo fez do utilitarismo seu evangelho".[46] Correta, assim, a observação de Jânia Saldanha de que é uma quimera imaginar que a jurisdição é isenta e distante dos influxos das forças políticas e econômicas.[47]

O Banco Mundial produziu, em 1996, o Documento Técnico 319, cujo título era "O setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos da reforma".[48] Esse documento apregoou como objetivo dos esforços de reforma a promoção do desenvolvimento econômico. A reforma do Judiciário seria parte do processo de redefinição do Estado e de sua relação com a sociedade, e o desenvolvimento econômico não poderia continuar sem a efetiva aplicação, definição e interpretação dos direitos de propriedade. A reforma do Judiciário visaria, sob a ótica do Banco Mundial, aumentar a eficiência e a equidade na resolução de litígios, através da melhoria do acesso à Justiça que não seria, até então, exercida de maneira racional, com vistas a promover o desenvolvimento do setor privado.[49] O Documento 319, nesse ponto demonstra uma preocupação secundária com as demandas coletivas. Afinal, seu desiderato é a proteção do patrimônio, dos lucros e dos direitos autorais. Enfim, dos direitos predominantemente oriundos dos Estados centrais. Do "mercado". O Documento Técnico 319 constrói uma falácia causal, na medida em que pensa a defesa dos interesses do setor privado como meio de aliviar as injustiças sociais.

Acentuava que o *desenvolvimento econômico* não poderia continuar sem efetiva proteção dos direitos de propriedade. A reforma do Judiciário visaria aumentar a *eficiência* e a *equidade* na resolução de litígios, melhorando o acesso à Justiça de uma maneira que seria mais racional, segundo ela, com vistas a promover o *desenvolvimento do setor privado*.[50]

Programas de reforma do sistema Judiciário deveriam se concentrar na formação dos juízes e, mais importante, no convencimento dos juízes atuais. As

46. Idem, p. 152.

47. SALDANHA, op. cit., p. 89.

48. Na verdade, o documento foi fruto do trabalho de uma equipe comandada por Maria Dakolias, executiva do "Setor Judiciário da Divisão do Setor Privado e Público de Modernização" do Word Bank (DAKOLIAS, Maria. *The judicial sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform*. Washington: Word Bank, 1996).

49. Idem, p. XI.

50. Idem, p. 6.

reformas então em curso só seriam, pela ótica do Banco Mundial, bem sucedidas se os juízes estivessem convencidos da necessidade dela.[51] Se comprassem a ideia tão bem vendida.

É sempre um risco o diálogo do direito, que trata da normatividade, através de números. Cai-se na armadilha do *Law and Economics* de se raciocinar por uma ótica utilitarista, retirando a autonomia do direito, como já salientado. Sendo assim, precisamos ter cuidado na abordagem de números e estatísticas. Antes de buscarmos ser mais "eficientes" na caminhada, precisamos saber para onde esse discurso quer nos levar. É o que veremos a seguir.

8. O JUDICIÁRIO COMO CORPORAÇÃO

Como reflexo do neoliberalismo na América Latina, concebido e executado através do "Consenso de Washington" e do Documento Técnico 319 do Banco Mundial, houve a importação da ideia de Judiciário enquanto corporação. Um Judiciário que fala a língua do mundo dos negócios e em uma época de predomínio do capitalismo financeiro. O Judiciário desce para o palco das grandes corporações, típicas representantes econômicas desse capitalismo financeiro e ultranacional,[52] regidas por um significante primordial que é o do *aumento da riqueza*, do qual deriva a eficiência como meio para esse fim. Se o aumento da riqueza é a *direção* a se tomar, a eficiência se tornou o seu *vetor*. Torna-se sinônimo do que é moderno, útil e indispensável. Torna-se um conceito performático. Basta-se. É o dogma.

O Poder Público passou a ser mais um território conquistado. E o mercado, a eminência parda do Judiciário. A mão invisível, o seu fundamento teológico de fé (no deus mercado).[53]

Ao Judiciário assumir a eficiência como norte de sua atuação, ocorre, com isso, um profundo comprometimento com a visão de mundo que a referida ideia traz consigo. A assunção pelo Judiciário do discurso da corporação o insere no mesmo palmilhar. A assunção do discurso leva à prática. Toda a cadeia de significantes, deflui para dar vazão ao fim perseguido: a eficiência. Por ser um conceito não jurídico, mas advindo da economia e da administração privada, sua importação, por assim dizer, precisa sofrer fortes constrangimentos

51. Idem, p. 60.

52. Que somente há pouco teve suas entranhas reveladas por uma crise econômica sem precedentes por ele mesmo causada.

53. ROSA; LINHARES, op. cit., p. 11.

epistemológicos. E, no âmbito da Justiça Criminal e do processo penal, como estamos a lidar com a liberdade do ser humano, os prejuízos se tornam muito caros ao regime democrático e aos direitos fundamentais.

A palavra "eficiência", há que se reconhecer, tornou-se a pedra de toque do discurso da cúpula do Judiciário. Aplausos aos "eficientes", mas não se, para isso, tiverem que despir a toga para se tornarem, finalmente, "administradores", gerentes de um entreposto judiciário. Esses "operários do direito", no seu sentido maquinal e autômato, agem a serviço da matriz, que lhes manda, por meio de enunciados, as diretrizes e os limites epistemológicos. Adequação da decisão à Constituição? Isso não lhes pertence mais!

Sintoma disso foi a publicação de uma resolução do CNJ estabelecendo como critério para promoção, "o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores".[54] Não fosse isso, vez ou outra surgem críticas ao "independentismo" da magistratura de 1.º grau, como se ter uma postura independente e crítica fosse algo reprovável.[55] Mas o juiz não é independente, é verdade. Ele tem um senhor: a Constituição.

9. QUEM SERIAM OS CLIENTES DO JUDICIÁRIO COMO CORPORAÇÃO?

Os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública são não só importantes. São essenciais a uma boa administração,[56] em especial os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (incluindo aí a transparência) e eficiência. O que nos preocupa, aqui, é a importação de um ideário de eficiência exacerbado e estranho à nossa realidade política, econômica e, principalmente, social, o que desequilibra e deturpa o sistema principiológico constitucional. Damos a isso o nome de "eficienticismo". Isto porque o re-

54. Recebemos com surpresa e preocupação a Res. CNJ 106, que trata do estabelecimento de critérios para a promoção, remoção e acesso de magistrados por merecimento, uma vez que assim prescreveu: "Art. 5.º Na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração: (...) *e)* o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores" (SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena. *RT* 908/238.

55. FARIA, Tiago. Mendes critica partidarização do servidor público. *Folha de S. Paulo*. Política. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u473694.shtml]. Acesso em: 20.07.2012.

56. Um estudo pátrio bem elaborado acerca da boa administração: FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

gramento público não pode ser igual ao privado. Seus atributos são diversos: distribuir e não concentrar, incluir e não excluir, acolher e não concorrer.

Na empresa privada, a finalidade é gerar o maior lucro possível para o proprietário e/ou acionistas, como já explicou Milton Friedman. E no âmbito público brasileiro, não é difícil perceber quem serão os beneficiários. A história nos ensina que os estamentos tupiniquins – formados por um grupo que vem se mantendo no poder e usufruindo dele – não perderão a oportunidade de sequestrarem para si os frutos da eficiência. Portanto, o discurso que transporta para o setor público a eficiência entendida nos moldes do *law and economics* gera violência, na medida em que serve à liberdade econômica dos detentores do capital especulativo e aos membros do estamento.

10. O PROCESSO PENAL (D)EFICIENTE

Precisamos avaliar em que medida o princípio constitucional da eficiência deve ser lido dentro do plano do direito público e, em especial, no Poder Judiciário em sua missão de exercer a jurisdição. Tendo em vista a amplitude do objeto e buscando melhor adequá-lo ao espaço desse escrito, faremos um recorte para entender seus contornos e seus efeitos dentro do processo penal brasileiro.

O princípio da eficiência não adveio com a EC 19/1998. Já existia em nossa Carta, no art. 74, II, da CF, como parâmetro de avaliação dos resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como na aplicação de recursos públicos. Da mesma forma, foi previsto no Dec.-lei 200, de 25.02.1967. Na verdade, o impacto que a nova redação do art. 37 da CF trouxe, com a inclusão da eficiência, adveio da conjuntura neoliberal que a cercou, assumindo ares de metaprincípio. E é esse o ponto que atacamos.

Se na órbita privada a eficiência denota a competência para se produzir com um mínimo de recursos e esforço, e a efetividade é a capacidade de promover os resultados pretendidos, na órbita pública suas leituras precisam ser submetidas aos princípios constitucionais que conformam o Estado Democrático de Direito, conduzindo a resultados diversos do que ocorreria na esfera privada.

A eficiência na Administração Pública, enquanto atividade de prestação de serviços públicos – balizados pelas políticas públicas –, visa possibilitar, da melhor maneira possível, a efetivação de direitos. Jamais para sonegá-los com base em critérios econômicos. Isto porque a eficiência não é um fim em si mesma. É meio. A prestação da jurisdição precisa ser, isto sim, efetiva. E para que a efetividade se dê, há outros princípios que jamais podem ser desconsi-

derados na hora em que qualquer agente público ou político atua (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade etc.). E em se tratando de atividade jurisdicional, torna-se ainda mais relevante a observância dos demais princípios, uma vez que há direitos fundamentais em jogo.

Há, ainda, um conteúdo ideológico subjacente a toda essa discussão. Não nos enganemos, pois por trás deste manto de defesa da eficiência a todo custo, existe, sim, uma política alheia aos direitos fundamentais que, em última análise, vencidas todas as falácias que a sustentam, descerrada a sua máscara, torna-se confessadamente partidária do movimento neoliberal.[57]

Justiça que age assim não é justiça constitucional, pois toda decisão judicial tem que ter sua âncora na normatividade, considerando a Constituição Federal no vértice superior da pirâmide. Pode até ser aplicadora de eficiência e de maximização de riqueza, mas não do direito. E Justiça que não aplica o direito o que é, realmente?

A preocupação se justifica na medida em que os "operadores jurídicos" do receituário neoliberal põem a eficiência como significante primeiro. Isso porque o significante primeiro é estratégico: como está na base, na formação dos pré-juízos (no sentido linguístico-gadameriano de pré-concepções do juiz), condicionará a interpretação dos textos jurídicos. Condicionará toda a visão de mundo e, por conseguinte, a condução, pelo juiz, dos atos do processo e a (des)consideração dos direitos fundamentais na geração da norma para o caso concreto. O significante inicial, como preconceito, no sentido gadameriano,[58]

---

57. Na esfera do processo penal, o neoliberalismo se expressa pelo movimento da lei e da ordem. Vide: SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. As duas faces da política criminal contemporânea. *RT* 750/461-471.

58. Diz Gadamer: "Uma análise da história do conceito mostra que é somente no *Aufklärung* (iluminismo) que o conceito do preconceito recebeu o matiz negativo que agora possui. Em si mesmo, 'preconceito' (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. (...) 'Preconceito' não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente. É claro que o parentesco com o *praejudicium* latino torna-se operante nesse fato, de tal modo que, na palavra, junto ao matiz negativo, pode haver também um matiz positivo. Existem *préjugés légitimes*. Isso encontra-se muito distante de nosso atual tato linguístico. A palavra alemã Vorurteil (preconceito) – da mesma forma que a francesa *préjugé*, mas ainda mais pregnantemente – parece ter-se restringido, pelo *Aufklärung* e sua crítica religiosa, ao significado de 'juízo não fundamentado'" (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Bragança Paulista: Vozes, 1999. p. 406-407).

fixa limites na compreensão, interferindo na interpretação dos textos jurídicos. Direciona a postura judicial na prática forense, de modo a reafirmá-lo.

Mas como sair desse círculo vicioso em que a normatividade é interditada pela eficiência? É o que veremos a seguir.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A RESSIGNIFICAÇÃO DA EFICIÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mas antes de concluirmos, e de tanto ouvirmos se falar em eficiência no Judiciário, precisamos, de antemão, fazer uma distinção entre três significantes inter-relacionados e que jamais podem ser vistos separadamente: *eficiência*, *eficácia* e *efetividade*. A *eficiência* é a medida da utilização racional dos recursos disponíveis. *Eficácia* é a capacidade de realizar os objetivos pretendidos.[59] Observe-se que a eficiência se refere aos meios e a eficácia aos fins. A *eficácia* é o resultado da racional utilização dos meios para que os fins sejam atingidos.

Em um Estado Democrático de Direito não se admite, sob a ótica dos direitos fundamentais e, em especial, sob o princípio da isonomia, entender que uma pessoa vale mais do que outra. Aliás, coisas tem valor. Maior ou menor. E há coisas que sequer algum valor possuem. Mas gente não. Gente é diferente. Gente tem dignidade. E dignidade não tem preço.

A eficiência é meio e nunca se justifica em si mesma. Se a "liberdade econômica" é o pretexto da razão instrumental para oprimir e violentar, fluida como o conceito de justiça,[60] a eficiência é o que se põe no lugar do vazio ético do neoliberalismo. Tomada em seu aspecto individual e como um valor absoluto, retifica-se, então. Uma liberdade que é o engodo para encobrir a desigualdade. Uma liberdade excludente, que só se prende a uma coisa: o que é do dono a ele mesmo.

A visão economicista que subjaz à eficiência corporativa importada pelo Judiciário neoliberalizado, e o utilitarismo subsequente, esvaziam moralmente o direito. Tiram o humano do seu centro de atenção. E isso é muito perigoso quando estamos a julgar pessoas. Números são abstratos. Pessoas são concretas. Números se somam, dividem-se, multiplicam-se, subtraem-se. Pessoas

59. OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Planejamento estratégico: conceitos, metodologia, práticas*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7-8.

60. Se formos fazer uma pesquisa no livro Mein Kapf, de Adolf Hitler, ele utilizou nada menos que 71 vezes as palavras "justiça" ou "injustiça", 12 vezes "justo" ou "injusto" e 10 vezes a palavra "justeza" (HITLER, Adolf. *Minha luta*. São Paulo: Centauro, 2001).

anseiam, angustiam-se, esperam, sonham e sofrem. O processo penal é sempre um sofrimento tanto para o acusado, quanto para a vítima.

De bom alvitre, nessa altura, o alerta Lenio Streck:

"Paradoxalmente, depois dessa revolução copernicana representada pelo acentuado grau de autonomia do direito conquistado no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma crescente perda dessa característica, o que pode ser interpretado simbolicamente nesses tempos difíceis de pós-positivismo, a partir das diversas teses que apostam na análise econômica do direito, no interior das quais as regras e os princípios jurídico-constitucionais só têm sentido funcionalmente. Ou seja, em uma dimensão absolutamente pragmática, o direito não possui 'DNA'."[61]

Portanto, na esfera do Judiciário, a eficiência sofre fortes constrangimentos – a saber, sua compatibilidade com a Constituição. A racionalidade da eficiência deixa de ser a mera relação de meio e fim (a eficácia). Isto é, entre os meios empregados e o fim de todo ato público existe a necessidade de obediência à constitucionalidade. Não se pode defender meio ou fim inconstitucional. É a *efetividade* constitucional balizando os limites da eficiência e da eficácia. Isto é, realizando a adequação entre as decisões judiciais e a normatividade.

Quando o Judiciário atua, o significante primordial tem que ser a efetividade constitucional – entendida esta como a perfeita adequação à nossa Carta Política, que contém direitos e objetivos fundamentais expressos em regras e princípios. Senão, o Judiciário vira mais uma corporação no mercado, em que os mais fortes imperam, dominam, massacram e destroem. E o direito, ao invés de emancipador, torna-se o substrato jurídico da opressão.

Diante da inevitável adoção de um significante primeiro, considerando ser este a efetividade constitucional, dela derivam, na esfera criminal, os direitos fundamentais correlatos: dignidade da pessoa humana, legalidade, devido processo legal, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, *favor rei*, ampla defesa, contraditório e todos os correlatos sistema acusatório.

Como bem destacado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,[62] é preciso estar alerta para o câmbio epistemológico fundado por Hayek – que pôs o eficienticismo das ações como modo de se pensar e agir o direito. Não podemos cair na armadilha retórica do neoliberalismo, expressa pelo significante efici-

61. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

62. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 30/168.

ência. O Judiciário deve sempre ser uma garantia constitucional do cidadão e não do mercado. E diria mais: a Jurisdição não é outra coisa senão a expressão da normatividade constitucional, fundada no respeito aos direitos fundamentais e aos preceitos de uma Constituição transformadora da realidade social, para cumprir os objetivos nela inscritos, em especial os que constam no art. 3.º da Carta.[63] Antes de ser eficiente, a Jurisdição precisa ser efetiva.

Assim, a fundamentação das prisões precisa ser sempre concreta. O risco abstrato de fuga não justifica o encarceramento sob a alegação de procrastinação do processo. A prática até comum de produzir provas sob o risco abstrato de perecimento não se justifica sem um fundamento concreto. Iniciar-se a audiência sem a presença do acusado preso porque não houve como a polícia trazê-lo – para não adiá-la –, não se justifica constitucionalmente, haja vista o ferimento do princípio constitucional da ampla defesa. A alegação de que a defesa deficiente é nulidade sanável é inconstitucional. Se for deficiente, não cumpriu o princípio da ampla defesa, devendo ocorrer a nulidade do ato, ainda que retarde o processo. Não intimar posteriormente o alvo de interceptação telefônica inexitosa, sob o argumento de que gera custos com papel e postagem ou que prejudicaria futuras investigações não é argumento legítimo, constitucionalmente falando. Houve o ferimento de um direito constitucional. O indivíduo precisa saber que teve sua intimidade devassada, sob pena de assumir o magistrado postura inquiridora, de violar a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência. Não se pode renovar indefinidamente a interceptação telefônica, sob um mesmo fundamento. Há constrangimentos semânticos a serem observados, em razão do disposto no art. 5.º da Lei 9.296/1996, que prevê prazo de 15 dias, renovável apenas uma vez. Não se está, aqui, tentado tornar uma investigação menos eficiente, mas a normatividade precisa ser respeitada. Conduzir o juiz a colheita dos depoimentos orais, sob o argumento de que é mais rápido viola o devido processo legal e o sistema acusatório. Fundamentação baseada em ementas de precedentes, sem a averiguação das peculiaridades e da pertinência entre os fatos que embasaram a ementa, a própria ementa e o caso que deu origem a ela, o que fere o art. 93, IX, da CF. Julgamento por

63. "Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

adesão a uma das teses, sem abordar a outra (*confirmation bias*)[64] para decidir mais rápido, violando o princípio do contraditório.

Por ser o princípio da eficiência, na atividade jurisdicional, um princípio-meio e não fim, assim, por exemplo, deve-se evitar ao máximo o reaprazamento de audiências não porque isso fere a eficiência, mas porque as pessoas que se deslocam ao fórum (réus, vítimas, testemunhas ou familiares e amigos), merecem tratamento digno e porque, não raras vezes, algumas delas tiveram que escolher entre usar o dinheiro para tomar o ônibus para vir à audiência ou comprar o pão do café da manhã. Sob a mesma ótica da dignidade da pessoa humana, o processo deve ser ágil não porque precisa ser eficiente, mas porque o acusado merece uma decisão em tempo razoável para por fim ao martírio da incerteza de se estar réu e também porque a vítima merece ser respeitada a tratada com a atenção devida. Enfim, ter sua dignidade também considerada. Ambos são gente e não meras estatísticas.

Da mesma forma, o juiz pode até deixar pré-formatado o relatório da sentença, logo antes da audiência de instrução e julgamento. Isso é ser eficiente. Mas estará ferindo a dignidade da pessoa humana (e o contraditório e a ampla defesa) se já deixar previamente pronta a sentença condenatória, faltando somente a aplicação da pena ou firmar um juízo de valor (ou mais grave, terminar de redigir a fundamentação) quando sequer a defesa acabou de falar em suas alegações finais, por mais que a condenação seja regra e a absolvição exceção na seara penal. Isso porque é preciso o juiz ter abertura para eventuais questões apresentadas pela defesa e surgidas nas suas últimas palavras. Ouvir é respeitar.

Pela ótica da eficiência se sustentaria a legalidade do flagrante obtido após a entrada ilegal em uma casa, se foi encontrada arma ilegal ou drogas. Pela ótica utilitarista, seria até eficiente tal resultado, uma vez que o fim perseguido foi alcançado com a entrada na casa, ainda que não existisse o conhecimento do flagrante antes do ingresso no imóvel. Mas sob a ótica da constitucional inviolabilidade do lar, jamais se deve admitir.

O Judiciário tem sido acusado de lentidão. Como ficou demonstrado, cada sociedade possui a litigiosidade que produz e merece. O pêndulo foi para um ex-

64. Trata-se da prática do julgador se apegar a uma opinião preconcebida a respeito do caso e apenas confirmá-lo por meio de posicionamentos doutrinários ou jurisprudenciais, negando ou descartando de antemão qualquer tese em contrário (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 123).

tremo perigoso. O Judiciário não pode querer dar conta da demanda pisoteando exatamente o fim a que se destina: ser guardião da Constituição. Senão, cairemos em um perigoso paradoxo: quem nos protegerá do Judiciário eficiente?

12. BIBLIOGRAFIA

BAKAN, Joel. *A corporação: a busca patológica por lucro e poder*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito Editorial, 2008.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp 2004.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n. 30. p. 163-198. Curitiba: UFPR, 1998.

DAKOLIAS, Maria. *The judicial sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform*. Washington: Word Bank, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FARIA, Tiago. Mendes critica partidarização do servidor público. *Folha de S. Paulo*. Cad. Política. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u473694.shtml]. Acesso em: 20.07.2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Perfecto Andrés et al. Madri: Trotta, 2001.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. *The New York Times Magazine*. September 13, 1970. Disponível em: [www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html]. Acesso em: 01.08.2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Bragança Paulista: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. Parte I*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HITLER, Adolf. *Minha luta*. São Paulo: Centauro, 2001

HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Trad. ao espanhol por H. A. Murena e D. J. Vogelmann. Buenos Aires: Sur, 1973.

LIMBERGER, Têmis. As novas tecnologias e a transparência na Administração Pública: uma alternativa eficaz na crise dos controles clássicos do Estado, a fim de viabilizar a concretização de direitos. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. n. 3. p. 203-218. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Planejamento estratégico: conceitos, metodologia, práticas*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. On the Receipt of the Ronald H. Coase Medal: Uncertainty, the Economic Crisis, and the Future of Law and Economics. *American Law & Economics Review*. vol. 12. Issue 2. p. 265-279. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. *The crisis of capitalist democracy*. Cambridge/Massachusetts/Londres: Harvard University Press, 2010.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (org.). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. I.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. n. 6. p. 75-100. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena. *Revista dos Tribunais*. vol. 908. p. 233-262. São Paulo: Ed. RT, jun. 2011.

_____. As duas faces da política criminal contemporânea. *Revista dos Tribunais*. vol. 750. p. 461-471. São Paulo: Ed. RT, abr. 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2008.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *Globalização: como dar certo*. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THE CORPORATION. Produção de Mark Achbar e Bart Simpson. Direção de Mark Achbar e Jennifer Abbott. Escrito por Joel Bakan. Canadá, 2003. 1 DVD (145 min).

WILLIAMSON, John. *Did the Washington Consensus Fail?* Washington: Peterson Institute for International Economics, 2002. Disponível em: [www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=488]. Acesso em: 16.07.2012.

ZELEZA, Paul Tiyambe. Conhecimento, globalização e hegemonia: produção do conhecimento no século XXI. In: UNESCO. *Sociedade do Conhecimento X Economia do Conhecimento: conhecimento, poder e política*. Brasília: Unesco-Sesi, 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade", de Selma Pereira de Santana – *RBCCrim* 52/250;
- Eficácia processual e eficiência do direito, de Marcos Afonso Borges – *RePro* 75/157;
- Eficiência: um imperativo para o Poder Judiciário, de Roy Reis Friede – *RePro* 68/59; e
- Eficiência processual: algumas questões, de Dierle José Coelho Nunes e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia – *RePro* 169/116.

63439

1 ARE ALTERNATIVE SANCTIONS AN EFFECTIVE *CIVIL REMEDY* TO OVERCROWDING PRISON POPULATION IN BRAZIL?

São as penas alternativas um remédio civil *eficaz à superpopulação carcerária no Brasil?*

MARCELO BERDET

Mestre em Pesquisa Social pela Goldsmith University of London (2008). Especialista em Sociologia pela UFRGS (1996). Graduado em Ciências Sociais pela UFRGS (1993). Doutorando em Sociologia na UnB (2011). Desenvolveu atividades no Departamento de Políticas, Programas e Projetos no Ministério da Justiça no campo da segurança pública como sociólogo (2012). Pesquisador do Grupo Candango de Criminologia na Faculdade de Direito da UnB.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: As penas alternativas apresentaram-se como um melhor modo de punição e resposta à superlotação das prisões, e também como uma tecnologia penal que reforça o controle social e particularmente do desviante. No Brasil as penas alternativas estão fundadas, teoricamente, com base no pressuposto do "direito penal mínimo", que busca a redução de comportamentos menos ofensivosconsiderados penalizáveis, e penalizando os mais ofensivos. Apesar de todos os esforços sob a dimensão normativa da Lei n. 9.714, que criou o arcabouço legal das penas alternativas, a prisão permanece como a principal sanção penal no país. As penas alternativas não demostraram ainda sinais de redução da

ABSTRACT: *Alternative sanctions* have presented themselves as a better way of punishment and answer to overcrowding prison populations, and also as a new penal technology to enhance social control and tackle deviance. In Brazil *alternative sanctions* are theoretically based on the rationale of the *minimal law* approach, which pursues the decreasing of behaviours to be penalized, and penalizing those most damaging. Despite all efforts under the normative dimension of the Law no. 9.714, which created the *alternative sanctions* framework, the imprisonment remains the main penal sanction in the country. The *alternative sanctions* have not shown signs of

população prisional. Por outro lado, as penas alternativas introduziram novas práticas de controle do desvio e do comportamento.

PALAVRAS-CHAVE: Penas alternativas - Superpopulação prisional - Justiça criminal - Política criminal e controle social.

reducing prison population. On the other hand, *alternative sanctions* have introduced new practices of controlling deviance and behaviour.

KEYWORDS: Alternative sanctions - Overcrowding prison population - Criminal justice - Criminal policy and social control.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction - 2. Brief introduction on *alternative sanctions* abroad - 3. *Civil remedies* to control crime and behaviour - 4. *Alternative sanctions* in Brazil; 4.1 The *alternative sanctions* discourse; 4.2 The setting of *alternative sanctions*; 4.3 The paradigm; 4.4 The Public Policy; 4.5 A new mode of penal intervention - 5. The Brazilian scenario regarding prison population and *alternative sanctions*; 5.1 Methodological considerations; 5.2 Prison population figures - 6. The substitutes for prison - 7. Conclusion - 8. Bibliography.

1. INTRODUCTION

In recent decades it became clear that penal sanctions had been subjected to considerable volatility as well as crime reconfiguration, the real and perceived risks from crime, and therefore punishment. In this context there has been the acknowledgement of disagreements about the meanings, reasons, intentions and means of punishment. Why does the criminal justice system continue to apply harsh punishment, although it is demonstrating low efficacy in controlling behaviour? Are alternatives to prison an effective criminal punishment in the strict replacing of deprivation of freedom?

The prison, probation, therapeutic programmes and the non-custodial sanctions are reflective of a particular temporal model of criminal justice. Transformations of a utilitarian approach to a retributivist one, or otherwise, a vision for rehabilitation therapy replaced for the prevention and risk management are temporal changes in attitudes and beliefs. However, punishment remains as the restoration of happiness in the community and exclusion of evil. The moral sense of the community continues to be used to achieve criminal justice goals, associated with the knowledge and resources of the behavioural sciences.

The studies of penal alternatives are incipient in Brazil, despite a growing sense of the theoretical challenge in exploring, interpretation and critique of Brazilian criminal thought. Thus, this paper seeks to examine the constitutive elements and environment of *alternatives sanctions,* and their diversity of devices designed to produce and reproduce the penal alternatives as a field within the criminal justice system. It addresses *alternative sanctions* actions, their particular vision of penal policy. Furthermore, this paper seeks to show

a panorama of the overall prison population in the country. Methodologically were used, empirical data and government statistics –, Penitentiary Information System (InfoPen) of the National Penitentiary Department/Ministry of Justice – also official documents (laws, reports, ordinances etc.) from penal institutions and the criminal justice system about the subject of study.

2. BRIEF INTRODUCTION ON *ALTERNATIVE SANCTIONS* ABROAD

Since the publication of the United Nations Standard Rules for Non-Custodial Measures[1] (the "Tokyo Rules") the *alternative sanctions* have been appraised as an effective form of legal punishment and one of the main strategies to reduce mass imprisonment. However, throughout the 1990s prison populations increased over the globe, and such a trend might be ascribed to judicial resistance to *alternative sanctions*, political and popular pressure for tougher sentences, and even mandatory minimum terms of custody.

The purpose of this section is to present a brief review of some experiences and different approaches carried out worldwide, which operated recently as a decarceration strategy. However, there is a considerable variation on the using of *alternatives* to imprisonment. In Finland 7% of penal sanctions involve imprisonment, 28% in New Zealand, 35% in Canada and 61% at the state level in the U.S.[2]

Freeman[3] reports a case in Australia, precisely in New South Wales, where the local criminal justice system had a twofold approached toward illicit drug users. The first perspective is primarily concerned with therapeutic outcomes for the individual. The second one is the protection of the community from offences committed by illicit drug users. This drug court model is used to bring together these two approaches by attending to the health needs of drug-addict offenders in order to change their drug-related offending pattern.

In a different setting, Immarigeon and Greene[4] describe how the State of Connecticut implemented a community-based treatment for mental illness

1. UN Document A/RES/45/110. Available online at: [www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm].
2. ROBERTS, J. *The Virtual Prison: Community Custody and the Evolution of Imprisonment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
3. FREEMAN, K. New South Wales Drug Court Evaluation: Health, Well-Being and Participant Satisfaction. *NSW Bureau of Crime Statistics and Research*, 2002.
4. IMMARIGEON, R.; GREENE, J. Diversion Works: How Connecticut Can Downsize Prisons, Improve Public Safety and Save Money with a Comprehensive Mental Health And

and drug addicted offenders instead of civil measures or criminal confinement. This community-based treatment includes counselling, substance abuse treatment, mental health services, supportive housing, vocational training and employment. Such approach is called "Justice Reinvestment," and the main idea is that the expenditure on imprisonment shall be reinvested into communities where prisoners return upon release.

Another example of the broader using of *alternative sanctions* is the introduction of a mandatory Supervised Attendance Order (SAO) in Ayr Sheriff Court and Glasgow District Court (both in Scotland). That is, in the event of fine defaulter (up to £500), the discretion to impose a custodial sanction was removed. In previous cases, offenders were summoned to appear at a Fines Inquiry Court, and most of the people were sentenced to imprisonment. The Supervised Attendance Orders were introduced to offer a community-based alternative to custody, and the common element is that an offender must attend any number of programmes at designated locations for a number of hours over a designated period. In addition, the offenders train and develop their employment skills.[5]

Finally, Jean-François Cauchie and Dan Kaminski[6] expose the gradual integration of community service in Belgian criminal law service through locally and additional penal tools – often termed *alternatives* – supposed to improve penal action by deviating the flows to the prison system or modifying the criminal law philosophy. The authors examine and highlight the community service, and how it works for the benefit of the community as a penal decision. The community service is identified as an *adjunction* as well as an *investment*. It is an *adjunction* because it is a way to toughen sentences (and alternative for the low-risk offenders), and an *investment* because community service become a goal of direct or symbolic reparation, which intends to embody that philosophy of punishment.

3. *CIVIL REMEDIES* TO CONTROL CRIME AND BEHAVIOUR

Following Killias and Villestaz since the mid-19th century there has been the development of penal sanctions based on non-custodial alternatives. The

---

Substance Abuse Approach. *A Better Way Foundation Report, Commissioned by the Drug Policy Alliance*. 2008.

5. SCOTTISH EXECUTIVE SOCIAL RESEARCH. *Evaluation of the Implementation of the Mandatory Supervised Attendance Order Pilot at Ayr Sheriff and Glasgow District Courts*. Blackwell's Bookshop, 2006.

6. CAUCHIE, J. F.; KAMINSKI, D. Theoretical Problematization of Penal Innovation: The Case of Community Service in Belgium. *Champ Pénal/Penal Field*, vol. IV, 2007.

paradox is that such movement "also stimulated long-term incarceration and even incapacitation for offenders considered as sufficiently 'sick' to warrant long-term 'cures' in confinement".[7]

The so called *alternative sanctions* have been discussed as a way of social control in order to tackle crime and deviance. Furthermore, *alternative sanctions* have become *legal arrangements* of formal social control, closely associated with the criminal justice system, as planned, specific, public, and oriented programmes tailored to specific individuals for their punishment or rehabilitation.

According to Anleu[8] the use of *civil remedies* to control criminal or anti-social behaviour has a long history.[9] What is new is the expansion and diversity of responses to deviance and certain admixture of civil and criminal sanctions. There are a range of matters previously dealt with by the conservative criminal justice, which now have been referred or delegated to *alternative sanctions* schemes, as alternative tribunals or local courts where there is a greater scope for mediation and negotiation. In fact, the decriminalization of some offences allowed the greater use of *alternative sanctions* schemes without criminal proceedings.

Also there has been the assumption that is more relevant and productive to regulate individual behaviour to achieve conformity, in order to increase the social control upon deviant activities. Such regulatory action encompasses criminal laws, as well as those who do not conform to social norms.

Thus, there has been an increasing use of *alternative sanctions* worldwide, as *civil remedies* for crime control purposes, in addition to higher input by victims and the community into the criminal justice process. These current developments do not replace state-centred social control, yet one might say they enhance social control. Hence, it is essential to gauge the conditions under which such new initiatives for social control emerge, and to examine the relationships, ideologies and practices of this mode of social control.

---

7. KILLIAS, M.; VILLETAZ, P. The effects of custodial vs. non-custodial sanctions on reoffending: Lessons from a systematic review. *Psicothema*. vol. 20, n. 1, p. 29-34, 2008.

8. ANLEU, R. L. S. The Role of Civil Sanctions in Social Control: A Social-Legal Examination. *Crime Prevention Studies*. vol. 9, p. 21-43, 1998.

9. Anleu emphasizes that compensation, restitution and apology had been incorporated into the criminal justice by replacing imprisonment and other criminal penalties in the past centuries.

The main idea of *alternative sanctions* is that punishment must bring out an individual response of the offender, in order to restore obligations and ties with the community. In other words, they are a new penal sanction style which prescribes normative life through compensatory, therapeutic and conciliatory statements of law abiding.

Furthermore, the broader movement of *alternative sanctions* might be *termed* decarceration and a new way to underpin formal social control through individual's responsibilities and obligations to the community. However, the increased use of *alternative sanctions* has a large role into the criminal justice as punishment.

4. *ALTERNATIVE SANCTIONS* IN BRAZIL

With the changes in the Brazilian Penal Code in 1984, the *alternative sanctions* were instituted as penal sanctions into the Execution of Penal Law (Law no. 7.210/1984). Such parameter established alternatives to imprisonment, called restricting rights penalties, as community service, curfew order[10] and temporary restriction of rights,[11] what was a landmark in relation to punishment in Brazil. Upon the ruling of the penal reform in 1984, *alternative sanctions* begun to be applied as substitutes when the sentence imposed was less than 1 year, and the defendant could not be a recidivist. However, the defendant's culpability, social background and conduct, and personality must be evaluated.

In 1998 a new Law (no. 9.714) extended the ruling of *alternative sanctions* upon not only those behaviours considered deviant or criminal, but also those similar inform and function.[12] As a result, previous inconsiderate individual behaviours begun to be considered in punishment, and eligible to *alternative sanctions*. Furthermore, the length of criminal sentences of deprivation of freedom allowed to be substituted by *alternative sanctions* was increased to 4 years. The logic remains, that is, *alternatives* to imprisonment guide the criminal justice in the search for conciliation or penal transaction, which always try to repair the damage by sentencing non-custodial sanctions. It means the introduction in Brazilian criminal justice of a mode of penal transaction

10. In Brazil called limitation on the weekend.

11. For instance, the denial of the right to vote or to concur for a position as civil servant.

12. In the capital city of one of the south eastern states in Brazil a street preacher was sentenced to *alternative sanction* due to his preaching. He was denounced of disorderly conduct by the traders of the city centre, and charged for public nuisance.

agreed between the prosecutor and the offender, which seek the application of *alternative sentences*.

It is important to mention that at the same time there have been moves towards tougher and lengthier sentences. This contradiction serves to disclose the two competing discourses in the setting. The first one emphasises transgression and tougher punishment, while the second one emphasises perceptive related to preserve community and family ties of those who fell into the criminal justice system.

4.1 *The* alternative sanctions *discourse*

The discourse of *alternative sanctions* supporters lies on the rationale of the proclaimed "*minimal law*" approach, proposed by Zaffaroni[13] and Baratta.[14] The purpose of "*minimal law*" approach might be abridged by limiting the orbit and intensity of penal justice. In other words, the "*minimal law*" approach pursues the decreasing of behaviours typified as *penalized*, and *penalizing* those behaviours whose has done most damage. There are yet two more composing elements of the *alternative sanctions discourse*. The first one is a kind of broader movement of *alternative sanctions* that might be termed as a response to overcrowding prison population. The second one might be termed as the development of penal sanctions upon the approach of better alternatives than imprisonment through the use of mediation, reparation and offender individual's responsibilities and obligations to the community.

The assumption of this paper is that *alternative sanctions* in Brazil carry with them an ambiguity in their functionality, since they establish a new penal methodology into the criminal justice, which aim to tackle the prison overcrowding population problem. Yet, confirming the "*minimal law*" theoretical account. Likewise for the civil society network[15] and some practitioners of the criminal justice, *alternative sanctions* seem to be more a recovering of citizens' rights, a *new grammar of social inclusion*.

13. ZAFFARONI, R. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

14. BARATA, A. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

15. The civil society network might be described as a social space, which embraces a diversity of actors and where the individuals do their *alternative sanctions* into the community. Then, doing *alternative sanctions* into the community implies the need for an institutional framework that proposes, supports and justifies the creation of a social support network territorialized within the city, responsible for monitoring and the surveillance of those doing *alternative sanctions*.

On the other hand, the sceptical one states that *alternative sanctions* enhance penal and social control on deviant behaviours and petty crime previously unattended.

Actually, that is the configuration of the political discourse of *alternative sanctions* in Brazil, sometimes emphasizing the punishment, and sometimes posing themselves as the guarantor of fundamental rights. Although, it is fair to affirm that the political discourse of *alternative sanctions* in Brazil stands on the "*minimal law*" approach and above all others as the solution to overcrowding prison population in the country.

4.2 *The setting of* alternative sanctions

The criminal justice setting with regard to *alternative sanctions* seems to be a combination of *forum* and *arena,* where by such *alternatives* arose as a new approach on the subject and purpose of criminal law and penal policies. Therefore, the criminal justice setting might be seen as a political field whereby the *alternative sanctions supporters* (practitioners and activists) assess their power of mobilization directly invested in order to attain political assets. Furthermore, through the discourse of solution to overcrowding prison population in the country they seek to ensure an effective position within the field of criminal policy. The power of their ideas is measured by the degree of mobilization of the *alternative sanctions cause* and the degree of persuasion. The strength of *alternative sanctions* has been enhanced along the years with the establishment of criminal policies, courts and public services on their basis.[16]

Those who support *alternative sanctions* have attempted to impose them as a sectorial paradigm within the criminal justice (and penal policy). Such paradigm works literally as a kind of *activism*, which the setting is the criminal justice system – as the compounding of *forum* and *arena.* According to Jobert[17] *forum* is the locus where bureaucrats and experts are the core agents and *arena* is the locus to prevail interest representatives, politics and strategic action and

16. In 1987 the country had a single court sentencing offenders to community service, in 2009 there has been reported over 20 courts and roughly 400 public services to enforce *alternative sanctions* as criminal policy. Available online at: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm].

17. JOBERT, B. Rhétorique politique, controverses scientifiques, et construction des normes institutionnelles: esquisse d'un parcours de recherche. In: FAURE, A. et al. *La construction du sens dans les politiques publiques.* Paris: L'Harmattan, 1995. p. 13-24.

considerations of political feasibility. Thus, *alternative sanctions* stand in the criminal justice setting as problem-solving action and technical and penal measures, wherefore operating to gather resources and strategic action to extending territory and rise of the courts and public services budget.

As previously stated, the criminal justice system must be understood as an institutionalised *forum*, governed by specific rules and dynamics, in which agents have discussions that affect criminal and penal policy. Within the *forum* of criminal justice system are produced ideas about policies, which might be reference to its identity, the interests of agents the power relations between them and mainly the type of rules governing the setting.

What are at stake with regard to *alternative sanctions* are the systems of discourses, representations, ideas and actions on criminal and penal policies. As any *cause*, a new idea or a new public agenda, *alternative sanctions* need to exercise their political communication in order to gain or to retain political power by building coalitions or devaluating their opponents. Furthermore, *alternative sanctions* need to produce a reference, a dominant paradigm to legitimate their actions. It seems crucial that *alternative sanctions* state a paradigm into the *arena*,[18] one to be the reference to the key activities to produce *alternative sanctions* for their own institutions and public policy itself. Such paradigm is defined as a result of the refusal of the prison model.

4.3 The paradigm

This paradigm is stated as a social and public action in order to tackle the overcrowding prison population crisis. Indeed, it is presented as a set of recipes which intend a new and better model for penal surveillance – the psychosocial[19] – capable of responding to prison overcrowding crisis. The emergence of *alternative sanctions* as a public policy meets the three dimensions modelled by Jobert:[20]

18. Idem.

19. It is a new configuration of "out-of-walls" penal monitoring, based on a psychosocial perspective, which seeks to strengthen the capacity of self-regulation of the individual through a series of interventions, using psychosocial technologies to fix or to conforme a behaviour and conduct in relation to legal and social norms (BERDET, M.; MATA, P., 2011). BERDET, M.; MATA, P. O monitoramento psicossocial nas penas e medidas alternativas (PMAS): uma tecnologia disciplinar. *RBCCrim* 91/313-342.

20. JOBERT, B. Représentations sociales, controverses et débats dans la conduite des politiques publiques. *Revue française de science politique*, vol. 42, n. 2, p. 219-234.

1) a cognitive dimension: interpretation of the causes and proposal of a resolution.

2) a normative dimension: defines the values that must ensure the resolution of problems.

3) an instrumental dimension: a paradigm that defines the principles of action, action-oriented knowledge and values.

The diversity of agents involved reinforces the importance of a paradigm within the *alternative sanctions forum-arena*. Groups and institutions act in order to converge or to compete towards public policy, which requires mobilisation of experts and implementers. The outcome of those opposing ideas depends on the attitudes and strategies of the groups benefited.

It requires methodologies and instruments of public policy, which are the vehicles to deliver the expected outcomes of a certain action. Furthermore, any kind of public policy establishes a form of institutionalisation of ideas – a *forum* – to stimulate the interface between producers of ideas, elected politicians and administrative elites. Such *forum* has a pivotal role in the introduction of ideas into the setting – the criminal justice system – and transforming them into applicable public policy. Then, in September of 2000, the National Programme to Support Alternative Sanctions was created by the Brazilian Ministry of Justice, in accordance to the guidelines of the National Council for Criminal and Penitentiary Policy (CNPCP).[21-22] Such programme was executed and managed by the National Programme to Support Alternative Sanctions and Monitoring on Alternative Sanctions and Measures (Cenapa).[23]

4.4 The Public Policy

The institutionalisation of *alternative sanctions* was an attempt to bring a new cognitive and normative framework within the penal system and the displacement of the prison model as the only penal response. The Cenapa was the *arena* where social and institutional agents converged and competed to build up *alternative sanctions* as public policy. Such new institutional framework worked in order to enforce and to establish the grounds for a new

21. In portuguese: CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

22. GOMES, G. L. R. *A trajetória da Central Nacional de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça*. Available online at: [www.lfg.com.br]. 28.07.2008.

23. In portuguese: Cenapa – Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas.

criminal policy. Taking into account the model developed by Fligstein,[24] the *arena* is occupied by Skilled Social Actors focusing on the construction of a new field in criminal policy, which enables them to establish relationships, cooperation and stakeholders games.

In this context, the *alternative sanctions* aim a twofold outcome, to be recognised as public policy action and as a non-custodial penal sanction. That constitutes them as a technical and social device that organises specific social relations between public policy and their recipients within the criminal justice system. Public policies are not axiologically neutral tools, and it was only after the beginning of the Cenapa activities, that *alternative sanctions* were established as a new referential into the criminal justice setting. However, the prison has remained the main reference for the criminal justice. On the other hand, the *alternative sanctions* have shown the ability to build up a symbolic system of knowledge and technical tools that operates on its own benefit.

The importance and contribution of Cenapa for the establishment and consolidation of a political culture focused on the implementation and enforcement of *alternative sanctions* in Brazil, which is demonstrated by the creation and proliferation of government and civil structures to monitoring those sentenced to *alternative sanctions*. According to Gaudin[25] theoretical account, it might be said that the political action of Cenapa must be understood first as a competing attitude against the prison model, introducing *alternative sanctions* as the new referential, and then as a problem-solving to overcrowding prison population.

Cenapa, as a former national agency, operated the link between the immediate interests and goals of *alternative sanctions* as public policy, through a peripheral mode and multiple agents playing their political and technical skills. Cenapa sought its legitimacy through three different but complementary processes: 1) a partial sharing of the institutional power with other governments and institutional spaces and criminal courts, in order to manage and monitore those sentenced on *alternative sanctions* throughout an established civil network; 2) the diffusion of pragmatic and agreed procedures between the criminal justice system and the civil society networking; 3) a new dynamic within the criminal

24. FLIGSTEIN, N. Social Skill and Theory of Fields. *Sociological Theory*, vol. 19, n. 2, p. 105-125.

25. GAUDIN, J. P. Politiques urbaines et négociations territoriales. Quelle légitimité pour les réseaux de politiques publiques? *Revue Française de Science Politique*, vol. 45, n. 1, p. 31-56.

justice system, which has caused a substantial discussion about the ways and means of punishment as public action.

4.5 A new mode of penal intervention

The *alternative sanctions* have presented themselves not as a proposal, but as a real novel mode of penal intervention throughout available programmes.[26] Furthermore, *alternative sanctions* grant themselves as an attempt to prevent criminality and certain kinds of offences.[27] Indeed, *alternative sanctions* have been enhanced precisely by their ability to be in several levels and in a particular way to embody global and sector relationships. Over three decades, the *alternative sanctions* have built a network of policies, services and programmes, which is not limited to the criminal justice system. In fact, *alternative sanctions* might be understood as a repository of a diversity of policies. As a new form of penal intervention and social control the *alternative sanctions* remain anchored in aspirations to rehabilitate, reintegrate, retrain, provide employment, and so on.

For their supporters, the *alternative sanctions*, as a mode of penal intervention are based on the reparative and preventive ground more than the retributive one, and yet, under lying themselves as the contemporary *penal rationality*. Furthermore, the *alternative sanctions* attempt to establish a new criminal justice system, a new management and a new concept for the social purposes of punishment. Although, *alternative sanctions* have proclaimed themselves as more cost-effective penal intervention, they also enhance social control and penal technologies to identify and classify risk (crime and deviance).[28]

---

26. There is a substantial variation in forms of *alternative sanctions* programmes, which can be managed by criminal courts or government agencies and take place in schools, hospitals, charities, non-governmental organizations, and so on.

27. The Ordinance no. 4 dated of 8th January of 2010, of the National Penitentiary Department (Depen), states the rules and regulations regarding the financing of *alternative sanctions* projects and programmes says: (...) addressing the monitoring of offenders in the areas of domestic violence and family violence against women; mental health and substance abuse; violence in football stadiums; traffic accidents; environmental crimes and illegal possession of weapons; (...) establish or increase the formation of social networking services for social inclusion of those sentenced on alternative penalties and measures, throughout schooling programmes, job training and employment generation and income.

28. The *alternative sanctions* as penal and social control fit into the new penology, reconsidering the functions of social control. The penal sanction is a matter of control

The *alternative sanctions* invoked new debates on criminal policy, which have been framed on the management of classified groups. This kind of penal technology seeks to identify offenders to maintain long-term control over them in their communities. Indeed, it operates in order to guarantee social control to ensure social order. The sentencing on *alternative sanctions* have been granted as "social protection" and as a more humanized and individualized criminal response to crime and deviance.

To Azevedo,[29] those more optimistic who praise *alternative sanctions* see them as a powerful tool for conflict prevention and crime control, as well as a kind of neutralization of violence. Yet, the author states *alternative sanctions* as the reflection of such contemporary period, where government and criminal law face extreme difficulty in imposing social control. It has been imputed to the penal system a noticeable reduction of effectiveness to enforce law as an instrument of regulation. Hence, *alternative sanctions* might be seen as an attempt to enhance the penal system scope to punish, discipline and control.

In the end, the substitutes for imprisonment have promoted strategies of decentralisation of penal intervention and social control, which challenge the government to be part of a polymorphic system of social control and regulation. Within this polymorphic system the *alternative sanctions* play a rhetorical and symbolic role. As any penalty, *alternative sanctions* demonstrate the exercise of punitive power in the contemporary government and criminal law.

5. THE BRAZILIAN SCENARIO REGARDING PRISON POPULATION AND *ALTERNATIVE SANCTIONS*

5.1 Methodological considerations

Under-reported data on detainees in the Brazilian prison facilities varies in accuracy in each region of the country. Such lack of reliable figures derives from the poor accuracy of most Brazilian states' systems on collecting and recording data. Hence, the quality and reliability of this available data might influence the validity of some indicators constructed in this paper for portraying certain situations or scales. In order to tackle or diminish such problems

---

and management rather than individual reformation. FEELEY, M.; SIMON, J. The New Penology: Notes On The Emerging Strategy Of Corrections and Its Implications. *Criminology*, vol. 30, issue 4, november 1992. p. 449-474.

29. AZEVEDO, M. L. *Penas alternativas à prisão – Os substitutivos penais no sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005.

some adjustments were performed. The existing detainee's data enables the understanding with a fair accuracy some global figures, but important details were missed. For instance, from 2000 to 2002 the InfoPen reports were used to differentiate between convicted and pre-trial detainees in both modes of incarceration, into the prison and police stations.[30] However, since 2003 that distinction is no longer made with regard to those into the police stations. Thereby, to preserve the overall outcome and cope with this problem, those into the police stations were added straight in the column Total of the tables without classifying between convicted or pre-trial detainees.

This paper will not address the problems of using routine data of systems for collecting and recording detainees' information. However, a kind of validation for solving problems of missing data is necessary. Thus, the approach taken was to estimate the missing data by identifying regularity and trends over the years.

The following data provide an overview of the extent and on going trends regarding Brazil's imprisonment, although a number of points must be mentioned about the Brazilian prison population, such as: 1) figures are not precise, once the data is not accurately over all Brazilian states; 2) the number of detainees in Brazil must combine those in the prison system and those in jails, police stations and other places of imprisonment; 3) it is very important to differentiate the situation between those convicted and the pre-trial detainees; 4) and yet, the Penitentiary Information Integrated System of Brazil' (InfoPen) begun its operation only in 2003.

5.2 Prison population figures

The purpose of this following section is to exame the continuous and soaring extent of imprisonment, despite the efforts for reducing it through the use of *alternative sanctions*. Thus, the figures below lead to assumption that *alternative sanctions* have shown a very little response as criminal policy to release detainees of prison, as well as no effect in stopping the pre-trial detainees growth.

The figures available indicate that about half million people are being held in prison, police stations or another penal institution in Brazil. The figures in table 1, below, show a steady increase of the prison population from 2000 to 2010.

30. Due to lack of vacancies many of detainees – convicted and pre-trial – stay for a long period or even "do their time" in police stations or alike.

Table 1 – Prison Population in Brazil 2000 to 2010
Prison Population in Brazil (Prision System and Police Station)*

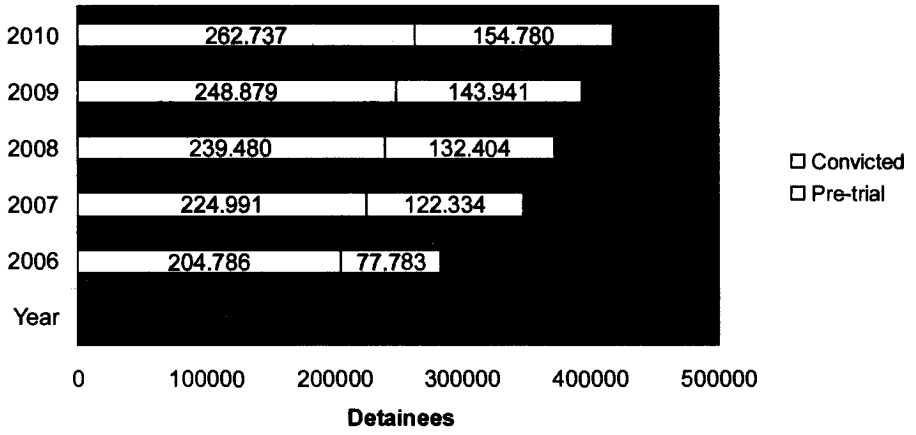
Year	Males		Females		TOTAL
	Convicted	Pre-Trial	Convicted	Pre-Trial	
2000	145.250	77.393	6.730	3.382	232.755
2001	148.922	75.064	6.500	3.373	233.859
2002	152.361	76.699	6.749	3.536	239.345
2003	165.491	64.849	7.163	2.700	308.304
2004	167.645	78.592	8.299	8.174	336.358
2005	185.772	98.222	9.031	3.894	361.402
2006	214.936	107.968	13.046	4.170	401.236
2007	224.991	122.334	13.806	5.228	422.373
2008	239.49	132.404	15.069	6.535	541.229
2009	248.879	143.941	15.621	8.671	473.626
2010	262.737	154.78	18.285	9.903	496.251

Source: InfoPen/Ministry of Justice of Brazil.

* A Large number of detainees remain in police stations and alike. Due to missed distribution regarding convicted and pre-trial detainees in the police stations from 2003 to 2010, such individuals were added to the total outcome. Thus, the figures of convicted and pre-trial detainees from 2003 to 2010 do not represent the columns males and females, but represent the column Total.

The current trend shown in table 1 has been classified under gender and detainee status. Despite the decrease in the number of pre-trial male detainee's population in 2001 and 2003, the figures illustrate that pre-trial detainee's male population has doubled its size since 2000,while convicted male population increased 80%. Such pattern is also observed for the female population, which has tripled on pre-trial detainees and convicted detainees.

*Graph 1 – Male Prison Population in Prison Facilities System by Detainee Status – 2006 to 2010**



Source: InfoPen/Ministry of Justice of Brazil.

* These figures regard those only in the penitentiary system, individuals held in police stations and like were not considered to compose the annual sums.

The graph 1 shows that the pre-trial detainees, individuals who have a pending disposition of criminal charges against them, and have not yet been convicted represent the core of the growth of imprisonment in Brazil. The ratio of convicted prisoners in relation to pre-trial detainees decreased from 2.6 in 2006 to 1.7 in 2010.

In addition, a comparison on the Brazilian prison population distribution, between table 1 and table 2, demonstrates that Brazil has experienced the prison overcrowding phenomenon, which is a worldwide trend. The growth of prison population has been larger than the opening of vacancies in the prison system, which presents an enormous challenge to Brazilian criminal justice and government agencies for penal administration. At the beginning of the 21.st century the prison population rate was 135 per 100.000 inhabitants, and by 2010 the rate was 260 per 100.000 inhabitants. These figures are a way to show how the country uses prison to tackle crime, as preferential or unique choice.

Despite of all efforts undertaken by the Brazilian penitentiary administration, as the enlargement of the prison system, the overcrowding persists. Often, this is explained on a twofold answer, that is, the rise of crime rates and longer sentences. Another assumption might be that the rising of prison population is related to the growing strength of retributive philosophies of punishment.

Table 2 – Brazilian Prison Population per 100.000 Inhabitants – 2000 to 2010

Year	Brazil's Population	Number of Detainees	Rate per 100.000	Beds in Prison
2000	172.477.885	232.755	135	135.71
2001	175.083.797	233.859	134	141.297
2002	177.552.382	239.345	135	156.432
2003	179.920.760	308.304	171	179.489
2004	182.191.909	336.358	185	197.710
2005	184.368.804	361.402	196	215.910
2006	186.454.421	401.236	215	236.148
2007	188.451.736	422.373	224	249.515
2008	190.363.725	451.229	237	266.946
2009	192.193.364	473.626	246	278.726
2010	190.732.694	496.251	260	287.133

Source: InfoPen/Ministry of Justice of Brazil, and IBGE.

* With regard to 2000 – 2009 the Estimative Population report 1991-2030 of the IBGE (Brazilian Institute of Geography and Statistics) was used. In 2010the actual census outcome was used.

The data in Table 3 presents the distribution of the prison population according to the penal regime,[31] it also shows the same trend. Thus, there is a consistent pattern towards punishment growth in Brazil. This punitive response to offending is not restricted on the widespread use of imprisonment, and is also followed by another kinds of penal sanctions.

31. Penal regime is understood in this paper, as the way of how penal sanctioning is applied. It is an expression of the state's power to punish. The penal regime varies based on variation in the political structures, the institutional and administrative capacities of the state, varying forms of social mobilization and political participation.

Table 3 – Prison Population into the Prison System by Penal Regime (Males and Females)[32] *– 2000 to 2010*[33]

Regime / Year	Open*	Semi-Open**	Imprisonment	Security Measure***
2000	5.151	22.519	97.270	2.652
2001	5.879	23.617	92.271	2.924
2002	5.986	23.793	99.431	3.038
2003	6.784	30.929	139.057	2.668
2004	7.328	32.800	140.087	3.057
2005	7.873	33.856	149.229	3.845
2006	18.311	41.731	163.805	3.595
2007	19.147	58.688	157.202	3.760
2008	20.542	63.809	163.388	3.81
2009	19.458	66.670	174.372	4.000
2010	18.746	69.249	188.777	4.250

Source: InfoPen/Ministry of Justice of Brazil.

Lately, it has been possible to realize a steady growth, following the figures – from 2000 to 2010, – in the Brazilian prison population. It is not reasonable to establish that the crime rates alone explain such pattern, though is not the purpose of this paper to discuss crime rates, whether such rates have been stable or even decreasing or increasing, while prison populations have

32. * In the *open* (penal) regime, the convicted might leave prison to work, attend courses and carry out other authorised activities and retires at night and on holidays. The convicted is kept in *houses of shelter*, but some states do not have this kind of facility. In this case, the convicted goes home, and whether he/she is caught outside home during the specified periods, the scheme is cancelled.
** The *semi-open* regime allows the convicted to work during the day in agricultural settlements, industrial or similar facilities. The external work is allowed, as well as attendance at professional supplementary courses and secondary or high education.
*** The *security measure* is a kind of the treatment applied to those individuals mentally incapable who commit a criminal offence. The law says it must be by admission in forensic hospital for psychiatric care or in another appropriate institution, even as an outpatient.

33. There is no data in the InfoPen about the *Open* regime in 2003 and 2004. Thus, the one way to tackle such missing data, was to estimate the values. Data from 2000 to 2005 form an almost straight line with equation y = 544.4 x – 1083649. If we use the values of 2003 and 2004, the estimates for these years are: 2003 = 6784,2 e 2004 = 7328,6.

risen steadily. The assumption developed till now is that the growth is the result of criminal policies, placing prison as preferential or unique choice. Another reason attributed to the rise of Brazilian prison population might be the increasing belief that tougher and lengthier sentences are preferable as criminal policy.[34]

6. THE SUBSTITUTES FOR PRISON

The use of *alternative sanctions* has been identified as the better penal tool to reduce prison population in Brazil. However, prison is the penal sanction for most of offenders in the criminal justice system as demonstrated by the previous figures. The first thought is to consider that *alternative sanctions* still under-used, due to a diversity of reasons. For instance, judges have the difficulty in identifying the appropriate *alternative sanctions* for offenders.

In fact, the use of *alternative sanctions* has increased for non-serious offences, in the same period. The classification of the offence level to the *minor offensive potential* category was the cornerstone for the development of a new generation of community-based sanctions drawn to address problems as over-used prison and under-used *alternative sanctions*.

Since 2000 one might to outline the nationwide policy for the development of *alternative sanctions*. The establishment of Cenapa, within the Ministry of Justice, sought to develop a policy aimed at the enforcement of the non-custodial sanctions through the mobilization of law agencies over the states, the production of reliable data on the outcome of *alternative sanctions*, and the development of an effective methodology for the enforcement of alternative sentencing. At the same time the application of *alternative sanctions* was extended to replace imprisonment sentences up to four years, provided that the offence was committed without violence or serious threat (which is the primary requirement to grant an *alternative sanction*)and the presence of the other requirements of a subjective character.

---

34. A brief search in the Brazilian Parliament website, covering the period of 2006 to 2010, has found more than 15 projects for bills regarding the toughness or lengthiness of the penal sanctions. For instance, one was found to aggravate the penalty for drink drivers, whom drive children, and another one to increase the length of the sentence for drug dealers that happens to be 5 to 15 years. Available online at: [www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=aumento+da+pena&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos].

However, the inclusion of several forms of criminal behaviour into the *minor offensive potential* category, in terms of specific intervention strategy has not reduced the overcrowding prison population. Despite the evolution of *alternatives sanctions*, as show in table 4, bellow. Table 4 provides an illustration of such analysis, which concentrates on *alternative sanctions* programmes distributed in two groups of offenders -those sentenced to *alternative sanctions* and those granted with measures – and indicating the proportions in each group.[35]

Table 4 – Alternative Sanctions trends in Brazil from 1987 to 2009

Year	Length (years) of sentences elegible for Alternative Sanctions	Alternative Sanctions Courts and Programmes	Number of people sentenced into Alternative Sanctions		Total of Alternative Sanctions	Prison Population
			Measures	Sanctions		
1987	0-1	1	Not Informed	197	197	Not Informed
1995	0-1	4	78.672	1.692	80.364	148.760
2002	0-4	30	80.843	21.560	102.403	248.685
2006	0-4	223	237.945	63.457	301.402	401.236
2007	0-4	267	333.685	88.837	422.522	423.373
2008	0-4	325	457.811	101.019	558.830	446.764
2009	0-4	409	544.795	126.273	671.078	473.626

Source: InfoPen/Ministry of Justice of Brazil.

Even the establishment of a nationwide policy to enhance alternative sentencing through programmes and services created by the Cenapa[36] with financial resources of the National Penitentiary Fund (Funpen) did not achieve the proclaimed goal – tackle the overcrowding prison population. According

35. It is important to emphasize the distinction of measures and sanctions within the *alternative sanctions* in Brazil. Gomes (1999) states that alternative sanctions are criminal sanctions such as fines, the provision of community services and temporary loss of rights; on the other hand, alternative measures are tools which aim that the perpetrator of a criminal offence has not enforced a sanction of deprivation of liberty. Hence, we can conclude that alternative sanctions presuppose guilt and application of deprivation of freedom, with the alternative sanctions as penal transaction to replace the prison; on the opposite the alternative measures allow the enforcement of a sanction without acknowledging the guilt of the offender. There is a negotiated solution through the compromise of certain requirements.

36. In 2006 the Cenapa was replaced by the General Coordination of the Development Programme for Alternative Sanctions and Measures (CGPMA), which meant acknowledging of alternative sanctions as a federal policy, within the Penitentiary Department (Depen) of the Ministry of Justice.

to the records of the Funpen the *alternative sanctions* have been financed since 1997, the resources provided allowed the operation of a minimum structure in several states in order to guarantee compliance with the enforcement of *alternative sanctions*. From 2007 the Funpen began to finance the deployment of specialised services to comply with pre-trial detainees as a strategy to reduce overcrowding prison population. Despite such attempt to tackle the pre-trial issue, as demonstrated in graph 1, it was not successful.

Despite the increase of number and diversity of programmes on *alternative sanctions*, the national experience has shown that, contrary to official and activist belief, *alternative sanctions* have failed in replace the prison choice effectively. The *alternative sanctions* as provided in the Brazilian legal system and applied by the criminal justice system did not fulfil the function to respond to overcrowding prison population. According to the previous figures the increased use of substitutes for prison does not meant the reduction of prison population.

The imprisonment remains as the main penal sanction even under the normative dimension of the Law n. 9.714, which created the *alternative sanctions* framework. The *alternative sanctions* have not yet shown signs of reducing prison population. Then, the question remains whether *alternative sanctions* might lead to reduce the use of prison sentences for convicted offenders.

7. CONCLUSION

Until the year the 2000 there were very few experiences with the aim of creating the appropriate structure for the implementation of *alternative sanctions*. This is mainly due to the absence of specialized courts or similar bodies with proper procedures and qualified staff, and the absence of participation of civil society network or other public agencies that act as partners in the task of supervision and monitoring of an alternative sanction.

Brazil has experienced along the first decade of the 21.st century the expansion of a new approach and proper structures of *alternative sanctions* throughout criminal justice programmes. *Alternative sanctions* as a subject of social theory and criminology bring to mind key aspects of crime control and management of risky groups. In the contemporary criminology the substitutes of prison, in this case *alternative sanctions* programmes are seen as an attempt to incorporate the community into the criminal justice process through a consciously planned strategies for establishing the management of the social relations more indirectly, more privately, and in a diffuse way to engage communities as effectively part of social control.

It is fair to state that despite all appeals on the humanising dimension of *alternative sanctions*, they mean the enhancement of the punitive culture in contemporary society through more selective tools and forms of punishment. Furthermore, the punishment underpinned on *alternative sanctions* is implied to routines of social life and social control, organisation of families and households and the circulation of people. Yet, the *alternative sanctions* have produced the confluence of psychological treatment, social reform and a framework of welfare services. The psychological approach on *alternative sanctions* has considered them as a way of criminalisation of everyday life, a kind of judicialization of life whereby the criminal law presents itself as a solution or as an enhancer element of social policy.

Sociologically, the *alternative sanctions* have underpinned the institutions of social control and criminal justice, which form a governance framework and enhance social order in contemporary society. The formal control exercised by the state agencies and broader informal social control are embedded in everyday life and civil society interactions. Thus, behaviours previously disregarded as crime or deviance begun to be penalised. Such attitudes reproduce the current prison pattern, that is, to punish those individuals who are more vulnerable to the punitive power of the state. Therefore, the *alternative sanctions* are one way to strengthen the symbolic role of criminal prosecution and expand the criminal intervention in everyday life, which involve new practices of controlling deviance and behaviour.

The analysis of figures on *alternative sanctions* allows the conclusion that they do no trival with prison. Within the criminal justice field and among its practitioners, the *alternative sanctions* have a dual understanding as substitute of prison. To some is considered as a benefit and to other means surveillance and punishment. According to Karam,[37] the *alternative sanctions* might be seen as a network of social control, which introduces an early mode of punishment.

That brings out a question. What is a *"minimal law"*? The general understanding is that penal sanctioning must not be used for all offence and deviance behaviours, and in the case of using a penal sanction, which use the less repressive punishment. Hence, the substitutive of prison comprehends formal, technical and legal arrangements about the justification and the values of the legal power. In this context the *alternative sanctions* act as an innovative asset, taken as a paradigm which is not centred in prison.

37. KARAM, M. L. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir.* São Paulo: Ed. RT, 2004.

However, the *alternative sanctions* have not been established as a true alternative, since the dichotomy of imprisonment versus *alternative sanctions* is always presentin the debate. The Pavarini[38] request of "less prison" is easily diverted into new demands of penal interventionism directed to many groups of deviants. The "less prison" rationale and practice initially proposed to diminish penal interventionism, in fact push away any perspective of decriminalization. Yet, the most arguments to enforce the *alternative sanctions* have been the overcrowding prison population, the budgetary constraints and the feeling that petty offence goes unpunished.

The *alternative sanctions* have sought to establish themselves as a philosophical foundation in the criminal justice system, and as a more rational concept of punishment that makes the exercise of accountability of the doer.[39] Indeed, the *alternative sanctions* have served as an answer for the yearnings of punitive demand from the state in the diffuse realm between criminal policy and concrete problems of everyday life. Thus, *alternative sanctions* as substitutes of prison, within the new penology perspective, rather than a proposal to replace the prison paradigm must be understood as the management of low harmfulness deviance and risky groups.

8. BIBLIOGRAPHY

ANLEU, Sharyn L. Roach. The Role of Civil Sanctions in Social Control: a Socio-Legal Examination. *Crime Prevention Studies*. vol. 9. p. 21-43. 1998. Available online at: [www.popcenter.org/library/crimeprevention/volume_09/Role_ofCivilSanctions.pdf]. Downloaded: 04.09.2010.

BERDET, M.; MATA, P. O monitoramento psicossocial nas penas e medidas alternativas (PMAS): uma tecnologia disciplinar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 91. p. 313-342. São Paulo: Ed. RT, jul. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei e outras proposições. Available online at: [www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=aumento+da+pena&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos]. Downloaded: 19.01.2012.

38. PAVARINI, M. Menos cárcel y más medidas alternativas? La via italiana a la limitación de la cárcel, reconsiderada sobre la base de la experiencia histórica y comparada, *NFP*, n. 56.

39. By doer I mean the offender or deviant who has been received an *alternative sanction* and, fulfilling it (the penalty) in public services which enforce *alternative sanctions*.

_____. Ministério da Justiça. Penas alternativas Available online at:[http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm].

BARATA, A. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CAUCHIE, Jean-François; KAMINSKI, Dan.Theoretical Problematization of Penal Innovation: The Case of Community Service in Belgium. *Champ Pénal/Penal Field*. Nouvelle Revue Internationale de Criminologie, Ottawa. vol. IV. 2007. Available online at: [http://champpenal.revues.org/4493]. Downloaded: 28.08.2012.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications. *Criminology*. vol. 30. n. 4. p. 447-474. Nov. 1992. Available online at: [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-9125.1992.tb01112.x/abstract]. Downloaded: 10.10.2010.

FLIGSTEIN, Neil. Social Skill and Theory of Fields. *Sociological Theory*. vol. 19. n. 2. p. 105-125. Available online at: [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/0735-2751.00132/abstract]. Downloaded: 04.09.2010.

FREEMAN, Karen. New South Wales Drug Court evaluation: Health, well-being and participant satisfaction. *NSW Bureau of Crimes Statistics and Research*. p. 52. Sidney, 2002. Available online at: [www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/bocsar/ll_bocsar.nsf/vwFiles/L14.pdf/$file/L14.pdf]. Downloaded: 23.08.2010.

GAUDIN, Jean-Pierre. Politiques urbaines et négociations territoriales. Quelle légitimité pour les réseaux de politiques publiques? *Revue Française de Science Politique*. vol. 45. n. 1. p. 31-56. 1995. Available online at: [www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_1995_num_45_1_403501]. Downloaded: 10.10.2010.

GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

GOMES, Geder L. Rocha. *A trajetória da Central Nacional de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça*. Available online at: [www.lfg.com.br]. Downloaded: 28.07.2008.

IMMARIGEON, R.; GREENE, J. Diversion Works: How Connecticut Can Downsize Prisons, Improve Public Safety and Save Money with a Comprehensive Mental Health and Substance Abuse Approach. *Drug Policy Alliance*. p. 21. New York, 2008. Available online at: [www.drugpolicy.org/docUploads/DiversionWorks.pdf]. Downloaded: 23.08.2010.

JOBERT, Bruno.Représentations sociales, controverses et débats dans la conduite des politiques publiques. *Revue Française de Science Politique*. vol. 42. n. 2. p. 219-234. 1992. Available online at: [www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_1992_num_42_2_404294]. Downloaded: 04.09.2010.

KARAM, M. L. *Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Ed. RT, 2004

KILLIAS, M; VILLETTAZ, P. The effects of custodial vs. non-custodial sanctions on reoffending: lessons from asystematic review. *Psicothema*. vol. 20. n. 1. p. 29-34. Available online at: [www.zora.uzh.ch/12713/2/Killias_Villetaz_Psicothema_2008.pdf]. Downloaded: 04.09.2010.

PAVARINI, M. Menos cárcel y más medidas alternativas? La via italiana a la limitación de la cárcel, reconsiderada sobre la base de la experiencia histórica y comparada. *NFP*. n. 56. Abr.-jun. 1982.

REID-HOWIE ASSOCIATES. Evaluation of the implementation of the mandatory Supervised Attendance Order pilot at Ayr Sheriff and Glasgow District courts. *Scottish Executive Social Research*. Edinburgh, 2006. Available online at: [http://scotlandagainstracism.com/Publications/2007/03/13144353/0]. Downloaded: 04.09.2010.

ROBERTS, J. V. *The Virtual Prison: Community Custody and the Evolution of Imprisonment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

USA. United Nations Organization. A/RES/45/11068th plenary meeting. United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules). 14.12.1990. Available online at: [www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm]. Downloaded: 04.09.2010.

ZAFFARONI, R. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prestação de serviços à comunidade como pena alternativa, de Gilberto Ferreira – *RT* 647/255;
- As penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos, de Roberto Chacon de Albuquerque – *RBCCrim* 49/164;
- Direito penal brasileiro: do idealismo normativo à realidade prática, de Renato Flávio Marcão e Bruno Marcon – *RT* 781/484;
- Execução penal e falência do sistema carcerário, de Maria Thereza Rocha de Assis Moura – *RBCCrim* 29/351;
- Penas alternativas, de Fauzi Hassan Choukr – *RT* 777/453; e
- Proposta para prevenir a superlotação de presídios, de José Roberto Antonini – *RT* 804/483.

63440

1 La pugna entre el orden internacional y el nacional en relación a los derechos humanos

Comentario a la Sentencia 20 de 22.02.2013 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay

The struggle between the international and national orders in relation to Human Rights. Comment on the Sentence 20 of February 22, 2013 by the Uruguayan Supreme Court of Justice

Pablo Galain Palermo

Doctor Europeo en Derecho. Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, Alemania.

Área do Direito: Internacional; Processual

Resumen: Sentencia 20 de 22.02.2013 de la Suprema Corte de Justicia – Declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, de 27.10.2011 –Art. 258 Constitución de Uruguay –Control de Convencionalidad– Alcance y valor de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Obligación del Juez nacional de cumplir con las decisiones del sistema interamericano de

Abstract: Sentence 20 of February 22, 2013 by the Uruguayan Supreme Court of Justice - Declaration of unconstitutionality of articles 2 and 3 of Law 18,831 passed in October 27, 2011 – Art. 258 Constitution of Uruguay-Control of Conventionality -Scope and value of the Rulings by the Inter-American Court of Human Rights – Obligation of the Uruguayan Judge to comply with the decisions of the Inter-American system

protección de los derechos humanos- Principio de irretroactividad penal.

PALABRAS-CLAVE: Suprema Corte de Justicia - Derechos humanos - Crimenes de lesa humanidad - Corte Interamericana Derechos Humanos - Justicia de Transición.

for the protection of human rights - Principle of non-retroactivity of criminal law.

KEYWORDS: The Supreme Court of Justice - Human rights - Inter-American Court of human rights - Crimes against humanity - Justice of transition.

1.El 22.02.2013 la Suprema Corte de Justicia (SCJ)[1] del Uruguay dictó la sentencia 20 para resolver una denuncia de excepción de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 2, y 3[2-3-4] de la Ley 18.831,[5] interpuesta por dos indagados que denuncian la ley como contraria a la Constitución en el marco de una investigación penal.

2. Esta Ley 18.831 fue consecuencia de la primera sentencia de condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Uruguay en el caso Gelman (Sentencia de 24.02.2011, Fondo y Reparaciones).[6] Si bien la ley fue consecuencia de la condena internacional contra Uruguay, ella no fue ordenada por la CIDH, sino que se trató de un acto legislativo que no puede ser relacionado con la condena al Estado uruguayo. Es decir, se trató de una ley que no fue exigida por la CIDH, por lo tanto, totalmente innecesaria para dar cumplimiento a la sentencia de condena.

3. En líneas generales la Ley declara que las violaciones contra los derechos humanos cometidas durante la dictadura son crímenes de lesa humanidad

1. Sentencia íntegra disponible en: [http://de.scribd.com/doc/126772078/Sent-Scj-22-02-13-Inconst-Ley-18831-Difusion].
2. "Artículo 1.º Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1.º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1.º de la Ley n. 15.848, de 22 de diciembre de 1986."
3. "Artículo 2.º No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1.º de esta Ley."
4. "Artículo 3.º Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte."
5. Ley denominada: pretensión punitiva del Estado. Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 01.03.1985 y publicada en el *Diario Oficial* el 01.11.2011.
6. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf].

que no están sometidos a plazos de prescripción y de ella se puede deducir que la definición de los crímenes proviene de los tratados internacionales que vinculan al Uruguay. Esta ley puede ser identificada como un mecanismo de intervención propio de un proceso de justicia de transición que en dirección contraria a la Ley de Caducidad pretendió habilitar sin limitación temporal la investigación penal. Como ya fue dicho, en teoría la ley no hubiera sido necesaria para dar cumplimiento a la condena por el caso Gelman y en los hechos solo benefició a los presuntos terroristas de Estado, porque permitió la suspensión de las investigaciones penales para que la SCJ decidiera sobre la constitucionalidad de una ley totalmente innecesaria.

4. La SCJ falla (con un voto disidente) que los arts. 2 y 3 son inconstitucionales porque violan los principios de legalidad y retroactividad de la Ley Penal contenidos en los arts. 10 y 72 Constitución Uruguay. En sus fundamentos la SCJ recurre al derecho internacional pura y exclusivamente para estipular el derecho que tiene el Uruguay para desconocer la condena de la CIDH en el caso Gelman, basado en el control de constitucionalidad que la SCJ tiene que llevar a cabo entre la sentencia de la CIDH y el orden nacional. En la sentencia se arguye que Uruguay está obligado por tratados internacionales a la defensa de los derechos humanos (de los presuntos culpables), pero se ignora totalmente cualquier mención o referencia a los derechos de las víctimas a conocer la verdad, a que se haga justicia y a la reparación, que son todos derechos también amparados por tratados internacionales y reconocidos por la jurisprudencia interamericana de protección de los derechos humanos. La cita a los tratados internacionales tampoco contempla la posible existencia de normas de ius cogens o de prohibiciones ya contenidas en los instrumentos internacionales con anterioridad a las conductas criminales cometidas o comenzadas a cometer durante la dictadura cívico-militar (1973-1985). La sentencia sitúa a la Constitución como "barrera infranqueable" de los Tratados Internacionales, ignorando resoluciones anteriores que los colocaban en un plano de igualdad en materia de derechos humanos. La SCJ parece decir que las víctimas en Uruguay no podrán acceder a la Justicia Penal para la satisfacción de sus derechos por impedimentos materiales y formales. La SCJ regresa a la vieja tesis de que la ley nacional está por encima de la norma internacional. Sin embargo, esta sentencia solo tiene aplicación para el caso concreto y no impide que cada juez decida proseguir una investigación en curso, mientras la SCJ no se interponga en su camino. En los hechos, la SCJ se puede convertir en la barrera infranqueable del acceso a la Justicia para las víctimas por la vía del control de constitucionalidad. Como contrapartida, la SCJ (por mayoría de cuatro a uno en su actual integración) sería el principal obstáculo para

una investigación penal, al menos, mientras la SCJ esté integrada por estos miembros.[7]

5. En lo que tiene que ver con el contenido de la sentencia, ésta tiene graves errores formales y materiales. El primer desacierto guarda relación con el desconocimiento de la opinión del Fiscal de Corte. El Fiscal de Corte, Jorge Díaz, en el Dictamen 3.028/12 correctamente sugiere que no existe un interés directo, personal y legítimo (art. 258 Constitución Uruguay) de los denunciantes que dicen ser perjudicados por esa Ley y que tal denuncia debería desestimarse, porque no se aplica al caso concreto. Esta opinión es únicamente atendida y aceptada por el Ministro de la SCJ Ricardo Pérez Manrique, que vota en discordia. En mi opinión, esa hubiera sido la posición correcta.

6. El segundo desacierto deriva del primero, que trae como consecuencia que la SCJ haya actuado ejerciendo una potestad para declarar una ley inconstitucional por su oposición genérica a la Constitución y para todos los casos, función que solo tendría un Tribunal Constitucional que en Uruguay lamentablemente no existe. La SCJ solo puede pronunciarse en temas de inconstitucionalidad para casos puntuales sin efecto *erga omnes* por requerimiento de un juez o cuando el interés directo, personal y legítimo del denunciante se ve afectado. La investigación penal iniciada contra dos ex militares no tenía su fundamento en la Ley 18.831 sino en la averiguación de responsabilidad penal de los delitos amparados por la Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Ley 15.848), declarada inconstitucional en varias sentencias por la propia SCJ y declarada nula por la CIDH en la sentencia del caso Gelman. De este modo, la Ley 18.831 no afectaba ningún derecho de los indagados ni tenía incidencia alguna en el caso. La denuncia debió haber sido desestimada.

---

7. En los hechos y a raíz de declaraciones públicas de un Ministro de la SCJ que anunció que las investigaciones penales encontrarán una "muralla" en la SCJ, algunos fiscales han recusado a los cuatro Ministros de la SCJ que votaron en mayoría la Sentencia 20 de 22.02.2013. Disponible en: [www.causaabierta.com.uy/suprema-corte-de-justicia-acosada-por-fiscales-otros-dos-recusan-a-ministros]. De esta forma, existe un claro enfrentamiento entre los más altos jueces y los fiscales por temas vinculados con las causas penales por los crímenes cometidos durante la dictadura cívico-militar (1973-1985). La sentencia también fue cuestionada por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en: [http://acnudh.org/2013/02/uruguay-decision-de-la-suprema-corte-sobre-ley-contra-impunidad-preocupa-a-alta-comisionada] y por la propia CIDH que sostuvo que seguirá supervisando el cumplimiento de la sentencia de condena del caso Gelman. Disponible en: [www.180.com.uy/articulo/32725_Corte-Interamericana-cuestiona-resolucion-judicial-de-Uruguay], visitados los sitios web el 20.04.2013.

7. El tercer desacierto está también vinculado con el desconocimiento del dictamen del Fiscal de Corte, en cuanto este refiere a la necesidad de cumplir con el fallo Gelman. En línea argumental contraria a aquel dictamen, dice la SCJ que el fallo Gelman no es vinculante para el Uruguay, a pesar de la aceptación del Uruguay de todas las condiciones y consecuencias del Pacto de San José de Costa Rica, porque la CIDH sugiere o exige la violación de derechos de los justiciables. La sentencia no cuestiona que la CIDH sea el último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sino que se inmiscuya en la materia penal que es potestad exclusiva de los órganos nacionales. Al ingresar en este campo, la SCJ debió aclarar que Uruguay no puede desconocer el fallo de la CIDH, pero podría al momento del control de constitucionalidad oponerse a ejecutar aquellas obligaciones que guarden relación con una presunta violación de los derechos humanos, explicitando cuáles serían los derechos lesionados. La sentencia, sin embargo, no deja en claro si Uruguay tiene obligación de cumplir con el fallo Gelman o si lo puede desconocer sin necesidad de denunciar el tratado internacional vinculante. En ese sentido, y para despejar dudas, hubiera correspondido mencionar que Uruguay viene dando satisfactorio cumplimiento del fallo mediante diversas medidas, de modo que no habría desconocimiento del fallo de la CIDH ni tampoco de su vinculación con el orden jurídico nacional. Es obvio que dentro del control de constitucionalidad Uruguay no puede aceptar una violación de principios fundamentales del derecho (recogidos en la ley fundamental) y de los principios y de las garantías allí contenidas para asegurar un castigo penal, porque ello significaría aceptar un activismo judicial de corte totalitario por más que se quiera legitimar como un derecho de la víctima al castigo, a la verdad y a la reparación. De modo que allí está el freno basado en los derechos humanos de posibles violaciones que Uruguay no debe realizar ni la CIDH puede exigir. Pero para sostener esto no hace falta negar la vinculación con la CIDH (que existe y es innegable), sino simplemente argumentar considerando los tratados internacionales suscritos por Uruguay (a los que no se puede oponer ninguna norma de orden interno salvo que desde el orden internacional se exija expresamente una violación al derecho), demostrando que los derechos humanos (de los justiciables) no se pueden lesionar para satisfacer los derechos humanos (de las víctimas). La sentencia toma por el camino más corto y prefiere desconocer los derechos de las víctimas, como si la consideración de los mismos tuviera como inevitable correlato una lesión en las garantías materiales y procesales de los presuntos autores. Es un error grave en materia de derechos humanos desconocer y desproteger jurídicamente a las víctimas de los delitos cometidos en utilización del aparato estatal.

Justamente esta es la función y legitimación que tiene la CIDH para proteger a las víctimas cuando un Estado incumple con sus obligaciones de protección y satisfacción en relación a las mismas. No se puede, por otra parte, declarar que la naturaleza de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura son delitos comunes sin entrar a considerar a cada una de esas conductas criminales en sí mismas. Este es otro error cometido por la SCJ del Uruguay. Lamentablemente la sentencia no brinda claridad jurídica y puede prestarse para interpretaciones equivocadas, especialmente desde el punto de vista político.

8. En cuanto a los aspectos jurídicos formales, la sentencia no debió haberse formulado porque asistía razón al Fiscal de Corte y al Ministro discorde. En cuanto a los aspectos jurídicos materiales, si bien desde un punto de vista exclusivamente penal nacional para los delitos comunes los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley Penal desfavorable al reo no admiten excepciones, también es cierto que frente a determinadas conductas de especial gravedad llevadas a cabo desde el aparato y organización del Estado estos principios pueden buscarse en el derecho (penal) internacional del que Uruguay es parte. Desconocer este principio moderno provoca también una sensación de injusticia y admite que un Estado pueda sin consecuencia jurídica alguna adherir y ratificar tratados internacionales a los que luego irresponsablemente les impone como barrera y límite su ordenamiento jurídico interno. Por otra parte, la SCJ dicta principios jurídicos generales relativos a su relación con la CIDH y la forma de amparar mejor los derechos humanos (de los presuntos responsables), que pueden ser compartibles y acertados según se dice supra, pero en ningún momento ingresa en el debate fundamental sobre la naturaleza jurídica de las violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo desde el aparato de Estado de la dictadura. La SCJ da por sentado –sin más argumentación que la propia de un positivismo kelseniano– que tales conductas no existían en el Código Penal vigente al momento del comienzo de la ejecución. Ni siquiera se analiza la posibilidad de que una desaparición forzada de personas (figura reconocida por el derecho internacional, por la Comisión para la Paz y por el propio ordenamiento jurídico uruguayo a partir de la Ley 18.026, de 2006) pueda constituir un delito de comisión permanente o un delito instantáneo con efectos antijurídicos permanentes.[8]

8. Posición personal defendida en "El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas", *Un derecho penal comprometido*. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. p. 419-448.

Esta consideración y discusión doctrinaria hubiera sido esencial para apoyar los fundamentos de la SCJ en defensa del principio de irretroactividad frente a conductas delictivas que podrían ser de una naturaleza jurídica distinta a los delitos comunes. Esta es una consideración que deberá llevar a cabo cada juez penal a cargo de una investigación penal.

9. La SCJ ofrece argumentos anacrónicos en el análisis de los principios de legalidad e irretroactividad utilizando lenguas muertas como el latín e ignorando el inglés, que es la lengua en la que se produce la mayoría del conocimiento relacionado con las más graves violaciones a los derechos humanos, como son los crímenes contra la humanidad. La sentencia ignora la discusión actual[9] sobre justicia de transición y no ingresa al debate sobre la naturaleza de las violaciones a los derechos humanos a las que simplemente califica de delitos comunes (como si la tortura y la desaparición forzada de personas llevada a cabo sistemáticamente por funcionarios públicos de derecho o de hecho utilizando el aparato estatal para cometer el delito y para garantizar la impunidad fueran delitos comunes).

10. Es de rescatar, sin embargo, el voto disidente del Min. Ricardo Pérez Manrique, que puso el tema a debatir en su justo término e ingresó a la cuestión de la relación del ordenamiento jurídico internacional que integra el orden nacional con igual valor jerárquico a la Constitución. En todo caso, lo más grave de la sentencia no es el anacronismo argumental y la necesidad (aparentemente más política que jurídica) de declarar algunos artículos de la Ley 18.831 inconstitucionales, sino que los fundamentos esgrimidos y el total desconocimiento de la sentencia del caso Gelman y de los tratados internacionales firmados y ratificados por el Uruguay, significan un claro desconocimiento de la Sentencia 365/2009 de la propia SCJ. Esta sentencia fue valorada por toda la doctrina uruguaya porque declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad y terminó con la discusión doctrinaria uruguaya sobre el valor jurídico de los tratados en relación al orden nacional, ubicándolos por encima de la Ley (penal) y al mismo nivel jerárquico que la Constitución. La sentencia en comento significa un grave retroceso en materia de protección de los derechos humanos en Uruguay y un retorno a la jurisprudencia de la SCJ anterior a la Sentencia 365/2009, es decir, un retroceso en la consideración del valor jurídico de los tratados internacionales en relación a la Constitución.

9. Con la salvedad de una cita a Ezequiel Malarino en un reciente libro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre derecho penal internacional utilizada para fundamentar la no vinculación de la SCJ a la jurisprudencia de la CIDH.

11. En definitiva es un regreso al oscurantismo en materia de derechos humanos que pone al Estado uruguayo en una incómoda situación en relación a sus relaciones y compromisos internacionales. La CIDH dejó muy claro que determinadas cuestiones están exentas a las decisiones de las mayorías y que ningún pronunciamiento popular puede decidir cuestiones fundamentales relacionadas con los derechos humanos. Así como el propio ejercicio de soberanía directa implica responsabilidad internacional del Estado, también lo implica una decisión última del Poder Judicial. Como sugiere Pérez Manrique en su voto disidente: "La inequívoca y permanente conducta internacional del Estado Uruguayo ha sido de respeto y respaldo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La variación de tal situación jurídica necesariamente debería darse en conjunto con la denuncia del Tratado" (f. 60).

12. En cuanto a cuestiones sistemáticas relacionadas con la justicia, Uruguay tiene que replantearse seriamente la posibilidad de modificar el sistema de control de constitucionalidad y a esta altura de los acontecimientos, un Tribunal Constitucional ya deviene necesario y urgente. En caso de existir un Tribunal Constitucional, esta Ley 18.831 no hubiera podido ser sancionada. Esto demuestra la necesidad inminente de un cambio en la manera en que en Uruguay se analizan las cuestiones de constitucionalidad, entre otras cosas, para evitar que el Estado no se siga vinculando internacionalmente y luego coloque a su orden interno por delante del internacional, como sostiene la SCJ en la sentencia que se comenta.

13. Además, Uruguay tiene que replantear su sistema judicial, quizás recurriendo a salas especializadas por materias para no recargar de tareas a los cinco Ministros de la última instancia que se ocupan no solo de todas las materias jurídicas sino también de toda la dirección administrativa del Poder Judicial. En ese sentido, también se tiene que romper el "pacto político" que existe en el Parlamento para que a la SCJ acceda el Juez de más antigüedad y respetar la Constitución que permite que a la SCJ accedan los mejores juristas sin limitar esta condición a quien ejerce únicamente la judicatura. El Estado tendrá que garantizar no solo la independencia absoluta del Poder Judicial sino dotarlo de mayores recursos y brindar a los jueces todas las condiciones para el mejor desempeño de su cargo en beneficio de los ciudadanos. La necesidad de contar con un Ministerio de Justicia también debería de ser considerada.

14. Desde un punto de vista del proceso de justicia de transición que vive el Uruguay, la sentencia desconoce los derechos de las víctimas y de la sociedad uruguaya a la verdad, la justicia y la reparación. Ello indica, con independencia de las investigaciones penales, la necesidad de discutir en el menor tiempo posible sobre la creación de una auténtica Comisión de la Verdad, que permita

conocer lo sucedido y elaborar el pasado con miras a una pronta reconciliación. Una Comisión de la Verdad estaría en sintonía con los dos pronunciamientos populares de 1989 y 2009 que desaprobaron la persecución penal y sería una forma de dar satisfacción a los derechos de las víctimas (incluyendo a toda la sociedad uruguaya) a la verdad, la justicia y la reparación.

15. En cuanto a los aspectos procedimentales y las consecuencias jurídicas que puede traer esta sentencia, debo decir que los procesos penales iniciados proseguirán su curso porque esta sentencia no faculta a la clausura de los mismos. Nuevas investigaciones penales se podrán llevar a cabo, según el criterio del juez actuante porque la Ley de Caducidad es inconstitucional según la misma SCJ y no es obstáculo. Todo queda circunscripto a un problema de prescripción o imprescriptibilidad de cada delito en particular, de su naturaleza jurídica, de su existencia previa en alguna norma internacional, sin que la Ley 18.831 tenga incidencia en esta cuestión. La sentencia de la SCJ demuestra que la Ley 18.831 no parece haber sido un acierto legislativo sino tan solo un nuevo y apurado mecanismo de justicia de transición ofrecido como antídoto a la tan cuestionada Ley de Caducidad para solucionar un aspecto puntual del proceso de justicia de transición. Ambas leyes obedecen a un preponderante interés de "política real" (*realpolitik*) sobrepuesto a los criterios de justicia y a la propia Constitución. La de Caducidad para brindar impunidad y la Ley 18.831 para favorecer la punición.[10]

16. En cuanto al principio de legalidad, el juez de la causa penal correspondiente tendrá que analizar si la conducta penal llevada a cabo estaba prohibida por el derecho internacional en una forma compatible con el fundamento y la función del principio de legalidad. Si la prohibición penal existía con anterioridad a los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado, no habrá lesión o vulneración alguna a la Constitución en lo que refiere a los principios de legalidad y retroactividad. Por lo tanto, en mi opinión, esta sentencia no impide proseguir con el ejercicio de las acciones penales en curso ni el inicio de nuevas que ya no se encuentren amparadas por el *ne bis in idem*.

17. También debe de quedar claro que la CIDH no puede exigir dentro del concepto "remoción de todos los obstáculos que impiden el castigo" que los presuntos culpables vean disminuidas las garantías procesales como la cosa juzgada (no fraudulenta) el ne bis in idem o el nemo tenetur, porque los juicios

10. El Parlamento uruguayo no estuvo feliz con la sanción de esta Ley y tiene mucho que ver con la situación actual de desamparo en la que se encuentran las víctimas, porque mediante la ley no garantizó sino que impidió la investigación penal en algunos casos.

penales solo pueden ser llevados a cabo en un Estado de Derecho manteniendo todas y cada una de estas garantías, para no derivar en un derecho penal infinito que solo pretende castigar a "enemigos" en lugar de juzgar a "ciudadanos" (así hayan cometido los crímenes más atroces contra sus congéneres).

18. Las nuevas decisiones de los jueces penales de 1.ª y 2.ª instancia, requerirán de un análisis y argumentación mucho más profundo que considere la discusión de doctrina y jurisprudencia actual para fundamentar o rechazar una posible imputación de naturaleza penal. Si el juez de la causa, luego de todos estos exámenes considera que no hay posibilidad de castigo penal, solo quedará abierta la vía de la condena histórica por medio de otros mecanismos de búsqueda y elaboración de la verdad como es una Comisión de la Verdad.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Derecho penal y derechos humanos los círculos hermenéuticos de la pena, de Ana Messuti – *RBCCrim* 28/28;
- Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y el Sistema de Aplicación del derecho penal internacional del Estatuto de Roma, de Héctor Olásolo Alonso e Pablo Galain Palermo – *RBCCrim* 102/105; e
- La protección de los derechos humanos en Argentina, de Roberto Omar Berizonce – *RePro* 53/134.