63346

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 102 • maio-jun. / 2013

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 21 • vol. 102 • maio-jun. / 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, 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 Tavares Lobato, Juliana Garcia Belloque, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luis 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. 102 • maio-jun. / 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. 102 • maio-jun. / 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.

A responsabilidade pela revisão e formatação dos textos é da Editora.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora responsável
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: [05-2013]
Profissional
Fechamento desta edição: [13.05.2013]





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 FernandoTaffarello
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. 102 • maio-jun. / 2013

Diretora Responsável
GISELLE TAPAI

Diretoro de Operações de Conteúdo Brasil
JULIANA MAYUMI ONO

Equipe de Conteúdo Editorial: Bruna Schlindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

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, Patrícia Melhado Navarra, Renor Oliver Filho e Roberta Ribeiro Karam

Estagiária: Juliana Teles Fontes

Assistente Editorial: Bruno Augusto Santos Capassi

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Coordenação Administrativa
RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS

Assistentes: Cibele Souza Mendes, Karla Capelas e Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Coordenação
ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

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

Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Auxiliar: Rafael da Costa Brito

Sumário

Teoria Geral

1. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil
   Ingo Wolfgang Sarlet 13

2. Merecimiento, distribución y teodicea: el derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia
   Juan Pablo Mañalich R. 45

3. O erro sobre os pressupostos das causas de justificação: um erro que pode excluir a ilicitude?
   Nuno Brandão 71

Direito Penal Internacional

1. Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el Sistema Inter-americano de Protección de Derechos Humanos y el Sistema de Aplicación del Derecho Penal Internacional del Estatuto de Roma
   Héctor Olásolo Alonso e Pablo Galain Palermo 105

Direito Penal Econômico

1. Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual
   Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro 163

2. Apontamentos sobre o crime de manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades brasileiras
   Marcio Ferro Catapani 221

Processo Penal

1. Inovações tecnológicas no processo penal – Dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial
   Denis Sampaio 243

CRIME E SOCIEDADE

1. Em defesa da liberdade e da justiça: os advogados de perseguidos políticos de São Paulo nos anos 1970
JANAÍNA DE ALMEIDA TELES 287

2. Violência Homicida em Campina Grande e João Pessoa: dinâmica, relações socioeconômicas e correlação com o desempenho econômico
JOSÉ MARIA NÓBREGA JR. E JORGE ZAVERUCHA 321

SISTEMA PRISIONAL

1. A política penitenciária (brasileira) percebida pelo viés da alimentação da pessoa encarcerada
DANI RUDNICKI 339

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial
BEATRIZ CORRÊA CAMARGO 365

RESENHA

1. *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, de Norbert Hoerster
Resenha por ALAOR LEITE 397

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 403

TEMAS 404

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 409

63365

NOTAS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ASSIM CHAMADA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL NO BRASIL

1

Notes on the principle of human dignity, fundamental rights and the so-called constitutionalization of criminal law and criminal procedural law in Brazil

INGO WOLFGANG SARLET

Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da PUC-RS. Professor da Escola Superior da Magistratura (Ajuris). Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O presente artigo versa sobre o papel desempenhado pelo princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do assim denominado fenômeno da constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil, mediante referência a exemplos extraídos especialmente da jurisprudência do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da dignidade da pessoa humana – Constitucionalização – Direito penal e processual penal – STF.

ABSTRACT: This paper analyses the role played by the human dignity principle in the context of the phenomena called constitutionalization of criminal and criminal procedural law, mainly quoting examples from the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: Human dignity principle – Constitutionalization – Criminal and criminal procedural law – Federal Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares – 2. Anotações sobre o conceito, dimensões e funções da dignidade da pessoa no Estado Constitucional – 3. A dignidade da pessoa humana

na Constituição Federal brasileira de 1988: 3.1 Dignidade como valor-fonte, fundamento e tarefa (fim) do Estado Democrático de Direito; 3.2 A dignidade da pessoa humana e a assim chamada "abertura material" do sistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais; 3.3 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações, com destaque para os assim chamados deveres de proteção; 3.4 A dignidade como parâmetro interpretativo e como critério para a justificação constitucional de limites aos direitos e do controle das intervenções restritivas de direitos fundamentais – 4. Considerações finais.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Embora – como bem salienta Jorge Miranda – não exista, na perspectiva da evolução histórica, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana[1] (bastaria recordar que a inserção da dignidade no direito constitucional positivo é fenômeno bem mais recente, em contraste com o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais), na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável – embora não exclusiva! – vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na condição de eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional, constitui um dos esteios nos quais se assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos.[2] Da mesma forma, embora a conexão entre dignidade e direitos fundamentais não possa ser compreendida no sentido de uma total fungibilidade das respectivas noções (aspecto que será retomado mais adiante), inquestionável o compromisso do Estado Constitucional contemporâneo, compreendido como um Estado Democrático de Direito, com o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. No caso da Constituição Federal brasileira de 05.10.1988 (doravante

1. Cf. Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. IV, p. 194.

2. Nesta perspectiva, calha referir, por todos, no âmbito da doutrina brasileira, a lição de Carlos Ayres Britto. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 189, notadamente ao destacar a existência de um vínculo funcional entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, bem como entre estes e a democracia. No que diz com a produção monográfica dedicada ao tema das relações entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais no Brasil, v. o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 (a primeira edição foi publicada em 2001), obra de onde, em grande parte, foi extraído o presente texto, embora reconstruído em boa parte.

Constituição Federal), tal afirmação encontra sua melhor expressão no fato de que a dignidade da pessoa humana, tal como dispõe o art. 1.º, III, da CF/1988, constitui um dos (para muitos o principal) fundamento da República. Todavia, quando se busca definir o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e mesmo quando está em causa o alcance da sua relação com os direitos humanos e fundamentais, o consenso praticamente se limita ao reconhecimento da existência e da importância desta vinculação. Quanto ao mais – inclusive no que diz com a própria compreensão do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana na (e para a) ordem jurídica considerada em seu conjunto e para o direito penal e processual penal de modo particular, segue farta a discussão em nível doutrinário e jurisprudencial.

Com efeito, se o fenômeno da assim chamada constitucionalização da ordem jurídica, aqui desenvolvida com foco na influência da Constituição Federal sobre o direito penal (tomando aqui em sentido amplo, inclusivo do processo penal), tem sido amplamente difundido e justificado pela doutrina, bem como recorrentemente praticado na esfera prática, no âmbito das decisões judiciais individuais e colegiadas, não se poderá afirmar que tal processo de constitucionalização não mereça contínua reflexão crítica e nem sempre prima pela consistência jurídica desejável. Aquilo que se observa em outros domínios (como é o caso do direito civil, apenas para ilustrar) também ocorre na seara penal, notadamente quando a aplicação dos princípios constitucionais (destacando-se aqui a dignidade humana e a proporcionalidade) serve – por vezes! – a praticamente qualquer propósito. Já por tal razão, seja pela sua relevância e atualidade, seja pelo espaço existente para revisitar e discutir o tema das relações entre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o direito penal, animamo-nos, a partir de trabalho anterior, objeto de ajuste e atualização, a lançar algumas notas que, assim esperamos, possam eventualmente contribuir para o debate teórico e a efetividade da ordem constitucional brasileira.

Procurando indicar a trajetória a ser trilhada nesta contribuição, vai consignado o nosso objetivo de, mediante especial consideração da evolução constitucional brasileira, apresentar e analisar como a dignidade da pessoa humana tem sido objeto de reconhecimento, proteção e promoção no âmbito da doutrina, mas especialmente da jurisprudência constitucional brasileira, razão pela qual serão priorizadas decisões representativas da recente produção do STF[3] de

3. A opção pela jurisprudência do STF se justifica pelo fato de que, a exemplo do que ocorre com a Suprema Corte dos EUA, ao STF brasileiro compete a guarda da

modo a avaliar como se compreende e aplica o princípio (e regra) da dignidade da pessoa humana no Brasil na esfera da assim chamada constitucionalização do direito penal.

2. ANOTAÇÕES SOBRE O CONCEITO, DIMENSÕES E FUNÇÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A despeito das inúmeras tentativas formuladas ao longo dos tempos, notadamente (mas não exclusivamente) no âmbito da fecunda tradição filosófica ocidental,[4] verifica-se que uma conceituação mais precisa do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção na esfera do direito, continua a ser um desafio para todos os que se ocupam do tema. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos,[5] caracterizado por uma "ambiguidade e porosidade", assim como por sua natureza necessariamente polissêmica.[6] Nessa perspectiva, embora com a devida cautela, há como acompanhar José de Melo Alexandrino quando bem averba que "o princípio

---

Constituição, mediante um conjunto de instrumentos processuais e competências, dentre as quais se destacam o controle difuso e incidental de constitucionalidade (incorporado já no âmbito da primeira Constituição Republicana, de 1891) e o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, que, por sua vez, foi objeto de gradativa e crescente inserção no constitucionalismo brasileiro, especialmente com e após a promulgação da vigente Constituição de 1988.

4. A respeito deste ponto, no que diz com a literatura brasileira, v. especialmente o nosso *Dignidade da pessoa e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 31 e ss. Dentre os autores estrangeiros, v., na literatura alemã e considerando apenas a produção monográfica, mais recentemente, Paul Tiedemann. *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*. Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, especialmente, no que diz com a noção de dignidade no pensamento filosófico, p. 109-174. Na literatura em língua espanhola, v. entre outros, Antonio Pele. *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*. Madrid: Dikynson, 2010 (embora priorizando a concepção de dignidade dos autores do período clássico, especialmente Aristóteles, Cícero e Sêneca). Representando aqui a doutrina lusitana, v. em especial Jorge Miranda. Op. cit., p. 194 e ss.

5. Neste sentido, dentre tantos, Theodor Maunz e Reinhold Zippelius. *Deutsches Staatsrecht*. 29. ed. München: C. H. Beck, 1994. p. 179.

6. Assim o sustenta, no Brasil, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 4, p. 24. Belo Horizonte: Fórum, 1999.

da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar".[7]

Uma das principais dificuldades, todavia, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas que definem e asseguram direitos fundamentais, não se trata de demarcar aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida por muitos – por mais reservas que se deva ter em relação a tal concepção! – como inerente (melhor seria atribuída e/ou reconhecida) a todo e qualquer ser humano. É precisamente nesta perspectiva que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade na sua condição jurídico-normativa.[8]

A despeito das dificuldades, verifica-se, contudo, que a doutrina e a jurisprudência – especialmente para o efeito de da "construção" de uma noção jurídica de dignidade[9] – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito, concretizando minimamente o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita. Nesse sentido, vale colacionar a lição de Peter Häberle,[10] para quem se revela indispensável a utilização de exemplos con-

7. Cf. José de Melo Alexandrino. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008. vol. I, p. 481.

8. Cf., por exemplo, adverte Michael Sachs. *Verfassungsrecht II – Grundrechte*. Berlin/Heidelberg/Nova Iorque: Springer, 2000. p. 173.

9. Quando aqui se fala em uma noção jurídica de dignidade, pretende-se apenas clarificar que se está simplesmente buscando retratar como a doutrina e a jurisprudência constitucional – e ainda assim de modo apenas exemplificativo – estão compreendendo, aplicando e eventualmente concretizando e desenvolvendo uma (ou várias) concepções a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa. Por outro lado, não se questiona mais seriamente que a dignidade seja também um conceito jurídico. Neste sentido, por todos e mais recentemente, Philip Kunig. Art. 1 GG (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung). In: MÜNCH, Ingo von (org). *Grundgesetz Kommentar*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2000. vol. I, p. 76.

10. Cf. Peter Häberle. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: KIRCHHOF, Paul; ISENSEE, Joseph. (org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Muller, 1987. vol. I, p. 853.

cretos para obter uma aproximação com o conceito de dignidade da pessoa humana, salientando, além disso, a importância de um preenchimento desta noção "de baixo para cima", no sentido de que a própria ordem jurídica infraconstitucional fornece importante material para a definição dos contornos do conceito. Ainda nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas,[11] razão pela qual há que reconhecer que se trata de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.[12] Portanto, também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais,[13] embora mediante diálogo com os impulsos vindos da sociedade. Também por esta razão é indispensável que se tome sempre em conta o conteúdo e significado atribuído à noção de dignidade da pessoa humana pelos órgãos jurisdicionais, com destaque para a assim chamada jurisdição constitucional e para os Tribunais internacionais que velam pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos, o que aqui será levado a efeito com base em especial no direito constitucional brasileiro.

Inicialmente, importa relembrar que embora a noção de dignidade da pessoa humana pertença aos conceitos basilares da tradição filosófica desde a antiguidade, sua relevância para o direito é recente, e, a despeito de algumas aparições isoladas anteriores, passou a ser reconhecida apenas a partir da trágica experiência da Segunda Grande Guerra.[14] Por outro lado, embora elementar que o reconhecimento de uma dignidade à pessoa humana (e ao humano) não se processa apenas na esfera do direito e na medida em que pelo direito é reconhecida, também se revela evidente que o direito exerce um papel crucial na sua proteção e promoção, de tal sorte que, especialmente quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir de uma

11. Cf., por todos, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225-26.

12. Tal como proposto, entre outros, por Cármen Lúcia Antunes Rocha. Op. cit., p. 24.

13. Cf. averba Reinhold Zippelius. *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg, 1994. p. 14.

14. Cf. por último e por todos, Stephan Kirste. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2010. p. 126.

clarificação quanto ao conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir eventuais violações desta mesma dignidade.[15]

Com efeito, refutando a tese de que a dignidade não constitui um conceito juridicamente apropriável e que não caberia – como parece sustentar Habermas[16] – em princípio, aos juízes ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, relegando tal tarefa ao debate na esfera pública (em especial, no âmbito dos parlamentos), assume relevo a observação de Denninger, no sentido de que – diversamente do filósofo, para quem, de certo modo, é fácil exigir uma contenção e distanciamento no trato da matéria – para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana, já que desta – e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas consequências jurídicas,[17] muitas vezes decisivas para a proteção da dignidade das pessoas concretamente consideradas.

---

15. Cf. Peter Badura. Generalprävention und Würde des Menschen. *JZ* 1964. p. 341, para quem a clareza suficiente a respeito do conteúdo da dignidade da pessoa tal qual reconhecida e protegida por uma determinada ordem constitucional constitui pressuposto para a solução adequada dos casos concretos. No mesmo sentido, v. também Jesus González Pérez. *Dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986. p. 111.

16. Com efeito, Jürgen Habermas. *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik*? Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001. p. 70 e ss., argumenta, em síntese, que o Estado secularizado e neutro, quando constituído de modo democrático e procedendo de modo inclusivo, não pode tomar partido numa controvérsia ética relacionada com a dignidade da pessoa humana e o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 1.º e 2.º da Lei Fundamental da Alemanha). Além disso – segue argumentando Habermas – quando a pergunta a respeito do tratamento dispensado à vida humana antes do nascimento envolve questões de conteúdo ético, o razoável será sempre contar com um fundado dissenso, tal qual encontrado na esfera do debate parlamentar por ocasião da elaboração das leis (no caso, Habermas fez referência expressa ao debate no Parlamento da Alemanha, ocorrido no dia 31.05.2001).

17. Cf. Erhard Denninger. Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (*KritV*). Baden-Baden: Nomos, 2/2003. p. 195-196, lembrando, nesta perspectiva (da necessária intervenção da jurisdição constitucional no plano das decisões envolvendo a dignidade da pessoa humana), a argumentação desenvolvida pela ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal

Feitas estas considerações, procurar-se-á, na sequência, destacar algumas das possíveis e relevantes dimensões da dignidade da pessoa humana, ressaltando-se que tais dimensões, por sua vez, não se revelam como incompatíveis e reciprocamente excludentes.

Numa primeira aproximação, superando a noção (ainda extremamente influente no pensamento filosófico e jurídico contemporâneo) de que a dignidade constitui uma qualidade inata (natural) do ser humano, como algo inerente à própria condição humana, parece correto afirmar, já em outro sentido, que a dignidade representa um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção. Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade constitui atributo reconhecido a qualquer ser humano, visto que, em princípio, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas e integrantes da comunidade humana, ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes ou consigo mesmos. Que tal premissa é particularmente cara ao domínio do direito penal resulta evidente, pois implica, em linhas gerais e aqui sumariamente esboçadas, que mesmo alguém que pratique crimes que possam ser qualificados como cruéis e desumanos segue sendo pessoa e segue sendo titular de uma dignidade, sujeito, portanto, de um direito a não ser ele próprio tratado de forma indigna.

Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1.º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade", preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade deste século – a noção de que a todos os seres humanos, sem distinção, é atribuída uma dignidade.

Considerando a distinção – embora nem sempre assim compreendida – entre as noções de dignidade humana (que transcende a dignidade da pessoa individualmente considerada) e dignidade da pessoa humana, parte-se aqui da premissa (de resto, praticamente um lugar comum) de que em função da dignidade que lhe é atribuída, cada ser humano é único e como tal titular de direitos pró-

---

da Alemanha, Juíza Jutta Limbach (extraída de voto proferido em decisão envolvendo a descriminalização do aborto), no sentido de que assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder desde quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional (op. cit., p. 196).

prios e indisponíveis. Nesta perspectiva, tal como formulado por Carlos Ayres Britto, "o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana *decola* do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, *se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte*" (grifos do autor).[18] Em outras palavras, fazendo coro com Jorge Miranda, "a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta".[19]

Por outro lado, tendo em conta que somente há que falar em dignidade (e, portanto, em direitos e deveres humanos e fundamentais) num contexto marcado pela intersubjetividade, também já representa um lugar comum – embora a relevância da assertiva – que a dignidade da pessoa humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de direitos e deveres correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao "florescimento humano",[20] tudo a reforçar a – já afirmada – relação (íntima e em parte indissociável, mas não exclusiva!) entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais.

É justamente nessa perspectiva que a lição de Jürgen Habermas[21] se revela particularmente relevante, ao sugerir que a dignidade da pessoa, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua *intangibilidade* (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, razão pela qual apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade.[22] Assim, como bem destaca Hasso Hofmann,[23] a dignidade necessariamente

18. Cf. Carlos Ayres Britto. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 27.

19. Cf. Jorge Miranda. Op. cit., p. 199.

20. Cf. João Loureiro, O direito à identidade genética do ser humano. *Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. p. 281.

21. Cf. Jürgen Habermas. *Die Zukunft der menschlichen Natur*. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik? Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. p. 62 e ss.

22. Cf. Jürgen Habermas. *Die Zukunft der menschlichen Natur*. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik? Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001. p. 65.

23. Cf. Hasso Hofmann. Die versprochene Menschenwürde. *Archiv des Öffentlichen Rechts* (*AöR*), n. 118, p. 364. Mohr Siebeck, 1993, posicionando-se – ao sustentar que a dignidade, na condição de conceito jurídico, assume feições de um conceito

deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da coumanidade de cada indivíduo (*Mitmenschlichkeit des Individuums*).

Afirmada sua dimensão intersubjetiva e relacional, necessário destacar que a dignidade da pessoa humana possui também um sentido histórico-cultural, sendo – na acepção de Peter Häberle – fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo.[24] Tal linha de aproximação (histórico-cultural) foi recepcionada por expressiva jurisprudência constitucional, destacando-se aqui precedente do Tribunal Constitucional de Portugal, que, no âmbito do Acórdão n. 90-105-2, de 29.03.1990, assentou que "a idéia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente".[25]

Para além das dimensões já apresentadas e em diálogo com as mesmas, indispensável compreender – até mesmo pela relevância de tal aspecto para os direitos e deveres humanos e fundamentais – que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta por estar em causa simultaneamente a expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade

---

eminentemente comunicativo e relacional – no sentido de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser destacada de uma comunidade concreta e determinada onde se manifesta e é reconhecida. No mesmo sentido, reconhecendo que a dignidade também assume a condição de conceito de comunicação, v., no âmbito da doutrina lusitana, a referência de Jonatas Machado. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 360.

24. Cf. Peter Häberle. Op. cit., p. 860, destacando-se que a despeito da referida dimensão cultural, a dignidade da pessoa mantém sempre sua condição de valor próprio, inerente a cada pessoa humana, podendo falar-se assim de uma espécie de "constante antropológica", de tal sorte que a dignidade possui apenas uma dimensão cultural relativa (no sentido de estar situada num contexto cultural), apresentando sempre também traços tendencialmente universais (op. cit., p. 842-843).

25. Acórdão n. 90-105-2, de 29.03.90, rel. Bravo Serra, onde, para além do aspecto já referido, entendeu-se ser do legislador "sobretudo quando, na comunidade jurídica, haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo um pluralismo mundividencial ou de concepções" a tarefa precípua de "em cada momento histórico, 'ler', traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios 'abertos' da Constituição". Na literatura, v. por todos Jorge Miranda. Op. cit., p. 200.

e do Estado, especialmente – mas não exclusivamente! – quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.[26] Tal concepção guarda sinergia também com a doutrina de Dworkin,[27] que parte do pressuposto de que a dignidade possui "tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas", de tal sorte que é no valor intrínseco (na "santidade e inviolabilidade") da vida humana (de todo e qualquer ser humano) que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada.[28]

Tal dimensão, por sua vez, guarda relação com a distinção que costuma ser traçada entre as noções de dignidade-autonomia e dignidade heteronomia, por vezes mesmo postas em relação de conflito entre si.[29] Com efeito, embora especialmente na tradição Kantiana, a dignidade da pessoa humana signifique, em primeira linha, que o ser humano é dotado de razão e por isso capaz de agir e de se autodeterminar, inclusive quanto ao que considera como sendo corres-

26. Cf., dentre tantos, Martin Koppernock. *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*. Baden-Baden: Nomos, 1997. p. 19-20, salientando – na esteira de outros doutrinadores, que mesmo presente, em sua plenitude, a autonomia da vontade (dignidade como capacidade de autodeterminação) esta poderá ser relativizada em face da dignidade na sua dimensão assistencial (protetiva), já que, em determinadas circunstâncias, nem mesmo o livre consentimento autoriza determinados procedimentos, tal como ocorre, v.g., com a extração de todos os dentes de um paciente sem qualquer tipo de indicação médica, especialmente quando o consentimento estiver fundado na ignorância técnica. Até que ponto, nesta e em outras hipóteses até mesmo mais gravosas, é possível falar na presença de uma plena autonomia, é, de resto, aspecto que refoge ao âmbito destas considerações, mas que, nem por isso, deixa de merecer a devida atenção.

27. Cf. Ronald Dworkin. *El dominio de la vida*. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la liberdad individual. Barcelona: Ariel, 1998. p. 306-307.

28. Idem, p. 306-309. Sobre a distinção (autonomia), mas mesmo assim íntima conexão entre dignidade e da vida (pois dignidade e vida, como princípios e direitos fundamentais, referem-se, em primeira linha, à pessoa humana, sendo esta o elo comum) bem como a respeito das relações entre ambos os valores, v. especialmente os desenvolvimentos de Michael Kloepfer. Leben und Würde des Menschen. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 2001. especialmente p. 78 e ss.

29. Cf., por todos, Luís Roberto Barroso e Leticia de Campos Velho Martel. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: Gozzo, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48 e ss.

pondente à sua própria dignidade (a autonomia, de certo modo, se confunde com a dignidade), a dignidade-heteronomia significa que a noção de dignidade (e as consequências daí extraídas) são também determinadas por terceiros, inclusive e em especial pelo Estado, como, por exemplo, nas situações em que se busca proteger o indivíduo de si mesmo (por mais que se cuide de matéria controversa, como bem da conta a discussão sobre a proibição da prostituição ou de determinadas práticas) ou quando, na ausência ou grave limitação pessoal, outros decidem sobre o destino de alguém, como ocorre nas hipóteses de eutanásia, apenas para ilustrar.

Também (mas não apenas) neste contexto assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um),[30] condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão (em particular no que diz com a perspectiva jurídico-constitucional) defensiva e prestacional da dignidade, ainda mais evidente quando se cuida de identificar a conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, o que será objeto de maior atenção logo adiante, quando da identificação de alguns exemplos extraídos da jurisprudência constitucional brasileira.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

3.1 Dignidade como valor-fonte, fundamento e tarefa (fim) do Estado Democrático de Direito

Ao examinar o *status* jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana no âmbito de nosso ordenamento constitucional, verifica-se que, no Brasil, diversamente de outras ordens jurídicas onde nem sempre houve clareza quanto ao seu correto enquadramento,[31] o constituinte de 1988 preferiu não incluir

30. Cf., por todos, Adalbert Podlech. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. I Grundgesetz. In: WASSERMANN, Rudolf (org.). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Alternativ Kommentar). 2. ed. Neuwied: Luchterhand, 1989. vol. I, p. 280-281.

31. Assim ocorre, por exemplo, na Alemanha, onde, inexistindo título autônomo para os princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana consta no catálogo dos direitos fundamentais (art. 1.°, I), sendo considerada – de acordo com a doutrina majoritária e jurisprudência constitucionais – simultaneamente um direito fundamental e um princípio fundamental da ordem de valores objetiva, havendo, contudo, quem negue

a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, consoante já frisado, à condição de princípio (e valor) fundamental (art. 1.°, III, da CF/1988), muito embora a inclusão – no que diz com a terminologia adotada pela Constituição Federal – no Título dos princípios fundamentais, não afasta a circunstância de que a dignidade, em diversas situações, no campo do direito, atua como regra jurídica, em outras palavras, como fundamento de regras jurídicas, como é o caso, por exemplo, da proibição da tortura, que será objeto de alguma atenção mais adiante.

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental não deva ser superestimada, já que não se trata de conceitos necessariamente antitéticos e reciprocamente excludentes (não só, mas também, pelo fato de que as próprias normas de direitos fundamentais igualmente assumem a dúplice condição de princípios e regras),[32] comungamos do entendimento de que, além de os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontrarem – pelo menos em grande parte – seu fundamento na dignidade da pessoa humana, também é possível reconhecer que do próprio princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo devem ser deduzidas posições jusfundamentais (direitos e deveres), ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, a existência de um direito fundamental à dignidade.[33] Tal aspecto, aliás, chegou a ser objeto

---

o caráter de direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Sobre esta discussão, que aqui deixaremos de aprofundar, v., dentre tantos, Klaus Stern. *Das Staatsrechtt der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988. vol. III/1, p. 22 e ss. Assim também Theodor Maunz; Reinhold Zippelius. *Deutsches Staatsrecht*. 29. ed. München: C. H. Beck, 1994. p. 180, e Tatjana Geddert-Steinacher. *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990. p. 164 e ss., Wollfram Höfling. Anmerkungen zu Art. 1 Abs 3 Grundgesetz. In: SACHS, Michael (org). *Grundgesetz – Kommentar*. München: C. H. Beck, 1996. p. 102; Horst Dreier. Anmerkungen zu Art. 1 I GG. In: DREIER, Horst (org.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996. vol. I, p. 117-119; Christian Starck. *Bonner Grundgesetz*. p. 47-49, bem como Michael Sachs. Op. cit., p. 171 e ss.

32. Sobre o caráter dúplice (princípio e regra) das normas de direitos fundamentais, v. Robert Alexy. *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 71 e ss. No Brasil, v., por último, destacando tal característica também para a dignidade da pessoa humana, v. Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183 e ss.

33. Cf. sustenta, entre outros, Béatrice Maurer. Notes sur le respect de la dignité humaine...ou Petite Fugue Inacheveé Autour d'um Théme Central. In: SÉRIEUX, Alain

de lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser negada a qualquer ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre.[34] Assim, quando se fala em um direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1.°, III, da CF/1988, não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotado de eficácia e aplicabilidade, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.[35] Neste contexto, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais (embora com os direitos não se confunda, em toda sua extensão), mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*).[36] Na formulação de Jorge Miranda, que igualmente se manifestou sobre o tópico, trata-se de um "princípio axiológico fundamental" que ao mesmo tempo opera como "limite transcendente do Poder Constituinte".[37]

---

et alii. *Le Droit, Le Medicine et L'être Humain*. Aix-Em-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1996. p. 207.

34. Cf., por exemplo, BverfGE 87, 209 (228), citado por Horst Dreier. Op. cit., p. 120, referindo que mesmo o torturado e o perseguido não perdem a sua dignidade, ainda que esta tenha sido violada.

35. Cf. Ernst Benda. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. In: Benda; Maihofer; Vogel (org.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1994. vol. I, p. 164, lição esta que – embora voltada ao art. 1.° da Lei Fundamental da Alemanha – revela-se perfeitamente compatível com a posição outorgada pelo nosso Constituinte de 1988 ao princípio da dignidade da pessoa humana.

36. Cf. Klaus Stern. Op. cit., p. 23, sem que aqui se vá explorar a controvérsia em torno da relação entre o valor da vida humana e a dignidade da pessoa, já que não faltam os que sustentam a prevalência da primeira.

37. Cf. Jorge Miranda. Op. cit., p. 200.

Voltando-nos ao direito brasileiro, onde, em termos gerais, a doutrina tem aderido à noção de que a dignidade cumpre a função de valor-fonte da ordem jurídica,[38] verifica-se, já na esfera do reconhecimento jurisprudencial, que também o STF tem seguido esta linha de entendimento, sublinhando, reiteradamente, que a dignidade da pessoa humana constitui "verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo".[39]

Não sendo o caso de aqui discorrer sobre a distinção entre princípios e regras, na condição de espécies do gênero norma jurídica, mas apenas assumindo que, considerados determinados critérios, há como aceitar – em linhas gerais – como correta (a despeito de importantes dissídios envolvendo a conceituação e aplicação de cada categoria) tal classificação das normas jurídicas, o que importa para a finalidade deste breve ensaio, é que se deixe devidamente consignado, que tanto na esfera doutrinária quando jurisprudencial, com ênfase aqui na prática decisória hoje prevalente no STF, o caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana e, portanto, o reconhecimento de sua plena eficácia na ordem jurídico-constitucional, está longe de encontrar um adequado equacionamento. Com relação às críticas – já referidas – de que a opção pelo enquadramento como princípio fundamental importaria em reduzir a amplitude e magnitude da noção de dignidade da pessoa, vale lembrar o que, de resto, parece-nos que o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio (e até mesmo como regra) constitucional fundamental, não afasta o seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.

Em face dessas premissas, ainda que sumariamente expostas e carentes de amplo desenvolvimento e discussão, e tendo presente sempre e acima de tudo o caráter normativo e, portanto, vinculante, da dignidade da pessoa humana (como princípio e valor fundamental da ordem jurídica), condição da qual decorrem importantes consequências diretamente ligadas ao problema da sua eficácia e efetividade, passaremos a enfrentar alguns aspectos específicos, notadamente no que diz com as funções exercidas pela dignidade da pessoa humana

38. Cf., por todos, o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* cit., p. 76 e ss., 2011.

39. Cf., em caráter meramente ilustrativo, se extrai da ementa do Acórdão proferido no HC 87.676/ES, j. 06.05.2008, relatado pelo Min. Cezar Peluso.

na ordem jurídico-constitucional brasileira, de modo especial no concernente ao seu vínculo com as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Precisamente dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser simultaneamente elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no "ponto de Arquimedes do Estado Constitucional".[40] Como bem o lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado,[41] razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua – e aqui de fato é sua condição de princípio e sua dimensão objetiva que assumem papel de destaque – como o "alfa e omega" do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.[42] Nesta mesma linha de entendimento e fazendo coro com Jorge Reis Novais, no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.[43]

Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente à vista do direito constitucional brasileiro – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato

40. Cf. Görg Haverkate. *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*. München: C. H. Beck, 1992. p. 142.

41. Cf. Jorge Miranda. Op. cit., p. 197. No mesmo sentido, v. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 101, referindo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais "não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos".

42. Cf. Francis Delpérée. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETE, Fernando Aurélio (coord.). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p 161.

43. Cf. Jorge Reis Novais, *Os princípios estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.

e igual na dignidade da pessoa humana, do qual os direitos seriam "meras" concretizações,[44] constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem, em regra, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como bem destaca Jorge Miranda.[45] Mesmo que se deva – nesta linha de entendimento – admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento informador de todos os direitos e garantias fundamentais

44. Cf., por exemplo, Edilsom Pereira de Farias. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem* versus *a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1996. p. 54. Quanto a este ponto, reitera-se aqui uma particular reserva em relação ao argumento de que todos os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 podem ser reconduzidos diretamente e de modo igual ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja pela extensão do catálogo de direitos e garantias consagrado pela Constituição brasileira, seja pelas peculiaridades de algumas normas de direitos fundamentais, tal como ocorre com as regras sobre prescrição em matéria de direito do trabalho, a gratificação natalina (13.º salário), o dispositivo que impõe o registro dos estatutos dos partidos políticos junto ao TSE (art. 17 da CF/1988) etc. Neste mesmo contexto, cabe referir importante decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, citada por Miguel Angel Alegre Martínez. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional* español. León: Universidad de León, 1996. p. 47-48, onde, para além de reconhecer que a dignidade da pessoa representa um mínimo invulnerável que toda a ordem jurídica dever assegurar, a Corte Constitucional espanhola sinalou que isto não significa que todo e qualquer direito fundamental possa ser considerado como inerente à dignidade da pessoa, nem que todos os direitos qualificados como fundamentais sejam integralmente condições essenciais e imprescindíveis para a efetiva incolumidade da dignidade pessoal. No âmbito da doutrina italiana, Franco Bartolomei. *La dignità umana come concetto e valore constituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1987. p. 14, refere que a afirmação de um princípio geral de tutela da dignidade humana não importa, todavia, que todos os direitos individualmente considerados possam ser reconduzidos a um único direito. De resto, O entendimento de que todos os direitos fundamentais são diretamente fundados na dignidade da pessoa seria sustentável apenas em se partindo de um conceito exclusivamente material de direitos fundamentais, considerando como tais unicamente os que puderem encontrar seu fundamento direto na dignidade, concepção esta que, todavia não harmoniza com a Constituição Federal de 1988.

45. Cf. Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. vol. IV, p. 181. Também Klaus Stern. Op. cit., p. 33, leciona que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base neste devem (os direitos fundamentais) ser interpretados.

(ainda que nem todos os direitos fundamentais encontrem fundamento direto na dignidade da pessoa humana) também da Constituição de 1988 – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.[46] Tal diversidade se manifesta tanto quando que está em causa a função da dignidade como fundamento dos direitos, quanto no que diz respeito à sua função como integrando o conteúdo dos direito (em ambos os casos, nos parece, a discussão diz respeito ao "se" e ao "em que medida"), não sendo à toa que ambas as funções (dignidade como fundamento e como conteúdo dos direitos) tenham sido tão destacadas, embora ainda tão carentes de maior aprofundamento e lapidação.[47]

Também neste contexto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é figura amplamente presente no processo decisório judicial, inclusive (e cada vez mais) no âmbito da jurisprudência do STF, onde a dignidade atua como critério de interpretação e aplicação do direito constitucional, com particular destaque para casos envolvendo a proteção e promoção dos direitos fundamentais, o que, aliás, será objeto de demonstração mais detalhada, embora não exaustiva, logo adiante. Com efeito, dentre as diversas possibilidades no que diz com o recurso à dignidade da pessoa humana por parte do STF, destaca-se a sua relevância para a (re) construção de um conceito material de direitos fundamentais, notadamente para efeitos da interpretação do sentido e alcance da noção de abertura material do catálogo constitucional de direitos, o que constitui o objeto do próximo tópico.

3.2 A dignidade da pessoa humana e a assim chamada "abertura material" do sistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais

Um dos setores onde se manifesta a importância da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Com efeito, não é demais relembrar que a Constituição de 1988, na esteira da evolução constitucional desde a proclamação da República (1889, seguida da primeira Constituição Federal e Republicana de 1891) e amparada no espírito da IX

46. Cf., por todos, José Carlos Vieira de Andrade. Op. cit., p. 101-102.

47. Cf., sobre tal dupla função da dignidade, Jeremy Waldron. Dignity and Rank. *European Journal of Sociology*. Cambridge University Press, 2007. p. 203-204.

emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), assim como integram o sistema constitucional os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Além disso, ainda de acordo com a expressa dicção do art. 5.°, § 2.°, da CF/1988, foi chancelada a existência de direitos (ainda que não direta e expressamente previstos no texto constitucional) decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, noção que abarca – embora para tal efeito se possa (há quem o sustente) até dispensar uma cláusula expressa de abertura – a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados.[48] Assim, perceptível que a abertura a direitos não previstos expressamente no texto originário da Constituição guarda relação, embora sem que se possa falar aqui em integral superposição, com a noção de um constitucionalismo cumulativo em matéria de direitos e garantias, notadamente no que diz respeito ao fato de que aos primeiros direitos civis e políticos, somaram-se os direitos socioambientais e culturais, tudo a desembocar, no que se pode designar – a exemplo do que sugeriu Carlos Ayres Britto – de um *Estado de Direitos*.[49]

Nesta quadra, um dos maiores desafios para quem se ocupa do estudo da abertura material do catálogo de direitos e garantias é justamente o de identificar quais os critérios que poderão servir de fundamento para a localização daquelas posições jurídico-fundamentais, como tais não expressamente designadas pelo Constituinte, mas que ainda assim integram o catálogo constitucional de direitos fundamentais, desnecessário aprofundar a noção de que a dificuldade varia de acordo com o caso específico em exame. Certo é que a tarefa de identificar (e, acima de tudo, justificar esta opção) posições fundamentais em outras partes da Constituição, bem como a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da Constituição, passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais, conceito que, por sua vez, dialoga fortemente com a noção de dignidade da pessoa huma-

48. Sobre o sentido e significado do art. 5.°, § 2.°, da CF/1988, bem como a respeito da classificação dos direitos e garantias fundamentais a partir deste preceito, v. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78 e ss.

49. Cf. Carlos Ayres Britto. *O humanismo*...cit., especialmente p. 22-23.

na. Assim, numa primeira aproximação, se com relação às normas de direitos fundamentais integrantes do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) se admite a existência de uma presunção de que sejam normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material,[50] no que diz com a identificação e fundamentação de direitos implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, não se poderá dispensar um exame acurado no sentido de que sejam guindadas à condição de direitos fundamentais (compartilhando, de tal sorte, do regime reforçado de tais direitos na ordem constitucional) apenas posições jurídicas implícita ou expressamente consagradas, e que efetivamente sejam de tal sorte relevantes no que diz com seu conteúdo e significado, a ponto de merecerem o *status* de direitos fundamentais, em sentido material e formal, ou mesmo apenas material, quando for este o caso.

Levando, contudo, em conta que – de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa – com algum esforço argumentativo, tudo o que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental. O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material tanto para a fundamentação de direitos implícitos (no sentido de posições jusfundamentais de cunho defensivo e/ou prestacional subentendidas nos direitos e garantias fundamentais da Constituição), quanto – e, de modo especial – para a identificação de direitos sediados em outras partes da Constituição. Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como, por

50. A respeito da ausência de identidade entre a constituição formal e material, mas reconhecendo, na esteira da doutrina majoritária, a necessidade de se presumir a materialidade constitucional (e fundamental) das normas inseridas na Constituição formal, v. a lição de Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. vol. II, p. 40 e ss., sustentando, ainda (*Manual de direito constitucional* cit. 2000, vol. IV, p. 9 e ss.), coerente com a linha de pensamento adotada, que os direitos fundamentais formalmente consagrados na Constituição também o são em sentido material, embora existam outros direitos fundamentais para além dos direitos expressamente positivados.

exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente, ou mesmo a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso da fundamentação das decisões judiciais e administrativas). O que se pretende enfatizar, é que sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, que estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso. Em outras palavras, sempre que a violação de um direito (seja ele expressa, seja ele implicitamente positivado) resultar em violação da dignidade da pessoa humana e de suas dimensões essenciais já apresentadas, se estará em face de um direito fundamental.

Ainda nesse contexto, muito embora não se possa falar de um limite previamente definido no que diz com a identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, também é correto afirmar que tal atividade reclama a devida cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), notadamente pelo fato de estar-se ampliando o elenco de direitos fundamentais da Constituição com as consequências práticas a serem extraídas, não se devendo, ademais, desconsiderar o risco – a exemplo do que já foi referido com relação à própria dignidade – de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais, já apontada por parte da doutrina.[51]

No que diz com a experiência brasileira e limitando-nos aqui, dado o enfoque do texto, ao ambiente penal, importa destacar o reconhecimento, pelo STF, de um direito à ressocialização do apenado, iluminado pela concepção de que ao preso há de ser assegurada a possibilidade de uma reinserção na vida social de modo livre e responsável (liberdade com responsabilidade), diretriz que, portanto, há de servir de parâmetro para a interpretação e aplicação da legislação em matéria de execução penal.[52]

---

51. Referindo uma tendência para a panjusfundamentalização, no âmbito de uma inflação no campo do reconhecimento de novos direitos fundamentais, advertindo, neste contexto, para os riscos de uma banalização, v. o contributo de José Casalta Nabais. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. *Ab vno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 980 e ss. Neste sentido também aponta John Rawls. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 350, sustentando a necessidade de limitar-se "as liberdades àquelas que são verdadeiramente essenciais", pena de correr-se o risco de uma fragilização da proteção das liberdades mais relevantes.

52. Cf., dentre tantos, a decisão preferida no NC 94.163, de 02.12.2008, relator Min. Carlos A. Britto, onde, em apertada síntese, foi assentado que a fuga, embora in-

Outro exemplo a ser colacionado, que tanto pode ser referido à noção de direitos implícitos e associado a própria dignidade da pessoa humana,[53] quanto – e possivelmente com maior eficácia – pode ser reconduzida ao direito internacional dos direitos humanos, que, por força do já referido art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, integra – quando se cuidar de tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil – o nosso catálogo de direitos fundamentais. Relembre-se aqui tanto o art. 8.º, n. 2, *h*, do Pacto de São José da Costa Rica[54] quanto o art. 14, n. 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[55] contempla, ao menos em sede criminal, um direito ao duplo grau de jurisdição. Todavia, também é de se lembrar aqui que o STF, que, numa primeira fase, mesmo após o advento da Constituição Federal e a ratificação dos tratados de direitos humanos referidos, vinha entendendo que o sistema jurídico brasileiro não agasalha, seja de modo implícito, seja mediante recurso aos documentos internacionais, a garantia de a pessoa condenada em esfera criminal recorrer da decisão para uma instância superior e independente,[56] passou, mais recentemente – pelo menos de acordo com o que se pode extrair de alguns julgados – a admitir um direito ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal, inclusive mediante invocação dos tratados internacionais de direitos humanos que contemplam expressamente tal direito, muito embora tenha também estabelecido limites de duvidosa legitimidade constitucional em relação à aplicação do mesmo direito a determinadas situações,[57] o que, contudo, não é objeto de nossa análise.

---

terrompa o prazo de cumprimento da pena, não pode servir de fundamento para a desconsideração dos dias trabalhados pelo apenado e da respectiva remissão.

53. Cf. o nosso Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista da Ajuris*, n. 66, p. 85 e ss. Porto Alegre: Ajuris, 1996. Por último v. o ensaio de Rubens R. R. Casara. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 495-510.

54. Decreto Legislativo 27/1992 e Decreto Executivo 678/1992, que aprova e promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica.

55. Decreto Legislativo 226/1991 e Decreto Executivo 592/1992, que aprova e promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

56. V., em caráter meramente ilustrativo, STF, AgRg no AgIn 513.044/SP, j. 22.02.2005, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 08.04.2005, no sentido de que não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

57. V., por exemplo, STF, AgRg no AgIn 601.832/SP, 2.ª T., j. 17.03.2009, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 02.04.2009, que, embora em tese admitindo o duplo grau de jurisdição

3.3 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações, com destaque para os assim chamados deveres de proteção

A dignidade da pessoa humana, na sua relação com os direitos e garantias fundamentais, acaba operando, ainda que de modo diversificado, tanto como fundamento (embora não de todos os direitos fundamentais) quanto como conteúdo (igualmente não de todos os direitos e não com a mesma intensidade) dos direitos fundamentais. Por outro lado, doutrina e jurisprudência majoritária (mas não uníssona, em especial no direito estrangeiro), também no que diz com a evolução jurídico-constitucional brasileira, reconhecem, conforme já averbado, que a dignidade da pessoa humana cumpre uma dupla função, atuando tanto como limite para a intervenção do Estado e de terceiros (inclusive, em determinados casos e observados certos pressupostos, para efeito da proteção da pessoa contra si mesma), quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros, mas em especial no concernente à promoção ativa da dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, ainda mais naquilo em que o indivíduo necessita do concurso do Estado e /ou da comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais (e não apenas físicas) básicas.

No que diz com a sua função como limite negativo – na esteira do que bem apontam Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg –, é possível reconhecer na dignidade da pessoa humana uma espécie de "Sinal de Pare", no sentido de uma barreira absoluta e intransponível (um limite) inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência do Estado e da sociedade, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos.[58] Nesta perspectiva, a dignidade da pessoa humana assume a condição de direito de defesa, que tem por objeto a proibição de intervenção na esfera da liberdade pessoal de cada indivíduo

---

em matéria penal, sustentou não se tratar de princípio absoluto, visto se tratar, no caso julgado, de competência originária do Tribunal Regional Federal (condenação pela prática do crime previsto no art. 288 do CP, crime de quadrilha, e consequente perda do cargo de Juiz Federal), sendo taxativas as hipóteses recursais constantes Constituição, dentre outros fundamentos esgrimidos pelo relator. Reconhecendo o duplo grau de jurisdição em matéria penal, em combinação com o direito de apelar em liberdade, v. ainda o HC 88.420/PR, j. 17.04.2007, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

58. Cf. Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg. *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungstaat*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008. p. 10-12.

e a salvaguarda da integridade física e psíquica de cada pessoa contra toda e qualquer ação estatal e particular. Já como fundamento de direitos subjetivos a prestações, a dignidade da pessoa humana guarda tanto uma relação de proximidade com a noção do mínimo existencial e dos direitos sociais considerados, em sentido mais restrito, como direitos a prestações materiais (ou fáticas), quanto com a noção de direitos a prestações em sentido amplo, que, na visão de Robert Alexy, abrangem também prestações de natureza não tipicamente social.[59] Nesse sentido, conveniente sublinhar, em caráter complementar, que da dupla função de proteção (e promoção) e de defesa segue também o dever de implantar medidas de precaução procedimentais e organizacionais, no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais, ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de fazer cessar ou mesmo minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano.[60] Por outro lado, imprescindível destacar que, também no que diz respeito ao seu conteúdo em dignidade da pessoa humana e mesmo quando em causa uma manifestação autônoma da dignidade da pessoa humana, todos os direitos fundamentais – tal qual a dignidade da pessoa – apresentam uma dupla face defensiva e prestacional, de modo que, já por tal razão se pode assumir como correta uma dogmática jurídico-constitucional unitária (um regime jurídico unificado) dos direitos fundamentais.[61]

A partir da perspectiva ora traçada e sem que se tenha a pretensão de inventariar, na sua integralidade, a diversificada e cada vez mais numerosa jurisprudência do STF invocando a dignidade da pessoa humana na sua relação com direitos fundamentais de caráter negativo e positivo, seguem alguns exemplos que oferecem um panorama suficientemente atualizado e abrangente.

Num primeiro grupo de decisões, poderiam ser enquadrados julgados que, embora sem exame deste aspecto, aplicam a dignidade da pessoa humana como regra impeditiva de determinadas condutas, com amplo destaca para a

59. Sobre a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, v., para além de Robert Alexy. Op. cit., p. 171 e ss., 395 e ss. (aqui abordando os direitos a prestações em sentido amplo e estrito).

60. Cf., por todos, Stephan Rixen. Die Würde und Integrität des Menschen. In: Sebastian Heselhaus e Carsten Nowak (Ed.). *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. München/Wien/Bern: C. H. Beck/Linde/Stampfli & Cie AG, 2006. p. 355.

61. Cf. a posição já adotada no nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*... cit., desde a primeira edição (1998). Em Portugal, v., mais recentemente, adotando um regime jurídico único, Jorge Reis Novais. *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

vedação (expressamente consagrado no art. 5.º, III, da CF/1988) da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante, que corresponde justamente à noção subjacente à fórmula-objeto acima referida e que define o que se pode considerar de conteúdo nuclear do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, aqui operando como direito de defesa (negativo). Dentre os casos que merecem destaque, considerando a produção jurisprudencial posterior ao advento da atual Constituição Federal, colaciona-se julgado relatado pelo Min. Celso de Mello, no qual estava em causa a prática de tortura contra criança e adolescente por parte de policias, e onde restou consignada a absoluta vedação da tortura na ordem jurídico-constitucional brasileira, de acordo com orientação uníssona adotada pelo STF,[62] em sintonia, portanto, com a noção de que a dignidade da pessoa humana opera como limite jurídico intransponível, visto que faticamente violável. Da ementa da decisão colacionada, extrai-se a afirmação de que a tortura constitui "prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa", além de se tratar de "negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo". Desta afirmação é possível extrair a conclusão de que – pelo menos no que diz com a posição veiculada nas decisões examinadas e ressalvado o exame de eventuais contradições – para o STF a dignidade da pessoa humana não está sujeita a qualquer tipo de restrição e renúncia, o que remete ao tormentoso tema a respeito do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana – ao menos na perspectiva da proteção jurídica – e que aqui optamos por não desenvolver em virtude dos limites da presente abordagem.[63]

A mesma linha de entendimento, vinculada à negação de uma redução do ser humano a objeto da ação estatal, encontra-se explicitada em uma série de decisões do STF, como dá conta a controvertida Súmula vinculante 11, dispondo sobre a necessidade de fundamentação – por parte das autoridades policiais e judiciárias – da necessidade do uso de algemas. Com efeito, sem que aqui se vá adentrar a discussão a respeito do acerto da opção pela edição de Súmula sobre esta matéria, o fato é que o que está em causa, ao fim e ao cabo, é coibir a humilhação da pessoa no âmbito da já suficientemente

62. Cf. HC 70.389/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 23.06 1994.

63. A respeito da discussão sobre a possibilidade de restringir a dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio e norma que assegura direitos fundamentais, v., por todos, o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* cit., p. 135 e ss., 2011.

invasiva ação policial e jurisdicional peculiar ao processo criminal, além do reconhecimento, por parte do STF, de que a pessoa algemada encontra-se mais facilmente submetida à ação de terceiros, sem prejuízo de outros aspectos que poderiam ser aqui colacionados. Que necessariamente há de ser reconhecida a nulidade absoluta do processo ou mesmo dos atos praticados em desrespeito ao enunciado do STF é aspecto que merece maior reflexão do que aqui poderá ser desenvolvida.

Diretamente relacionada com o problema da proibição de tratamento desumano e degradante está a imposição do cumprimento da pena de prisão em condições manifestamente indignas, situação muito frequente no sistema prisional brasileiro. Em outras palavras, o direito fundamental ao cumprimento da pena com um mínimo de dignidade (ou seja, em condições que não possam ser qualificadas de desumanas e degradantes) é outro direito ao qual se encontram associadas posições subjetivas negativas e positivas, além de deveres de proteção e promoção do Estado, por exemplo, a responsabilização do Estado e de seus agentes no campo da responsabilidade por omissão, da priorização de ações na esfera da administração do sistema prisional, dos reflexos de tais aspectos sobre as decisões do Poder Judiciário no que diz com a concessão de benefícios no âmbito da execução penal e até mesmo no concernente a influência de tais fatores (superlotação e condições desumanas na prisão) sobre decisões judiciais em matéria de prisão provisória e na fixação de penas privativas de liberdade, entre outros fatores que poderiam ser elencados e que tem sido objeto de acirrado debate e embate na esfera teórica e prática, com graves consequências para os cidadãos que são submetidos à prisão, mas também para a sociedade em geral, o que igualmente aqui não poderá ser aprofundado, mas que constitui um dos ambientes mais propícios (e dramáticos) para a consideração em concreto na noção de dignidade da pessoa humana como princípio, direito e dever.

Vinculada também à noção de um dever de proteção estatal da dignidade da pessoa humana (de todas as pessoas, sejam elas acusadas ou condenadas em processo criminal, sejam elas as vítimas de ações criminosas) está a noção, já relativamente difundida no Brasil, de um dever de proteção suficiente, ao qual corresponde uma proibição de proteção insuficiente, que, entre outras consequências – considerando que o dever de proteção vincula todos os órgãos estatais, com destaque para o Legislativo e Judiciário – pode implicar a inconstitucionalidade da descriminalização de uma conduta ofensiva a bens fundamentais, quanto – o que é mais polêmico – até mesmo um dever (mesmo implícito, para alguns) de criminalização por parte do legislador, quanto, na perspectiva do Poder Judiciário, a intervenção corretiva no âmbito do contro-

le das opções legislativas e das decisões das instâncias inferiores do próprio Judiciário.[64]

3.4 A dignidade como parâmetro interpretativo e como critério para a justificação constitucional de limites aos direitos e do controle das intervenções restritivas de direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana, como se verifica também na jurisprudência do STF, seguidamente é invocada como constituindo – de modo geral em combinação com determinado (s) direito (s) fundamentai (s) tanto fundamento (critério material) a justificar a legitimidade constitucional da imposição de limites ao exercício de direitos fundamentais. Da mesma forma, registram-se decisões nas quais é o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais que opera como limite aos limites dos direitos fundamentais, de modo a obstaculizar determinadas medidas que, embora sirvam à proteção ou promoção de outros direitos fundamentais (com maior ou menor relação com a dignidade da pessoa humana). Muito embora não se possa identificar, no âmbito da – também neste campo nem sempre uniforme e clara – jurisprudência do STF, a consolidação de uma doutrina a respeito do tema, percebe-se que a dignidade da pessoa humana guarda relação tanto com a noção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (embora sobre a qualidade da relação em si pouco se possa aferir do exame das decisões) quanto com a aplicação do princípio da proporcionalidade, tudo no contexto mais amplo da problemática dos limites e restrições dos direitos fundamentais, com destaque para as hipóteses de conflito (colisões) entre direitos fundamentais.

Hipótese de crescente relevância no que diz com a utilização da dignidade da pessoa humana como critério para interpretação do ordenamento jurídico envolve tanto a identificação de um conteúdo em dignidade de outros direitos

64. Sobre os deveres de proteção e seus reflexos na seara criminal, com destaque para a proibição de proteção insuficiente, v., na literatura brasileira dedicada especialmente ao tema, entre outros, Ingo Wolfgang Sarlet. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais ente proibição de excesso e de insuficiência. *RBCCrim* 47/60. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2004; Lenio Luiz Streck. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* 80/303-345. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004; Luciano Feldens. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, sem prejuízo de desenvolvimentos mais recentes dos autores citados.

fundamentais, quanto a interpretação "conforme a dignidade" de institutos jurídicos que implicam restrição de direitos, de tal sorte que, em alguns casos, o próprio âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais acaba por ser delimitado de modo mais extensivo, e, portanto, de modo a assegurar um nível mais acentuado de proteção dos direitos.

Um bom exemplo deste tipo de argumentação, onde a eventual violação (a ser demonstrada no caso concreto) da dignidade da pessoa humana implica a relativização de regra jurídica proibitiva de determinado benefício, pode ser extraído do julgamento do HC 83.358-6/SP, relatado pelo Min. Carlos Britto, onde estava em causa a solicitação de concessão da possibilidade de pessoa idosa cumprir a pena privativa de liberdade em regime de prisão domiciliar, a despeito de ter sido condenada pela prática atentado violento ao pudor, alegando a precariedade do seu estado de saúde. Embora no caso apreciado pelo STF tenha sido negado o pleito, mediante o argumento de que não restou devidamente comprovada a excepcionalidade da situação, o Tribunal reconheceu – a exemplo de outros julgados[65] – "que a condenação por crime tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana (e cabe sublinhar tal aspecto!) especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República". Por outro lado, importa destacar que diversamente de uma série de outros julgados onde não houve qualquer preocupação em examinar, à luz das circunstâncias do caso, a ocorrência de uma violação da dignidade da pessoa humana, no caso ora apresentado, restou consignado que o deferimento do benefício (excepcionando a regra legal) se justifica apenas quando a dignidade do condenado (apenado) efetivamente estiver sendo violada ou ameaçada de violação. Com efeito, de acordo com o que se extrai da ementa do julgado, a "dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionalíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado".

Igualmente relacionados com a esfera penal e de ampla repercussão (assim como cercados de intensa polêmica por parte de alguns setores da doutrina e mesmo da opinião pública) são os casos de uma nem sempre convencional interpretação conforme a constituição da legislação penal e processual penal, protagonizados pelo STF. Dentre os numerosos exemplos que poderiam

65. Em caráter ilustrativo, v. STF, HC 86.875/RS, j. 07.10.2005, rel. Min. Cezar Peluso; STF, HC 84.539/SP, j. 16.12.2004, rel. Min. Carlos Britto.

ser colacionados selecionamos, em caráter ilustrativo, o assim chamado caso "Ellwanger",[66] o caso da "Marcha da Maconha"[67] e a recente decisão em prol da legitimidade constitucional da interrupção da gravidez (ou antecipação do parto, como preferem alguns) quando diagnosticada a anencefalia do feto.[68] Os casos apresentam como elemento comum a invocação, em maior ou menor medida (e de modo direto ou indireto), da dignidade humana, como fundamento da decisão, mas distinguem-se em aspectos substancias, pois ao passo que na primeira hipótese se tratou da flexibilização de tipo penal como modo de justificar a condenação (caso "Ellwanger") nos outras duas situações ("Marcha da Maconha" e "Anencefalia") o que ocorreu foi a exclusão da incidência da lei penal incriminadora, de tal sorte que – de acordo com a ótica do STF – a dignidade e direitos fundamentais correlatos operam tanto como limites à liberdade como servem de critério para assegurá-la. Isso, por sua vez, guarda relação com a tese de que a dignidade da pessoa humana cumpre função dúplice, já que serve de fundamento para a restrição de direitos fundamentais e ao mesmo tempo atua como limite impeditivo de tais restrições.[69]

É nesse contexto, contudo, que pode se tornar produtiva a relação entre proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, pois muito embora se possa afirmar (embora nem todos assim o sustentem) que toda a medida restritiva que afeta a dignidade da pessoa humana é desproporcional, nem toda a medida restritiva é desproporcional pelo fato de que viola a dignidade da pessoa humana, notadamente quando em causa os dois primeiros critérios do controle da proporcionalidade (a adequação e a necessidade), que – em se adotando como premissa de que o teste de proporcionalidade deve obedecer à metódica trifásica difundida a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – precedem ao que se convencionou designar de proporcionalidade em sentido estrito, onde se dará a assim chamada ponderação propriamente dita dos direitos fundamentais e bens constitucionais em eventual relação de conflito.[70]

---

66. Cf. HC 82.424/RS, j. 17.09.2003, rel. Min. Moreira Alves.

67. Cf. ADPF 187, j. 15.06.2011, rel. Min. Celso de Mello.

68. Cf. ADPF 54, j. 13.04.2012, rel. Min. Marco Aurélio.

69. Cf., na literatura brasileira, por todos, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* cit., p. 141 e ss (dignidade como limite e como limite aos limites), 2011.

70. Sobre os critérios da proporcionalidade (sem que se esteja a concordar com a sua qualificação como postulado normativo-aplicativo), v., por todos, Humberto Bergmann Ávila. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 161 e ss.

Por outro lado, coloca-se aqui com particular agudeza a delimitação entre o assim chamado conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais e seu maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana, da mesma forma como se revela ainda mais controversa a possibilidade de eventual restrição à própria dignidade da pessoa humana, que, de acordo com alguns segmentos da doutrina especializada, não poderá ser subtraída completamente a uma eventual ponderação, por mais alta que seja a sua posição na constelação dos princípios e direitos fundamentais.[71] Indagações de até que ponto é possível tolerar (do ponto de vista jurídico-constitucional) algumas medidas que envolvem a coleta e aproveitamento de provas invasivas da privacidade, a utilização de métodos mais rigorosos e mesmo interventivos na integridade física e psíquica para a ação preventiva da polícia em face de grave ameaça a outros bens fundamentais, são apenas uma pálida amostra das discussões travadas na doutrina e jurisprudência brasileira, estrangeira e supranacional, devendo ser analisadas em outra oportunidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os exemplos colacionados, que representam apenas uma pequena amostra do universo de julgados nos quais o STF do Brasil, cada vez mais e especialmente após a promulgação da Constituição Federal, invoca a o princípio (e regra) da dignidade da pessoa humana como fundamento principal ou secundário para a solução de controvérsias (dentre as quais um expressivo número relacionadas com o direito penal e processual penal) que lhe são direcionadas, demonstram claramente uma tendência no sentido de consagrar, também no direito brasileiro, a noção de que na dúvida deverá o intérprete – seja no âmbito da assim chamada "ponderação" de princípios e direitos fundamentais, seja em outras hipóteses – optar pela alternativa mais compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana, muito embora quais sejam exatamente tais exigências também no Brasil ainda esteja longe de ser elucidado, precisamente em função da conhecida dificuldade de delimitar o conteúdo em dignidade dos direitos e garantias fundamentais ou identificar – a depender do caso – eventual conteúdo autônomo para o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

71. Sobre a discussão, v., por todos, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* cit., p. 149 e ss. Na literatura alemã, reunindo uma série de contribuições relevantes e atualizadas sobre o tema, v. em especial Rolf Gröschner e Oliver W. Lembcke (ed.). *Das Dogma der Unantastbarkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

Neste contexto, quanto mais se recorre a dignidade da pessoa humana como argumento no processo judicial, tanto mais se faz necessária cautela no seu manejo, pois se a dignidade e os direitos humanos e fundamentais apontam – como bem o observou Gomes Canotilho – para a afirmação da ideia de uma comunidade constitucional republicana e inclusiva, necessariamente pautada por um multiculturalismo mundividencial avesso a qualquer tipo de "fixismo",[72] também se prestam uma perigosa manipulação retórica e mesmo fundamentalista, caso transformados em instrumentos de pautas de valores e interesses pessoais e sectários, resultando naquilo que já foi designado de uma "tirania da dignidade".[73] Que nem o direito penal e nem a dignidade da pessoa humana (de todos e de cada um) tem a ganhar com tal "tirania", resulta aparentemente elementar, mas nem sempre tem sido objeto de suficiente consideração, razão pela qual se espera que o presente texto possa pelo menos auxiliar no processo de discussão sobre o tema.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana, de Hélio Rios Ferreira e Heliomar Rios Ferreira – *RDCI* 73/192;
- "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, de Luís Roberto Barroso – *RT* 919/127;
- Dignidade da pessoa humana, de Paulo Hamilton Siqueira Jr. – *RT* 875/707;
- Dignidade da pessoa humana, de Fátima Carolina Pinto Bernardes – *RT* 849/727; e
- Reflexões sobre a dignidade da pessoa humana, de Daniel Fernando Bondarenco Zajarkiewicch – *RDPriv* 38/47.

72. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 225-26, desenvolvendo a ideia da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República.

73. Cf., por todos, Ulfried Neumann. Die Tyrannei der Würde. *ARSP*. vol. 84, p. 153 e ss., 1988.

63366

MERECIMIENTO, DISTRIBUCIÓN Y TEODICEA: EL DERECHO PENAL EN LA TEORÍA RAWLSIANA DE LA JUSTICIA

2

Desert, distribution, and theodicy: criminal law in Rawls' theory of justice

JUAN PABLO MAÑALICH R.

Doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008). Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile (2004). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El artículo examina la imagen del derecho penal que cabe rastrear en *A Theory of Justice*, de John Rawls. El objetivo consiste en mostrar la inestabilidad de esa imagen, explicada por referencia a la tensión que cabe identificar entre la hipótesis del carácter irrenunciable del merecimiento como categoría de la justificación de la pena, por un lado, y las implicaciones de una teoría liberal de la justicia distributiva, por otro. El artículo ofrece una interpretación de esa tensión, que apunta al compromiso latente del liberalismo de Rawls con una teodicea política.

PALABRAS CLAVE: Rawls - Teoría de la pena - Justicia distributiva - Merecimiento - Teodicea política.

ABSTRACT: The article reviews the image of criminal law that can be found in John Rawls' *A Theory of Justice*. The aim is to show the instability of such image, explained by reference to the tension that can be traced between the claim of the essentiality of desert as category of the justification of punishment, on the one side, and the implications of a liberal theory of distributive justice, on the other. The paper offers an interpretation of this tension, which points to the latent commitment of Rawls' liberalism to a political theodicy.

KEYWORDS: Rawls - Theory of punishment - Distributive justice - Desert - Political theodicy.

SUMARIO: 1. El derecho penal y la teoría de la justicia: sinopsis – 2. Retribucionismo liberal: 2.1 Justicia distributiva versus justicia retributiva; 2.2 Lo correcto y lo justo; 2.3 La culpabilidad como falta de sentido de la justicia; 2.4 El principio de culpabilidad y la justicia del proceso penal – 3. Liberalismo y prevención: 3.1 Penas e impuestos; 3.2 La justificación distributiva de la punición preventiva – 4. La culpabilidad en la teodicea liberal: 4.1 La persistencia del merecimiento; 4.2 La teodicea de la sociedad bien ordenada; 4.3 Culpabilidad del sujeto versus culpabilidad del ciudadano – 5. Referencias.

"It would be far better off if the acts proscribed by penal statutes were never done."
John Rawls, *A Theory of Justice*, § 48.

1. EL DERECHO PENAL Y LA TEORÍA DE LA JUSTICIA: SINOPSIS

Dice Rawls:[1]

"Es verdad que en una sociedad razonablemente bien ordenada, los que son castigados por violar leyes justas normalmente han hecho algo incorrecto. Esto se debe a que el propósito del derecho penal es sostener los deberes naturales básicos, aquellos que nos prohíben dañar a otras personas en su vida y su salud, o privarlas de su libertad o de sus propiedades, y los castigos tratan de conseguir este fin. No son simplemente un esquema de impuestos y cargas designados para poner un precio a ciertas formas de conducta y, de este modo, guiar la conducta de las personas para obtener un beneficio recíproco. Sería mucho mejor si los actos proscritos por la ley penal nunca se cometiesen. Así, la propensión a cometer tales actos es característica de un carácter defectuoso, y en una sociedad justa los castigos legales caerán únicamente sobre quienes muestren estos defectos."

1. El presente artículo constituye una adaptación de la ponencia presentada en el marco del Congreso "John Rawls. A 40 años de *Teoría de la Justicia*", organizado por el Instituto de Humanidades de la Universidad Diego Portales y la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez, desarrollado los días 12 y 13 de octubre de 2011. Posteriormente, el trabajo fue presentado en un seminario organizado por el Instituto de Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, celebrado el día 2 de diciembre de 2011. El autor agradece a los participantes en ambas instancias por sus muy útiles y valiosos comentarios, así como a Alejandra Olave Albertini e Italo Reyes Romero, ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su colaboración en la edición del texto.

Este pasaje está extraído, palabra por palabra, de la sección número 48 de la traducción al castellano de *A Theory of Justice*.[2] Y la tesis a sostener es que en dicho extracto se encuentra esbozada una muy inestable imagen del derecho penal que es posible derivar de la capital obra de Rawls.

Antes de entrar en ello, sin embargo, puede ser oportuno introducir un *caveat*. Hacia el final de la obra, analizando "el bien del sentido de la justicia" (§ 86), Rawls afirma haber dicho muy poco acerca de esta segmento de la teoría de la justicia, que pertenecería, en efecto, a la parte que el propio Rawls denomina "teoría de la obediencia parcial".[3] Ello podría significar que, al disponerse a proponer una reconstrucción de un aspecto parcial de una obra titánica sobre el cual su autor afirma, *expressis verbis*, haber dicho muy poco, uno se estaría disponiendo a cometer o bien una injusticia o bien un despropósito. A este respecto, lo importante sería más bien indagar en por qué en *A Theory of Justice* efectivamente se dice poco acerca del derecho penal, a pesar de tratarse, como el propio Rawls lo hace explícito en más de algún pasaje, de un capítulo irrenunciable en la elaboración de una teoría de la justicia. Y el desafío aquí consiste en mostrar que ello puede deberse a la incomodidad que la pregunta por la justificación de la pena estatal necesariamente acarrea para una teoría liberal de la justicia comprometida, como lo está la de Rawls, con una teodicea política.

2. RETRIBUCIONISMO LIBERAL

2.1 Justicia distributiva versus justicia retributiva

El primer eje sobre el cual se asienta la imagen del derecho penal que es posible extraer de *A Theory of Justice* puede ser identificado aislando la primera de las tres partes en que se deja descomponer el extracto citado al comienzo:

---

2. El extracto se corresponde con el texto tomado de Rawls, J. *Teoría de la Justicia*. México: FCE, 1995. p. 290 y ss., con cuatro ínfimas alteraciones orientadas a favorecer la fidelidad a la versión inglesa original, una de las cuales, empero, amerita una clarificación, a saber: la sustitución de "carácter perverso" por "carácter defectuoso". La traducción de "bad character" como "carácter perverso" podría resultar poco feliz, en la medida en que esta última expresión sugiriera algo así como "maldad intrínseca". La traducción alternativa de la expresión inglesa como "mal carácter" tampoco resultaría enteramente adecuada, en atención al sentido que esta última expresión suele adquirir en su uso coloquial (tal como cuando se dice de la persona X que "tiene mal carácter"). De ahí que se haya optado por la expresión "carácter defectuoso", a pesar de que esta decisión de traducción también pueda no resultar del todo satisfactoria. Véase *infra*, nota 59.
3. RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge: The Belknap Press, 1999. p. 504. Al respecto, véase *infra*, nota 36.

"Es verdad que en una sociedad razonablemente bien ordenada, los que son castigados por violar leyes justas normalmente han hecho algo incorrecto. Esto se debe a que el propósito del derecho penal es sostener los deberes naturales básicos, aquellos que nos prohíben dañar a otras personas en su vida y su salud, o privarlas de su libertad o de sus propiedades, y los castigos tratan de conseguir este fin."

Aquí se expresa una toma de posición acerca de la finalidad de la pena estatal, cuya persecución tendría que ser esgrimida en la justificación de la punición y que cabría caracterizar como "proto-retribucionista", en la medida en que sus implicaciones y consecuencias se avienen mejor con una concepción retribucionista de la pena que con cualquiera de sus alternativas teóricas, a pesar de que Rawls no haga explícita esa caracterización.[4] Para fundamentar

4. Esto contrasta con la interpretación propuesta por Wittig, según quien – y sobre todo por razones de descarte – la única concepción de la finalidad del castigo que podría atribuirse a Rawls, teniendo en cuenta los pasajes aquí considerados, sería la de la así llamada "prevención general positiva". Véase WITTIG, P. Die Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Stabilität bei John Rawls. *107 Zeitschrif für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1995, p. 268 y ss. Es importante reparar en los argumentos (escuetamente) ofrecidos por Wittig para descartar la posibilidad de invocar la retribución como la finalidad del castigo que mejor se corresponde con la imagen (parcial) del derecho penal propuesta por Rawls: por una parte, el argumento de que la imposición de una pena retributivamente justificada sería dependiente de la efectiva perpetración de un hecho delito, en circunstancias de que bajo los presupuestos de una sociedad bien ordenada la tasa de delincuencia tendería a ser ínfima; por otra, el argumento de que, con arreglo a una concepción retribucionista, "la pena no debe ser impuesta en pos de una finalidad social, sino para retribuir justamente el hecho". La propia Wittig concede, a renglón seguido, que el primer argumento es especialmente débil, en tanto el mismo afecta a cualquier teoría de la pena que cuente como teoría de la *imposición* de la pena. Respecto del segundo argumento, la comprensión de la noción de retribución sugerida por Wittig, en el sentido de que la pena retributiva tendría que ser entendida como una "pena libre de fines", se encuentra por debajo del estándar de la discusión contemporánea en el contexto de la teoría de la justificación de la pena: si bien dicha comprensión puede llegar a exhibir alguna verosimilitud en tanto simplificación de una concepción kantiana del principio de retribución, la misma no alcanza a tener verosimilitud alguna respecto de concepciones que tienden a identificar la retribución con la reafirmación coercitiva de la vigencia del derecho. Al respecto véase MAÑALICH, J. P. *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano, 2010. p. 95 y ss., 101 ss., con ulteriores referencias. Por lo demás, el análisis de Wittig deja completamente de lado el punto crucial: ¿es compatible el inequívoco énfasis rawlsiano en lo imprescindible del recurso a la categoría del *merecimiento* con una concepción no-retribucionista de la finalidad de la pena? Véase *infra*, nota 46.

esta última afirmación, es indispensable detenerse en el tenor de la oración inmediatamente anterior a aquella con la cual se inicia el fragmento aquí considerado. La oración es la siguiente: "Ahora bien, esta opinión quizá se siga de pensar en la justicia distributiva como lo opuesto, de alguna manera, a la justicia retributiva".[5] Y la opinión en cuestión, que contaría como la consecuencia de una errónea comprensión de la relación entre las categorías de la justicia distributiva y la justicia retributiva, se identificaría con la creencia de que "a menos que aquellos que están mejor que los demás [en lo tocante a la distribución de porciones distributivas de las ventajas de la cooperación social] posean un carácter moral superior, su goce de mejores ventajas [sería] una afrenta a nuestro sentido de la justicia".[6]

En el contexto de la sección en cuestión, que se ocupa del problema de "las expectativas legítimas y el merecimiento moral" (§ 48), Rawls recurre al del derecho penal para dar cuenta de la diferencia qué habría que reconocer entre arreglos institucionales cuyo estándar de justicia tendría que ser uno de justicia en la distribución, por un lado, y arreglos institucionales cuyo estándar de justicia, en cambio, podría ser uno de justicia retributiva, por otro. El objetivo principal perseguido a través del argumento es demostrar que, tratándose de cuestiones relativas a la justa distribución de los beneficios de la cooperación social, la pregunta por el merecimiento moral estaría fuera de lugar – proposición que, célebremente, fuera a ser impugnada por Nozick.[7] Pero lo que aquí interesa es que Rawls recurra al derecho penal precisamente como ejemplo de un arreglo institucional en cuya operación sí sería pertinente la consideración del merecimiento moral de una persona en pos de determinar cuál pudiera ser el tratamiento que hubiera de corresponderle bajo ese mismo arreglo institucional.

Lo fundamental está en que esta referencia al derecho penal se sitúa en el contexto de la impugnación, por parte de Rawls, de una representación de la relación entre justicia distributiva y justicia retributiva como una relación de oposición. Pues Rawls sugiere que la justicia distributiva y la justicia retributiva aparecen como parámetros evaluativos que funcionan como respuestas a preguntas que pertenecen a niveles distintos. Desde luego, esto es algo que Rawls mismo pone en los siguientes términos: "La cuestión de la justicia criminal pertenece, en su mayor parte, a la teoría de la obediencia parcial, mientras que la cuestión de dar cuenta de las porciones distributivas

5. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 276.

6. Ibid.

7. Véase NOZICK, R. *Anarchy, State, and Utopia.* Oxford y Cambridge: Blackwell, 1974. p. 149 y ss.

pertenece a la teoría de la obediencia estricta, y así a la consideración del esquema ideal".[8] No obstante, es posible articular esta diferencia de niveles de manera tal que, siendo fieles al esbozo rawlsiano, podamos clarificar un eventual malentendido acerca del estatus de la justicia retributiva, que el derecho penal pretende administrar, como una forma de justicia secundaria.[9]

2.2 Lo correcto y lo justo

En el extracto citado al comienzo, Rawls sostiene que las formas de comportamiento cuya realización resulta punible bajo la legislación penal normalmente representan formas de comportamiento moralmente incorrecto, esto es, instancias de *wrongdoing*. Su incorrección característica se encuentra, según Rawls, en que su realización conlleva la infracción de determinados "deberes naturales básicos".

Ahora bien, en la presentación inicial de su proyecto teórico, Rawls propone una distinción, en lo que aquí interesa,[10] entre aquellos principios de justicia que se aplicarían a las instituciones que constituirían la estructura básica de la sociedad (§§ 10-12), por un lado, y aquellos principios de justicia que se aplicarían directamente a la situación de los individuos (§§ 18-19), por otro. Lo distintivo de estos últimos principios se encuentra en que los mismos sirven de base para la generalidad de los "requerimientos morales" que recaen sobre los individuos, requerimientos que Rawls clasifica en "obligaciones" y "deberes naturales". Lo característico de una obligación sería su estatus como requerimiento fundando en un principio de justicia específico, que Rawls denomina "principio de imparcialidad" (§ 18). El contenido de este principio sería el siguiente:

"De una persona se exige que haga su parte según lo definen las reglas de una institución cuando se ven cumplidas dos condiciones: primero, la institución es justa (o *fair*), esto es, satisface los dos principios de justicia; y segundo, uno ha voluntariamente aceptado los beneficios del arreglo o se ha aprovechado de las oportunidades que ofrece para la realización de los propios intereses."[11]

---

8. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 277. Fundamental para la distinción FEINBERG, J. *Doing & Deserving*. Princeton: Princeton University Press, 1970. p. 55 y ss.

9. DEL VECCHIO, G. *La Justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1952. p. 127 y ss. Véase también MAÑALICH, J. P. Justicia, propiedad y prevención. *41 Revista de Estudios Criminales*, p. 15 y ss., 2011.

10. El cuadro total también se compone de aquellos principios que fundamentan el derecho internacional (*law of nations*), que organiza las relaciones entre Estados.

11. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 96.

Las obligaciones que se derivarían de este principio exhibirían las siguientes propiedades distintivas: primero, una obligación siempre constituirá el resultado de alguna acción voluntaria de un individuo, sea al modo de una auto-vinculación expresa o concluyente, sea al modo de una aceptación de los beneficios que la existencia de la institución genera; segundo, el contenido de una obligación siempre quedaría definido por las reglas que configuran la institución correspondiente; y tercero, el portador de una obligación siempre quedaría vinculado, en tanto tal, para con individuos determinados, a saber, aquellos que cooperan en el mantenimiento del respectivo arreglo institucional.[12]

Frente a esto, los deberes naturales no necesitarían estar fundados en un principio que, como el de imparcialidad, represente un vehículo de mediación institucional entre la posición de cada individuo y la estructura básica de la sociedad. Es posible, desde luego, que algunos de esos deberes naturales se encuentren mediados por una referencia institucional; éste sería el caso tratándose de lo que Rawls llama el "deber de justicia", que es el deber de sustentar o dar apoyo a las instituciones justas.[13] No obstante, Rawls afirma que buena parte de nuestros deberes naturales podría ser identificada con total prescindencia de cuáles sean los principios de justicia aplicables a las instituciones que conforman la estructura básica, que hubiesen de resultar escogidos en la posición original.[14]

Entre ellos figurarían deberes negativos como el de no dañar o injuriar a otros y el de no causar sufrimiento innecesario, y deberes positivos como el de ayudar a otro que está en peligro, sin detrimento propio.[15] Y lo que justificaría caracterizarlos como deberes *naturales* sería el precisamente el hecho de que los individuos serían portadores de estos deberes sin consideración de su posición en posibles relaciones institucionales, en términos tales que para su fundamentación bastaría que estemos ante una relación entre personas morales iguales.[16]

Sobre este trasfondo, es importante detenerse en la sugerencia de Rawls, según la cual quien comete un delito normalmente hace algo moralmente incorrecto, en la medida en que así infringiría, *eo ipso*, algún deber natural básico. Pues ello hace posible atribuir a Rawls la tesis de que la justicia retributiva administrada por el derecho penal es secundaria frente a

12. Ibid, p. 97.
13. Ibid, p. 93, 99.
14. Ibid, p. 93.
15. Ibid, p. 98.
16. Ibid, p. 99.

determinados estándares de justicia distributiva *lato sensu*. Esta última cualificación es pertinente, porque Rawls tiende a favorecer la idea de que el problema de la justicia distributiva es el problema asociado a la elección de un determinado sistema social, cuya configuración específica tendría que contar como el resultado de la aplicación de los principios de justicia a la estructura básica, en pos de la constitución de determinadas "instituciones de trasfondo" (§ 43) que sirvan de contexto a las preguntas de justicia en la distribución de las ventajas de la cooperación social.[17]

Esto podría interpretarse en el sentido de que, en términos rawlsianos, entender la pregunta por la legitimación de las normas que imponen los deberes cuya infracción es criminalmente delictiva como una pregunta de justicia distributiva constituiría una confusión de categorías. Pero aquí es necesario tener en cuenta el modo en que Rawls presenta la relación entre los conceptos de lo correcto y lo justo (§ 18). Al respecto, la afirmación de Rawls es clara: "El concepto de que algo es correcto es lo mismo que, o mejor, puede ser reemplazado por, el concepto de estar en concordancia con los principios que serían reconocidos en la posición original como aplicables a cosas de su mismo tipo."[18] De ahí que no pueda sorprender que una infracción de algún deber natural básico tenga que ser considerada como una instancia de incorrección (o mejor: de *wrongdoing*), dado que los principios que fundamentan tales deberes naturales serían principios seleccionados bajo las condiciones – incluido el "velo de ignorancia" – que definen la posición original.

Y no conviene olvidar, a la vez, que Rawls es explícito en caracterizar los principios que fundamentan nuestros deberes naturales como principios de justicia. Pues ello hace posible concluir que Rawls es enteramente consistente cuando observa, a propósito de la determinación del objeto mismo del cual se ocupa la pregunta por la justicia, que su restricción de las cuestiones de diseño institucional concernientes a la conformación de la estructura básica de la sociedad cuenta, en efecto, como una *restricción* de la pregunta a un caso especial.[19] De ahí que tampoco pueda sorprender que Rawls sea igualmente explícito en sostener que la teoría de la justicia como imparcialidad puede desarrollarse, en el correspondiente nivel de generalización, como una teoría de "la corrección como imparcialidad".[20]

17. Ibid, p. 6 y ss. y 242 y ss.
18. Ibid, p. 95.
19. Ibid, p. 7.
20. Ibid, p. 95.

Ahora bien, las normas que imponen aquellos deberes cuya infracción prototípicamente adquiere relevancia criminal pueden ser entendidas como pautas de corrección. Esta caracterización es enteramente compatible, en términos rawlsianos, con su caracterización como estándares de justicia distributiva. Pues las normas que funcionan como estándares de comportamiento correcto admiten ser descritas como esquemas de distribución. Lo que tales normas distribuyen no es sino una muy prominente ventaja de la cooperación social: la libertad general de acción, que se ve normativamente restringida como carga correlativa al disfrute generalizado de esa ventaja.[21] Y la imposición de esta carga solamente resulta legítima en tanto fundada en un principio de justicia distributiva, el cual, en el marco de la tradición del liberalismo kantiano, se constituye en un principio de universalización estricta: la norma, para satisfacer su pretensión de justicia, ha de ser interpretable como el resultado de la universalización de una determinada máxima de acción, en términos tales que el seguimiento de esa máxima de acción pueda ser tenido por ventajoso o favorable para todos y cada uno de sus potenciales destinatarios.

2.3 La culpabilidad como falta de sentido de la justicia

Así se obtiene una interpretación del concepto jurídico-penal de culpabilidad en clave rawlsiana. La falta de seguimiento de una norma distributivamente justa cuenta como una instancia de injusticia – o en los términos más esotéricos del discurso de la dogmática jurídico-penal: una instancia de *injusto*. Y en la medida en que esa falta de seguimiento de la norma pueda imputase a uno de sus destinatarios como una falla personal indicativa de una falta de sentido de la justicia,[22] ello puede *ameritar* una respuesta punitiva.

Quien no sigue una norma cuyo seguimiento es favorable para todos se convierte en un *free rider*, en tanto pretende obtener un doble beneficio a expensas de los demás: (1) el beneficio que le reporta no seguir la norma en las circunstancias dadas; y (2) el beneficio que le reporta el seguimiento generalizado de esa misma norma por parte de otros.[23] De este modo, la pena

---

21. Véase KINDHÄUSER, U. Personalidad, culpabilidad y retribución. En: KINDHÄUSER, U.; MAÑALICH, J. P. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2011. p. 3 y ss.

22. Véase RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 397 y ss. Al respecto MAÑALICH, J. P. *Terror, pena...* cit., n. 3, p. 72 y ss.

23. Véase MURPHY, J. *Retribution, Justice, and Therapy*. Dordrecht y Boston: Kluwer, 1979. p. 82 y ss. Correctamente entendido, esto excluye cualquier posibilidad de interpretar empírica o psicológicamente la afirmación según la cual el quebrantamiento de la norma se traduce en un beneficio para el autor. Véase para tal crítica FALLS, M.

expresa lo intolerable de la pretensión de aprovechamiento unilateral esgrimida por el autor, por la vía de la irrogación de un mal que neutraliza esa pretensión de aprovechamiento unilateral a costa de la lealtad para con el seguimiento de la norma practicada por los demás. Esta es la manera en que la punición del autor sirve, en palabras de Rawls, a la afirmación de nuestros deberes naturales básicos: la norma quebrantada, que fundamenta el deber que ha sido infringido, es confirmada en su pretensión de validez; o más precisamente: en su pretensión de ser reconocida como razón eficaz para la acción.

Esto basta, de paso, para dar cuenta de que, en contra del lugar común, una teoría de la retribución no puede ser neutral frente a cuáles son las formas de comportamiento cuya realización imputable es merecedora de pena. Para ilustrar el punto, cabe detenerse en la observación de Rawls acerca de la relación en que se encuentran las reglas sustantivas que instituyen la propiedad sobre cosas y las normas que fijan las condiciones de punibilidad y los umbrales de penalidad del hurto y el robo. Dice Rawls: "Estos delitos y los deméritos que entrañan presuponen la institución de la propiedad establecida para fines sociales anteriores e independientes".[24] Así, Rawls es explícito en cuanto a que la imputación de un hecho constitutivo de hurto o de robo entraña un *demérito* para su autor, esto es, un juicio distintivamente retributivo de reproche por merecimiento. Pero se trata de un juicio de reproche que es dependiente de la existencia de una institución – la de la propiedad – que reclama una justificación distributiva; y en tal medida, se trata de un juicio puramente derivativo de merecimiento.[25]

2.4 El principio de culpabilidad y la justicia del proceso penal

Pero hay otro pasaje de la obra que difícilmente podría resultar más revelador del compromiso de Rawls con la indisponibilidad de la noción de merecimiento – y por ende, de justicia retributiva – para la comprensión de la lógica del derecho penal.[26] Se trata, en efecto, de su caracterización de la estructura del proceso penal.

Retribution, reciprocity, and respect for persons. 6 *Law & Philosophy*,1987, p. 30 y ss. Para la refutación de la crítica, véase SADURSKI, W. Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality. 7 *Law & Philosophy*, n. 3, 1989, p. 357 y ss. y 360 y ss.

24. RAWLS, J. *Teoría de la jusitica* cit., n. 2, p. 275.

25. Ello es clara y críticamente detectado por SADURSKI, W: *Giving Desert Its Due*. Dordrecht, Boston y Lancaster: Kluwer, 1985. p. 224 y ss.

26. Véase SCHEFFLER, S. Justice and desert in liberal theory. *88 California Law Review*, 2000, p. 973 y ss.

Explicando cómo el procedimiento de adopción de los dos principios de justicia bajo las condiciones de la posición original representaría un caso de justicia procedimental pura (§ 14), Rawls ofrece algunos ejemplos de los casos contrapuestos, reducibles a las dos posibilidades alternativas de justicia procedimental impura, a saber: la justicia procedimental perfecta y la justicia procedimental imperfecta.[27] Lo que estas últimas dos formas comparten, en tanto formas de justicia procedimental impura, es la dependencia de la justicia del resultado del procedimiento respecto de un criterio sustantivo, anterior a e independiente de la estructura del propio procedimiento; la inexistencia de semejante criterio de justicia independiente es lo distintivo de cualquier forma de justicia procedimental pura. Y a su vez, el criterio bajo el cual es posible diferenciar las formas de justicia procedimental perfecta e imperfecta es si la estructura del procedimiento asegura o no, respectivamente, la justicia del resultado de conformidad con el respectivo criterio sustantivo.

Pues bien, Rawls afirma que una instancia paradigmática de justicia procedimental imperfecta sería reconocible en el diseño del proceso penal.[28] En primer lugar, se trataría de un caso de justicia procedimental impura, porque la justicia del resultado del proceso penal es dependiente de un criterio sustantivo; en palabras de Rawls: "el imputado ha de ser declarado culpable si y sólo si ha cometido el delito que se le imputa".[29] Y en segundo lugar, se trataría de un caso de justicia procedimental imperfecta, porque "parece imposible diseñar las reglas jurídicas de modo tal que ellas siempre lleven al resultado correcto".[30]

Es fundamental aquí que Rawls no dude en afirmar que si una persona inocente es declarada culpable, o bien si una persona culpable es declarada inocente, habríamos de hablar de un "error accidental de la justicia" (*miscarriage of justice*), en la medida en que la injusticia "no resulta aquí de una falla humana sino de una combinación fortuita de circunstancias que derrota el propósito de las reglas jurídicas".[31] Ello tendría que tomarse a lo menos como una relativización del compromiso que, en su temprano artículo titulado "Two Concepts of Rules", Rawls mostrara con una justificación utilitarista

27. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 73 y ss.

28. Véase DUFF, R. A. *Trials and punishments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. p. 110 y ss.; HÖRNLE, T. Justice as fairness – Ein Modell für das Strafverfahren?. 35 *Rechtstheorie*, 2004, p. 175 y ss.

29. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 73.

30. Ibid, p. 75.

31. Ibid.

de la práctica estatal del castigo, a través de un argumento favorable a una determinada variante de utilitarismo de la regla.[32]

Esto, porque de mantenerse la tesis de que una instancia cualquiera de imposición de una pena ha de justificarse única y exclusivamente por la satisfacción de las condiciones fijadas por las reglas que son constitutivas de la práctica misma del castigo, habría que entender excluida la posibilidad de describir el resultado de un proceso penal que, no obstante haberse desarrollado bajo una estricta sujeción a las reglas del procedimiento, culminara en la condena de un inocente como un resultado injusto. Pues al menos bajo la hipótesis de un óptimo diseño del procedimiento, la punición de un inocente tendría que contar, en los términos de un modelo de utilitarismo de la regla, como una acción justificada bajo la práctica. Y esto es algo que el autor de *A Theory of Justice* ciertamente niega.

3. LIBERALISMO Y PREVENCIÓN

3.1 Penas e impuestos

Pero la orientación proto-retribucionista ya identificada dista de ser la única que admite ser hallada si se exploran los recovecos de la titánica construcción teórica de Rawls. Para dar cuenta de ello, podemos volcarnos sobre el fragmento del extracto citado al comienzo que reseña el segundo eje sobre el cual descansa la imagen global del derecho que es posible extraer de *A Theory of Justice*. Las penas, dice Rawls, "[n]o son simplemente un esquema de impuestos y cargas designados para poner un precio a ciertas formas de conducta y, de este modo, guiar la conducta de las personas para obtener un beneficio recíproco. Sería mucho mejor si los actos proscritos por la ley penal nunca se cometiesen".

La sugerencia es la siguiente: sería un error asumir que las penas funcionan como tasas o impuestos que simplemente gravan la realización de acciones de determinadas características, generando incentivos de comportamiento bajo la hipótesis del auto-interés como motivo dominante para un agente racional cualquiera. Antes bien, parecería indispensable reconocer que las acciones cuya ejecución tiene significación criminal serían objeto de proscripción categórica.[33] De ahí que Rawls observe que sería mejor que tales acciones jamás llegasen a ejecutarse.

---

32. Véase RAWLS, J. Two concepts of rules. *64 The Philosophical Review*, 1955, p. 5 y ss. Al respecto MAÑALICH, J. P. Op. cit., n. 3, p. 60 y ss.

33. Como aquí ya WITTIG, P. Op. cit., n. 3, p. 279 y ss.

Pero la concepción de la funcionalidad de los impuestos sugerida por Rawls admitiría ser problematizada. Pues Rawls parece dejar fuera de consideración aquellos instrumentos que los abogados tributaristas denominarían "impuestos prohibitivos", a saber, impuestos cuyo establecimiento no se orientaría a la recaudación fiscal por el pago cuya obligación generaría la realización del respectivo hecho gravado (por el impuesto), sino más bien a la generación de un incentivo negativo a la realización de la actividad "prohibitivamente" gravada. Y aquí no está de más observar que difícilmente estemos autorizados a usar el adjetivo "prohibitivos" sin comillas en este contexto. Pues la lógica del instrumento es tal que, si un agente llega a realizar, a través de su comportamiento, el hecho gravado con el correspondiente impuesto "prohibitivo" – por ejemplo, la compra de un paquete de cigarrillos –, lo que nos estará diciendo de sí mismo es que su esquema de preferencias favorable a la realización del hecho gravado vuelve racional, para él, soportar el costo de pagar (o de quedar obligado a pagar) el impuesto correspondiente, impuesto cuya contribución-de-recaudación tendría que hacer posible una compensación de las externalidades negativas asociadas a la realización del hecho gravado, externalidades que explican semejante régimen de "prohibición" – esto es, sacando las comillas, de desincentivo tributario.[34]

Lo interesante, empero, está en que tal noción de impuesto "prohibitivo" es la que mejor se ajusta a la concepción de la pena que hacen suya las así llamadas teorías de la prevención general negativa, que son teorías que pretenden ofrecer una justificación de la imposición de sanciones penales como mecanismo disuasivo. Pues bajo semejante concepción, y valiéndonos aquí de las palabras de Rawls vertidas en su temprano artículo favorable al utilitarismo de la regla, "el castigo funciona como una especie de sistema de precios: al alterar los precios que uno tiene que pagar por la realización de acciones, [el sistema] provee un motivo para la omisión de ciertas acciones y la ejecución de otras".[35] Y lo que quisiera mostrar es que en *A Theory of Justice* también existe una tendencia a favor de semejante concepción de la punición.

---

34. Obviamente, esta descripción constituye una simplificación. Para una revisión de conjunto véase CNOSSEN, S. Economics and policy of excise taxation, en del mismo (ed) *Theory and practice of excise taxation*. Oxford: Oxford University Press, 2005, passim.

35. RAWLS, J. *Two concepts of rules* cit., n. 31, p. 12. El (relativo) paralelismo que Rawls parece reconocer entre penas e impuestos se conserva en su obra posterior. Ilustrativas a este respecto son sus consideraciones, plasmadas en *Liberalismo político*, acerca de la doctrina escolástica de la "ley penal pura", para sugerir el déficit de una comprensión puramente estratégica de la posición del ciudadano-contribuyente frente al Estado que le impone una determinada carga impositiva. Véase RAWLS, J. *Political liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1993. p. 69, con nota 22.

3.2 La justificación distributiva de la punición preventiva

El núcleo de esta concepción se encuentra esbozado a propósito del análisis del principio del imperio de la ley (*rule of law*), en tanto exigencia derivada del principio de igual libertad (§ 38). En este marco, Rawls enuncia cuáles podrían ser algunas de las definiciones sustantivas para la imposición (coercitiva) de penas que serían favorecidas por personas primariamente preocupadas por asegurar su igual libertad.[36]

La dificultad que esto trae consigo es la siguiente: si bien Rawls se está ocupando de la identificación de los principios aplicables al diseño de las instituciones de la estructura básica desde el punto de vista de la teoría de la obediencia estricta, en lo cual habría que asumir, como hipótesis de trabajo, la efectividad de las circunstancias propias de una sociedad bien ordenada, la pregunta por el diseño institucional de la legislación penal es una pregunta cuya respuesta requeriría suspender dicha hipótesis. Pues la posibilidad misma del quebrantamiento del derecho es una posibilidad que interesa, más bien, desde el punto de vista de la parte no-ideal de la teoría, y más específicamente: de la teoría de la obediencia parcial.[37]

El argumento se construye del siguiente modo: bajo las condiciones de una sociedad bien ordenada, cuyos miembros se caracterizan por practicar, en una alta medida, la virtud del sentido de la justicia, la única razón para suponer la necesidad de establecer un sistema coercitivo de sanciones será el problema del aseguramiento de la confianza en la cooperación mutua, que Rawls reconduce a lo que él mismo llama "la tesis de Hobbes".[38] El problema consiste en la inestabilidad de la confianza que un agente cualquiera puede tener depositada en que los demás darán seguimiento a las normas que los vinculan

---

36. Al respecto véase WITTIG, P. Op. cit., n. 3, p. 270 y ss.

37. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 211 y ss. La precisión se explica en razón de que la teoría de la obediencia parcial ha de ser entendida como una de las secciones de la parte no-ideal de la teoría de la justicia, esto es, como aquella que se ocupa de los principios con arreglo a los cuales habría que hacerse cargo de la injusticia, en contraste con aquella que se ocuparía de los principios que gobernarían los ajustes impuestos por "las limitaciones naturales y las contingencias históricas" (ibid, p. 216). Acerca de las dificultades implicadas en la distinción entre la parte ideal y la parte no-ideal de la teoría rawlsiana de la justicia, así como en la distinción entre las dos sub-partes de la parte no-ideal, véase SIMMONS, A. J. Ideal and nonideal theory. 38 *Philosophy & Public Affairs*, 2010, p. 12 ss. y 14 y ss.

38. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 211. Para una célebre exposición del "problema de la desobediencia" en el marco del pensamiento hobbesiano, véase STRAUSS, L: *La Filosofía Política de Hobbes*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 117 y ss.

recíprocamente, lo cual puede llevar a que la única alternativa individualmente racional para aquél que no puede confiar en la cooperación leal de los demás termine siendo la de renunciar a prestar seguimiento a las normas.[39]

Teniendo en cuenta la estructura de cuatro estadios en que Rawls proyecta el desarrollo, de menor a mayor concreción, de los principios de justicia para la estructura básica (§ 31), las definiciones elementales para el diseño de semejante sistema de aseguramiento coercitivo de normas vinculantes serían objeto de deliberación en el segundo y en tercer estadio, a saber: el de la asamblea constituyente y el del proceso legislativo, que son los que median entre el de mayor abstracción (la posición original) y el de mayor concreción (la aplicación judicial y administrativa del derecho). La definición fundamental, a este respecto, es la que llevaría a configurar el sistema de sanciones de un modo tal que, sin comprometer la solución del problema del aseguramiento de la confianza por el riesgo de la doble contingencia, reduzca al mínimo el peligro que la existencia de tal sistema de sanciones inevitablemente representará para la libertad de quienes queden expuestos a caer bajo su funcionamiento. Ello llevaría, por de pronto, al establecimiento del principio de responsabilidad subjetiva (o principio de culpabilidad) como un principio que limitaría la eventual imposición de una sanción, dando lugar al reconocimiento de una exigencia general de imputación subjetiva (*mens rea*), así como al catálogo de eximentes constituidas por condiciones de excusa que la generalidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos tienden a reconocer.[40]

Lo importante aquí es que Rawls, invocando expresamente la autoridad de Hart, sostenga que el fundamento para tal principio de responsabilidad subjetiva no se encontraría en una concepción primariamente retribucionista del sentido del castigo, sino en la consideración misma de la primacía de la libertad. Sin embargo, puesto que la preocupación que lleva al establecimiento mismo del sistema de sanciones es el problema del aseguramiento de la confianza recíproca en el nivel de la doble contingencia, Rawls asume que no será posible descartar que en el estadio legislativo los representantes de los ciudadanos entiendan que habrá que reconocer excepciones justificadas al principio de responsabilidad subjetiva, en pos de lograr una determinada medida de eficiencia preventiva.[41]

Sharon Dollovich ha pretendido desarrollar exhaustivamente el programa para un modelo de derecho penal que resultaría de la adecuación de los principios

39. Al respecto véase WITTIG, P. Op. cit., n. 3, p. 262 y ss.; también KINDHÄUSER, U. Op. cit., n. 20, p. 8 y ss.

40. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 212.

41. Ibid, p. 213.

de justicia como imparcialidad a las condiciones de las que se ocupa la teoría de la obediencia parcial.[42] De los cuatro principios que, según Dollovich, serían obtenidos por tal vía, el más significativo para lo que aquí interesa es el siguiente: "No habrá de haber pena de cárcel para delitos de baja gravedad, a menos que ello posibilite una disuasión significativa de la comisión de delitos graves".[43] Pues lo que esto nos dice es que el principio de proporcionalidad (retrospectiva) de la pena estaría expuesto a ser sacrificado, en el diseño del sistema de sanciones, en pos de la satisfacción de objetivos de prevención (general).

Al respecto cabe efectuar dos observaciones. En primer lugar, esto confirma, aunque ahora desde el ángulo inverso, que el Rawls de *A Theory of Justice* se ha escindido del Rawls de "Two Concepts of Rules", quien con entusiasmo benthamita sostenía que un modelo del utilitarismo de la regla también haría posible fundamentar el principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena como una regla constitutiva de la práctica del castigo orientada a la prevención.[44] Y en segundo lugar, ello también confirma que tienen razón quienes entienden que la aplicación de los principios de la justicia como imparcialidad tendría que llevar al diseño de un sistema de sanciones penales bajo el cual sea impertinente la pregunta retributiva por el justo merecimiento del castigo.

Esta última posición puede encontrarse en la lectura de Rawls propuesta por Scanlon, según quien la teoría rawlsiana de la justicia distributiva representaría la aplicación de una estrategia filosófica general, la cual también podría encontrarse en la fundamentación de las eximentes de responsabilidad constitutivas de condiciones de excusa ofrecida por Hart.[45] Y lo fundamental de esta estrategia filosófica general, que Scanlon identifica con una "teoría del valor de la elección", es que ella haría posible plantear y responder preguntas de justicia en la distribución de beneficios y cargas de un modo que eluda la eventual pertinencia de la pregunta acerca del merecimiento. Esto quiere decir, según Scanlon, que dentro de las condiciones de justificación de la imposición de una pena figurará la condición de que quien la sufra haya tenido la posibilidad de no exponerse a ello, en términos tales que podamos decir que,

---

42. DOLLOVICH, S. Legitimate punishment in liberal society. 7 *Buffalo Criminal Law Review*, 2004, p. 326 y ss.

43. Ibid, p. 399 y ss.. y p. 408.

44. RAWLS, J. *Teoria de la justicia* cit., n. 2, p. 12 y ss., nota 14.

45. SCANLON, T. M. The significance of choice. En: VV.AA. *The Tanner Lectures on Human Values* VIII. Salt Lake City: University of Utah Press, 1988. p. 188 y ss.

al elegir exponerse a ello, el autor del delito ha renunciado a su posición de inmunidad frente al castigo.[46]

Desde esta perspectiva, la concepción de la legitimación de la pena que mejor se aviene con lo afirmado por Rawls a propósito de las implicaciones del principio del imperio de la ley es una concepción dualista o (en todo caso) mixta, como la que propusiera Hart: el principio de prevención de delitos, cuya fundamentación es utilitarista, justifica la práctica del castigo como tal; pero la imposición y ejecución de una sanción penal sobre una persona determinada en un caso particular queda sometida a la restricción que representa el principio de responsabilidad subjetiva, que no funciona como un principio de retribución por merecimiento, sino como un principio de *justa distribución* de la carga asociada a la obtención de las finalidades preventivas perseguidas a través de esa práctica.[47] Y es esta subordinación de la punición a la prevención general lo que puede llevar a sacrificar el principio de responsabilidad subjetiva. Pues como observara el propio Rawls: "Sería mucho mejor si los actos proscritos por la ley penal nunca se cometiesen".

4. LA CULPABILIDAD EN LA TEODICEA LIBERAL

4.1 La persistencia del merecimiento

El problema consiste en que Rawls parece tener que favorecer, a consecuencia de las implicaciones de los principios de justicia aplicables al diseño de la estructura básica, una concepción del derecho penal que prescinda de toda

46. Idem, n. 44, p. 201 y ss. Cabe observar aquí que Scanlon relativiza, en todo caso, el compromiso con el así llamado "principio del consentimiento" que se seguiría de la teoría del valor de la elección (véase ibid, p. 178, nota 22, p. 189 y ss., p. 192 y ss., p. 195 y ss.). Acerca del estatus normativo tal principio del consentimiento, véase MAÑALICH, J. P. Beccaria: la pena como exclusión. En: KINDHÄUSER, U.; MAÑALICH, J. P. *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2011. p. 258 y ss., con ulteriores referencias.

47. HART, H. L. A. *Punishment and responsibility*. Nueva York y Oxford: Oxford University Press, 1968. p. 8 y ss., p. 11 y ss. Nótese que ello no supone entender que el principio de justa distribución de dicha carga sea sensible, en modo alguno, a consideraciones consecuencialistas de promoción de la prevención. Lo cual tampoco significa, empero, que dicho principio de justa distribución, formulado como exigencia de responsabilidad subjetiva (o "culpabilidad") pueda ser identificado con un principio de *merecimiento*. En esto consiste, precisamente, la distinción tradicional entre una concepción "bilateral" (o positiva) y una concepción "unilateral" (o negativa) del principio de culpabilidad. Al respecto véase MAÑALICH, J. P. *Terror*... cit., n. 3, p. 63 y ss.

referencia a una justificación de la punición por merecimiento. Y esto es un problema, en la precisa medida en que desafía lo que el propio Rawls dice acerca del derecho penal a propósito de la distinción misma entre justicia distributiva y justicia retributiva, favoreciendo, según ya se mostrara, una justificación proto-retribucionista del castigo. Por ende, la cuestión a esclarecer es por qué coexisten estas dos concepciones (rivales) en la obra de Rawls. Y para entrar en ello, hemos de detenernos en el último fragmento que compone el extracto citado al comienzo. Afirma Rawls:

"Así, la propensión a cometer tales actos es característica de un carácter perverso, y en una sociedad justa los castigos legales caerán únicamente sobre quienes muestren estos defectos.

En este pasaje se condensa la base para la tesis, célebremente defendida por Scheffler, de que en la teoría liberal de la justicia de Rawls – interpretada como una teoría no puramente institucionalista – sí habría espacio para consideraciones de merecimiento cuando se trata de cuestiones de justicia retributiva, y no de cuestiones de justicia distributiva."[48]

Para sostener esto – e impugnar, de paso, la tesis de la estrategia filosófica general, aducida por Scanlon, favorable a una reducción de las cuestiones de merecimiento a las cuestiones de justicia en la distribución –, Scheffler propone la siguiente contraposición entre una y otra categoría de justicia: mientras que las preguntas de justicia distributiva exhibirían una connotación holística, "en el sentido de que la justicia de cualquier asignación de beneficios económicos a un individuo en particular siempre depende (...) de la justica de la distribución más amplia de los beneficios en la sociedad", las preguntas de justicia retributiva exhibirían una connotación individualista (o mejor: singularista), en el sentido de que el hecho que sirve de base al reclamo de merecimiento, aun pudiendo referirse a la posición de la persona en el contexto de sus relaciones con otras personas, de todas formas "ha de ser un hecho acerca del sujeto de ese reclamo".[49]

Scheffler observa, entonces, que el problema de la justicia retributiva no consiste en la asignación de ventajas o desventajas, ni está generado principalmente por condiciones de escasez de recursos.[50] Y esto lo lleva a afirmar que "el establecimiento de instituciones penales es una respuesta

48. SCHEFFLER, S. Op. cit., p. 973 y ss. Véase también SHER, G. *Desert*. Princeton: Princeton University Press, 1987. p. 22 y ss.

49. SCHEFFLER, S. Op. cit., n. 25, p. 983 y ss.

50. Ibid, p. 986.

social, no a preocupaciones de asignación, sino más bien a ejercicios de agencia individual que la sociedad considera intolerables".[51]

4.2 La teodicea de la sociedad bien ordenada

Sería difícil negar que esta última proposición cuenta con sustento directo en la descripción rawlsiana de aquellas personas que exhiben una propensión a realizar hechos de significación criminal como portadoras de un "carácter perverso". La inconsistencia implicada en que Rawls valide aquí una terminología tan inequívocamente orientada hacia lo que podríamos llamar, en palabras de Mackie, una "emocionalidad retributiva",[52] ha sido incisivamente examinada por Honig.[53]

Su argumento se construye sobre un análisis del efectivo mérito de la confianza de Rawls en cuanto a que, bajo las condiciones de una sociedad bien ordenada, apenas habrá ocasiones para la efectiva imposición de penas.[54] Honig afirma que esta confianza de Rawls descansa sobre una hipótesis que ella caracteriza como "expresivista": la hipótesis de que "un conjunto de instituciones puede estar tan bien – y delgadamente – ordenada que calce y exprese, sin exceso ni resistencia, las identidades [*the selves*] que presupone y los sujetos que genera".[55] Esto significa, *prima facie* al menos, que los principios de la justicia como imparcialidad habrían de modelar un orden cuyas exigencias normativas se adecúen a las preferencias de sujetos racionales que no podrían más que reconocer esos principios como válidos e identificarse autónomamente con estas exigencias.[56] Y no está de más apuntar aquí que ésa es precisamente la pretensión normativa que subyace al diseño de la posición original.

Dadas las circunstancias de una sociedad bien ordenada, que definen los presupuestos de elaboración de la parte ideal de la teoría rawlsiana de la justicia, lo esperable sería que no llegasen a perpetrarse delitos; de ahí que, bajo estas condiciones, el establecimiento mismo del sistema de sanciones solamente se explique por la necesidad de dar respuesta al problema hobbesiano, en pos del aseguramiento de la confianza recíproca puesta en el seguimiento generalizado

51. Ibid.
52. Véase MACKIE, J. L. *Persons and Values*. Oxford: Clarendon Press, 1985. p. 206 y ss.
53. HONIG, B. Rawls on politics and punishment. *46 Political Research Quarterly*, 1993, p. 99 y ss.
54. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 211.
55. HONIG, B. Op. cit., n. 52, p. 100.
56. Ibid, p. 110 y ss.

de las normas.[57] Y de ahí que, si llega a haber sujetos que muestren una disposición a la realización de formas de comportamiento de significación criminal, esa disposición haya de ser explicada como la consecuencia de un carácter defectuoso o perverso; y más precisamente: de un carácter que no reconoce el bien del sentido de la justicia.[58]

Así emerge la teodicea liberal en el armazón de la teoría rawlsiana de la justicia: ¿cómo es posible que haya una disposición personal expresiva de una falta de sentido de la justicia bajo un orden institucional que asegura que sus exigencias normativas puedan ser autónomamente aceptadas por cualquier sujeto racional?, constituye la traducción secular de la pregunta teológica referida al dilema de la justificación de la existencia de Dios: ¿cómo es posible que exista el mal en un mundo creado por un ser perfecto, omnipotente e infinitamente bondadoso?[59] Así se vuelve más fácil comprender que Rawls no renuncie a la noción de justicia retributiva en su descripción de cómo habrá que justificar la imposición de penas sobre quienes lleguen a cometer delitos. Pues al reconducir esa justificación a un juicio de merecimiento por un carácter defectuoso, Rawls puede asegurar que la génesis de la disposición hostil del criminal hacia las exigencias de comportamiento fundamentadas en los principios de justicia será ubicada fuera de los márgenes de la sociedad bien ordenada.[60]

Pero al hacer descansar la justificación del castigo en el propio carácter defectuoso de quien ha quebrantado el ordenamiento jurídico de una sociedad bien ordenada, Rawls renuncia a mantener el principio de que las aptitudes y disposiciones "naturales" de una persona no pueden tener incidencia en

57. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 295 y ss. Al respecto véase también WITTIG, P. Op. cit., n. 3, p. 268 y ss.

58. Véase RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 503 y ss.

59. Para una revisión de la forma lógica del problema en la tradición de la teología filosófica, véase MACKIE, J. L. *The Miracle of Theism*. Oxford: Clarendon Press, 1982. p. 150 y ss.; también SOBEL, J. H. *Logic and Theism*. Nueva York: Cambridge University Press, 2004. p. 436 y ss.

60. HONIG, B. Op. cit., n. 52, p. 114, 119 y ss. Aquí cabe reparar en que Rawls ciertamente no recurre a una noción sustantiva de "carácter defectuoso" o "carácter perverso". Pues no se trata de que la falta de sentido de la justicia que se expresa en el quebrantamiento de las normas básicas de una sociedad bien ordenada *confirme* semejante carácter defectuoso; antes bien, el déficit (o la perversidad) de ese carácter *se identifica* con esa falta de sentido de la justicia. En este sentido, no se trata de una noción sustantiva, sino formal de carácter defectuoso.

las ventajas y desventajas que le correspondan bajo un esquema de justa distribución. Pues Rawls concede que, en el caso de aquellos que estiman que actuar justamente no representa algo bueno, los arreglos institucionales validados por los principios de la justicia como imparcialidad no tendrán eco en su propia naturaleza. Pero aquí, añade Rawls, uno no podrá más que decir: "su naturaleza es su [propio] infortunio".[61]

4.3 Culpabilidad del sujeto versus culpabilidad del ciudadano

Honig reconoce en esto último una disposición a la demonización de todo aquel que muestra hostilidad hacia los arreglos cuya justicia tendría que resultar reconocible en virtud de su sola reconducción a los principios de la justicia como imparcialidad. Que la noción misma de demonización no representa una exageración se sigue, en efecto, de que se trata de la respuesta que Rawls da a su propia formulación de una teodicea liberal. Y Honig agrega que esa demonización es el resultado de la marcada predilección rawlsiana por la despolitización, que es el exacto correlato de su pulsión por la reconciliación.

Esto último es congruente con el hecho de que el proyecto de Rawls consista en la construcción de una teoría liberal de la justicia, en la medida en que el liberalismo admita ser descrito, en las elocuentes palabras de Kervégan, como "una política de negación de lo político".[62] La crítica de Honig concluye con una invitación a la re-politización de la pregunta por la justificación del castigo. Recogiendo la invitación, esta indagación concluirá con una observación que nos llevará de vuelta a la concepción proto-retribucionista del derecho penal que es posible identificar en *A Theory of Justice*.

Rawls entiende, según ya se mostrara, que la incorrección moral de las formas de comportamiento cuya realización imputable puede hacer merecedora a una persona de una determinada respuesta punitiva se funda en que ello normalmente conlleva la infracción de algún deber natural básico. Y lo que distingue a semejante deber natural de una obligación consiste en que una persona es portadora de un deber natural con total prescindencia de la posición que le corresponda en un determinado esquema de relaciones institucionales. En terminología hegeliana, esto quiere decir que la única culpabilidad que podrá predicarse, *à la* Rawls, del autor de un injusto criminal será la culpabilidad propia de un *sujeto*, esto es, de un agente moral racional

61. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 504.

62. KERVÉGAN, J. F. *Hegel, Carl Schmitt. Lo político: entre Especulación y Positividad*. Madrid: Escolar y Mayo, 2007), p. 112.

que habita un reino kantiano de los fines, que es a lo que más se parece la posición original; pero no la culpabilidad propia de un *ciudadano*, esto es, de alguien que habita una concreta forma de vida ética definida por determinados lazos de vinculación política.[63] Y el problema no está en que haya que descartar sin más que determinadas normas se dejen fundamentar por su sola apelación racional; el problema consiste, más bien, en que la expectativa de reciprocidad referida al seguimiento leal de normas jurídicamente positivadas, cuya defraudación pueda ameritar una efectiva respuesta punitiva, difícilmente podrá ser fundamentada como una expectativa puramente moral.[64]

La cuestión sería ciertamente distinta si uno pudiera identificar la base para la reprochabilidad del hecho de significación criminal con lo que Rawls entiende como el principio de obligación, por oposición al principio de los deberes naturales. Pues entonces la legitimación de la reacción punitiva por el quebrantamiento del derecho ya no podría esquivar su momento político. Al respecto, es sumamente ilustrativa la razón que, según Rawls, llevaría a las partes en la posición original a favorecer el principio de los deberes naturales que fundamentaría el deber de justicia. La razón estaría en hacer posible, de este modo, eludir la dificultad que supondría dejar entregado el problema hobbesiano del aseguramiento a la circunstancia contingente de la aceptación voluntaria del correspondiente orden normativo por parte de cada ciudadano, que es justamente lo que exigiría el principio de obligación.[65]

Esto último resulta de la escuálida concepción de la obligación política suscrita por Rawls, que lo lleva a afirmar que, estrictamente, no habría tal cosa como una obligación política para los ciudadanos en general.[66] Esto explica, a su vez, por qué Rawls se ve forzado a terminar postulando una forma de culpabilidad personal por el propio carácter ("perverso") en su intento de demostrar la justicia retributiva de la punición de aquel cuyo comportamiento, en tanto constitutivo de un hecho de significación criminal, manifiesta una

---

63. Fundamental al respecto PAWLIK, M. *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*. Berlín: Duncker & Humblot, 2004. p. 76 y ss. Sobre la manera en que el contexto de una determinada forma de vida social institucionalizada redefine la entidad y la magnitud del crimen, más allá de la determinación conceptual del mismo que le corresponde bajo el derecho abstracto, HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Leipzig: Felix Meiner, 1911, § 218.

64. Así la crítica de GÜNTHER, K. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005. p. 232 y ss., p. 243.

65. RAWLS, J. *Teoría de la justicia* cit., n. 2, p. 295.

66. Ibid, p. 98.

falta de sentido de la justicia.[67] Pues lo que Rawls no está dispuesto a validar es el hecho de que la pretensión de justificación del propio orden normativo cuya vigencia es reafirmada a través de la punición pueda verse puesta en entredicho por el desafío potencial que representa el ejercicio de agencia criminal.

Pero ello es pretender lo imposible. Pues lo esencial de ese mecanismo de auto-afirmación punitiva del derecho es que en su despliegue siempre está en juego, en último término, la vigencia de un orden puesto en entredicho. Mas si advertimos esto, podemos descreer del dilema de la teodicea implicada en la utopía liberal de una sociedad sin delitos. Pues como notablemente lo reconociera Hegel: el ejercicio de agencia criminal es imprescindible para la efectiva vigencia de un orden normativo.[68] De ahí que la utopía prevencionista de una sociedad sin delitos no sea más que la utopía de una sociedad sin derecho. Pero una sociedad sin derecho no sería otra cosa que una sociedad sin libertad.

5. REFERENCIAS

CNOSSEN, S. Economics and policy of excise taxation, en del mismo (ed.). *Theory and practice of excise taxation*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

DEL VECCHIO, G. *La justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1952.

DOLLOVICH, S. Legitimate Punishment in Liberal Society. 7 *Buffalo Criminal Law Review*, 2004.

DUFF, R. A. *Trials and Punishments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

FALLS, M. Retribution, reciprocity, and respect for persons. 6 *Law & Philosophy*, 1987.

FEINBERG, J. *Doing & Deserving*. Princeton: Princeton University Press, 1970.

GÜNTHER, K. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005.

HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Nueva York y Oxford: Oxford University Press, 1968.

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Leipzig: Felix Meiner, 1911.

HONIG, B. Rawls on politics and punishment. 46 *Political Research Quarterly*, 1993.

67. Véase HONIG, B. Op. cit., n. 52, p. 115 y ss. Un esbozo de los problemas asociados a un modelo de culpabilidad por el carácter se encuentra en MAÑALICH, J. P. Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. *38 Revista Chilena de Derecho*, 2011, p. 302 y ss., con ulteriores referencias.

68. Véase MAÑALICH, J. P. *Terror*... cit., n. 3, p. 89 y ss.

HÖRNLE, T. Justice as fairness – Ein Modell für das Strafverfahren?. 35 *Rechtstheorie*, 2004.

KERVÉGAN, J. F. *Hegel, Carl Schmitt. Lo político: entre especulación y positividad.* Madrid: Escolar y Mayo, 2007.

KINDHÄUSER, U. Personalidad, culpabilidad y retribución. En: KINDHÄUSER, U.; MAÑALICH, J. P. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho.* Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2011.

MACKIE, J. L. *The miracle of theism.* Oxford: Clarendon Press, 1982.

_____. *Persons and Values.* Oxford: Clarendon Press, 1985.

MAÑALICH, J. P. *Terror, pena y amnistía.* Santiago: Flandes Indiano, 2010.

_____. Beccaria: la pena como exclusión. En: KINDHÄUSER, U.; MAÑALICH, J. P. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho.* Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2011.

_____. Justicia, propiedad y prevención. *41 Revista de Estudos Criminais*, 2011.

_____. Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. 38 *Revista Chilena de Derecho*, 2011.

MURPHY, J. *Retribution, justice, and therapy.* Dordrecht y Boston: Kluwer, 1979.

NOZICK, R. *Anarchy, state, and utopia.* Oxford y Cambridge: Blackwell, 1974.

PAWLIK, M. *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe.* Berlín: Duncker & Humblot, 2004.

RAWLS, J. Two concepts of rules. 64 *The Philosophical Review*, 1955.

_____. *Political Liberalism.* Nueva York: Columbia University Press, 1993.

_____. *Teoría de la justicia.* México: FCE, 1995.

_____. *A theory of justice.* Cambridge: The Belknap Press, 1999.

SADURSKI, W. *Giving Desert Its Due.* Dordrecht, Boston y Lancaster: Kluwer, 1985.

_____. Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality. 7 *Law & Philosophy*. n. 3, 1989.

SCANLON, T. M. The significance of choice. En: VV.AA. *The Tanner Lectures on Human Values* VIII. Salt Lake City: University of Utah Press, 1988.

SCHEFFLER, S. Justice and Desert in Liberal Theory. *88 California Law Review*, 2000.

SHER, G. *Desert.* Princeton: Princeton University Press, 1987.

SIMMONS, A. J. Ideal and nonideal theory. *38 Philosophy & Public Affairs*, 2010.

SOBEL, J. H. *Logic and Theism.* Nueva York: Cambridge University Press, 2004.

STRAUSS, L. *La filosofía política de Hobbes.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

WITTIG, P. Die Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Stabilität bei John Rawls. *107 Zeitschrif für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1995.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Dialogando com a teoria de Rawls elementos fundacionais para uma filosofia da sociedade aberta bem organizada, de Roberto Bueno – *RDCI* 74/107; e
- Dos critérios de justiça em Dworkin e Rawls, de Roberto Bueno – *RDCI* 40/171.

63367

O ERRO SOBRE OS PRESSUPOSTOS DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO: UM ERRO QUE PODE EXCLUIR A ILICITUDE?

3

An error on the assumptions of causes of justification: an error which may exclude unlawfulness?

NUNO BRANDÃO

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A clássica temática da justificação putativa é avaliada à luz de contributos recentes que advogam soluções de subjectivação da ilicitude e conduzem, na prática, a um resultado de exclusão da ilicitude do facto típico praticado mesmo quando não se encontram objectivamente verificados os pressupostos materiais da justificação. Esta tendência doutrinal é apreciada criticamente, sustentando-se que o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação deixa intocada a ilicitude do facto e poderá somente determinar uma exclusão do tipo-de-culpa doloso.

PALAVRAS-CHAVE: Ilicitude - Causas de justificação - Erro - Justificação putativa.

ABSTRACT: The classic idea of a putative justification is evaluated in the light of recent contributions, which defend the solution that unlawfulness should become subjective and, in practice, would be excluded when a typical fact was committed and the material assumption of these justification had not been objectively verified. This trend in doctrine is considered in a critical manner and we defend that an error on the assumption of a cause of justification does not change the unlawfulness of a fact and may only lead to an exclusion in cases of negligence.

KEYWORDS: Unlawfulness - Causes of justification - Error - Putative justification.

SUMÁRIO: 1. O problema - 2. A aferição do erro: a perspectiva *ex ante* como via indirecta para a exclusão da ilicitude fundada numa causa de justificação putativa - 3. A teoria da carência do dolo do ilícito: a justificação putativa determinante da exclusão da ilicitude -

4. A solução adoptada: a exclusão do dolo da culpa como efeito da justificação putativa, subsistindo a ilicitude do facto – 5. Conclusão.

1. O PROBLEMA

É hoje consensual que o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação tem como consequência a *exclusão do dolo*. Solução que entre nós tem mesmo consagração legislativa, no art. 16.º, n. 2, do Código Penal. Numa primeira aproximação, poderia julgar-se que com esta expressa previsão legal o debate em torno do problema da justificação putativa tenderia naturalmente a esmorecer, relegando para um mero plano histórico a longa e cerrada discussão entre as teorias do dolo e as teorias da culpa, cada uma delas com as suas versões estrita e limitada, que esteve mesmo no centro do confronto entre as correntes normativista e finalista.[1] Agora, é caso raro ver defendida a teoria do dolo e a teoria da culpa estrita tornou-se claramente minoritária no campo alemão,[2] revelando-se mesmo incompatível com o direito positivo português.[3] Dir-se-ia que assim, sobrando apenas espaço para a teoria da culpa limitada, o erro sobre os pressupostos de um tipo justificador se teria tornado num não problema. Conclusão que se afiguraria, todavia, precipitada, pois se é certo que a generalidade dos autores se declara filiar no legado da originária teoria da culpa limitada, são profundas as diferenças que ainda hoje se acobertam sob essa designação.

No debate entre as teorias do dolo e as teorias da culpa o problema essencial era o de saber se o erro em matéria de causas de justificação deveria ser considerado como um erro sobre a factualidade típica que deveria excluir o dolo, como defendiam as primeiras, ou pelo contrário como um erro sobre a proibição que deixaria intocado o dolo e poderia apenas excluir a culpa, se fosse não censurável, como apontavam as segundas. Problema que gravitava em *sede de culpa*. O triunfo da solução diferenciada trazida pela teoria da culpa limitada,[4] distinguindo entre o erro sobre os pressupostos de uma causa de

1. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. § 21.
2. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeneir Teil, Bd. 1º: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006. § 14, n.º m. 52 e ss.
3. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. 14.º Cap., § 23 e ss.
4. Cf., desde logo, ENGISCH, Karl. Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen. *ZStW* 70. 1958. p. 566 e ss.

justificação, excludente do dolo, e o erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, remetido para o quadro do erro sobre a ilicitude, estabilizou a doutrina em torno da ideia de que aquele erro sobre a situação justificante tem como efeito o afastamento do dolo. Não obstante, a deslocação sistemática, total ou parcial, do dolo para o campo do ilícito-típico veio abrir uma nova perspectiva sobre esta problemática. Se durante largo tempo toda a questão foi tratada como uma questão de culpa, o novo lugar dado ao dolo pela generalidade da doutrina levou alguma dela a antecipar o relevo da justificação putativa da culpa para a ilicitude e a transformá-la num problema do ilícito. De um modo tal que, como veremos, se tornou corrente o entendimento de que o erro do agente sobre os pressupostos de um tipo justificador pode inclusivamente excluir a ilicitude do facto típico por ele praticado.

É esta a temática de que pretendemos cuidar neste estudo, no sentido de perceber em que circunstâncias é defendida a parificação, ao nível dos efeitos, da justificação putativa à justificação real e de apreciar a bondade de uma tal perspectiva; e, por outro lado, indicar e fundamentar aquela que se nos afigura ser a solução preferível para o problema.

2. A AFERIÇÃO DO ERRO: A PERSPECTIVA *EX ANTE* COMO VIA INDIRECTA PARA A EXCLUSÃO DA ILICITUDE FUNDADA NUMA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO PUTATIVA

1. Questão prévia à da dilucidação *do efeito* de um erro sobre os pressupostos de um obstáculo à ilicitude é a da própria definição dos termos em que deverá aferir-se a existência de um tal erro. O problema da consequência jurídica do erro só se coloca, obviamente, se e apenas quando se verifica que ao praticar o facto típico o agente incorreu em erro sobre a ocorrência dos pressupostos de uma causa de justificação que autorizaria a realização da conduta típica. Embora constitua o ponto de partida para o tratamento dogmático do problema de que curamos, o *accertamento* do erro constitui matéria que está longe de concitar uma opinião uniforme.

Merece a concordância da doutrina maioritária a consideração de que, em geral, a apreciação sobre a real verificação dos pressupostos de uma causa de justificação em uma dada situação concreta deve ser realizada *a posteriori*. Esta perspectiva *ex post*, que julgamos correcta, recolhe a preferência geral por ser a que melhor se coaduna com a circunstância de a justificação depender da afirmação de um *valor de resultado* que neutralize o desvalor de resultado do facto típico e com a *dimensão de valoração da norma de permissão*. Assim, em regra, o erro existe quando numa consideração *ex post* se constata que na concreta situação da vida em que o agente se moveu não se verificaram afinal, contra o que

ele julgava, os elementos que teriam permitido a justificação da sua acção típica. Erro que será de afirmar mesmo na hipótese de a suposição do agente se ter revelado errónea contra as suas melhores e mais bem fundadas expectativas.

A esta posição opõe-se uma outra, segundo a qual os requisitos da dirimente deverão ser avaliados sob uma perspectiva objectiva *ex ante*: o facto deverá considerar-se justificado, mesmo que na realidade não estejam verificados os elementos justificadores, se, de acordo com uma ponderação objectiva, qualquer indivíduo razoável colocado na posição do agente devesse também considerar estar perante uma situação justificante. Desta forma, ainda que uma apreciação objectiva da realidade conduza à conclusão de que o agente actuou sem que estivessem efectivamente preenchidos os requisitos do tipo justificador, tais pressupostos deverão ter-se por verificados e a causa de justificação deverá produzir o seu efeito de exclusão da ilicitude.

Trata-se de uma tese que de há longo tempo vem fazendo curso na doutrina e jurisprudência espanholas, onde é dominante o entendimento de que "quem actua *ex ante* dentro das margens admitidas socialmente ao apreciar o pressuposto de uma causa de justificação, actua justificadamente, ainda que depois, em uma avaliação *ex post*, se conclua que a sua percepção da realidade foi objectivamente errada. O verdadeiro erro juridicamente relevante começará a colocar-se quando o sujeito ultrapasse na sua apreciação os limites do risco permitido, do razoável e do adequado socialmente".[5]

---

5. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 358. Ainda nesta senda, por outros, QUERALT I JIMÉNEZ, J. J. *La obediencia debida en el Codigo Penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12.ª, CP)*. Barcelona: Librería Bosch, 1986. p. 229 e ss. e 262 e ss.; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal. Parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Banch, 1996. p. 429 e ss.; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. In: VIVES ANTÓN (coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. vol. I (arts. 1 a 223), art. 20.7.°, 4.2.1; MORALES PRATS, Fermín. In: QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS (orgs.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 2. ed. Elcano: Aranzadi, 2001. Art. 20.7, p. 196, e MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: J. M. Bosch Ed., 2001. p. 386 e ss.
Também na jurisprudência, ao nível do Tribunal Supremo espanhol, chegou a ser dominante, sobretudo em sede de legítima defesa, a tese de que em caso de erro sobre a situação de facto justificante deve a mesma ser apreciada tal como se o pressuposto em falta tivesse estado efectivamente presente, se o erro em que o agente incorreu pudesse considerar-se como fundado e racional – cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Legítima" defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. Española). DIAS, B. Schünemann J. de Figueiredo. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995. p.

É na doutrina alemã, no entanto, no pensamento de autores como Armin Kaufmann ou Rudolphi,[6] que se encontra a sustentação teórica mais acabada da ideia de que a verificação dos requisitos de uma causa de justificação deverá ser aferida em relação ao momento da conduta. O ponto de união desta corrente – minoritária no espectro alemão – é a concepção da norma jurídica como norma de natureza imperativa e o entendimento de que o cumprimento da determinação nela ínsita pressupõe que a avaliação dos respectivos pressupostos se realize sob um ponto de vista *ex ante*.[7] Segundo Rudolphi, a função de determinação da norma jurídico-penal impõe que a mesma seja considerada como norma de proibição de criação de perigo para o bem jurídico.[8] Penalmente proibidas são apenas as condutas que de acordo com uma avaliação *ex ante* comportam a possibilidade, a simples probabilidade ou a probabilidade a raiar as margens da certeza de afectar um bem jurídico penalmente protegido. Pensamento que Rudolphi estende às causa de justificação, no sentido de as conceber como excepções à proibição de criação de perigo, como autorizações de condutas perigosas para um concreto bem jurídico.[9] Assim, é rejeitada a tese de que a apreciação da verificação dos pressupostos materiais dos tipos justificadores deve ser efectuada *ex post*.[10] O âmbito do penalmente permitido resulta da conjugação das normas penais de proibição ou de imposição (aque-

190 e ss. BOLEA BARDÓN, Carolina. El excesso intensivo en la legitima defensa putativa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 3, 2001. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-01.html], 6.2.3., assinala, todavia, que a partir de finais da década de 1960 a jurisprudência começou a deixar de equiparar a legítima defesa putativa à legítima defesa real e a tratar essas situações em sede de erro, ora como erro sobre o tipo, ora como erro sobre a proibição, parecendo ser este último enquadramento o que obtém hoje maior acolhimento.

6. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Rechtfertigung im Strafrecht*. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung. *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 381 e ss., refere que se deve fundamentalmente a Armin Kaufmann. *Welzel Festschrift*. p. 401 e ss., a tese de que os elementos do tipo justificador devem ser apreciados segundo uma perspectiva *ex ante*.
7. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Rechtfertigung im Strafrecht*... cit., p. 378.
8. Cf., em termos aproximados, WOLTER, Jürgen. Imputación objectiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribuición al estudio de la aberratio ictus. In: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 109 e ss.
9. Nesta direcção, cf. também: idem, p. 112 e s.
10. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Rechtfertigung im Strafrecht*... cit., p. 381 e ss.

las relativas aos crimes de acção e estas aos crimes de omissão) com as normas de autorização, contribuindo ambas para indicar aos destinatários das normas o seu espaço de liberdade. Ora, prossegue Rudolphi, este objectivo de dirigir de forma clara as condutas humanas em situações de conflito e desse modo evitar limitações desnecessárias da liberdade só é alcançável quando todas os pressupostos das normas de conduta relevantes, portanto também os relativos às normas de autorização, sejam aferidos tendo em conta os limites inultrapassáveis do conhecimento humano.

Daqui deriva a conclusão de que tanto os pressupostos das normas de proibição e de imposição, como os elementos das normas de justificação devem ser avaliados no momento da conduta e não *a posteriori*, pois uma apreciação *ex post* não se coaduna com a impossibilidade real de o homem, o destinatário da norma, poder adivinhar o rumo futuro dos acontecimentos: a sua previsão sobre o decurso ulterior dos factos só pode ser feita numa base de possibilidade ou de probabilidade. Ao que acresce o facto de mesmo em relação a pressupostos ditos *hic et nunc*, que ou estão verificados no momento da conduta ou não estão, poder dar-se a circunstância de, na perspectiva do agente, a questão acerca da sua real verificação no momento da conduta escapar inevitavelmente ao conhecimento humano, que só os poderá conceber também em termos de possibilidade ou probabilidade. Deste modo, a consonância da situação de facto com os pressupostos do tipo justificador deve ser aferida *ex ante*, de acordo com um critério individual-objectivo, reportado aos conhecimentos de um observador qualificado.[11] Donde, mesmo que se conclua, numa apreciação *ex post*, que o agente se equivocou quanto à efectiva verificação dos pressupostos de uma causa de justificação, mas por outro lado se comprove que colocou na realização do facto o cuidado objectivamente devido, deverá considerar-se numa perspectiva *ex ante* que tais pressupostos estão reunidos. Em consequência, a causa de justificação produz o seu efeito imediato, a exclusão da ilicitude, e o facto típico praticado pelo agente é qualificado como justificado. Eis como, pela via da aferição *ex ante* dos pressupostos de uma causa de justificação, pode uma mera justificação putativa ter um efeito de exclusão da ilicitude de um facto típico.

2. Esta tese da avaliação do erro sob uma perspectiva *ex ante* radica numa concepção de norma jurídica como *pura norma de determinação*. É esta sua

11. Idem, p. 387 e ss. Na mesma direcção, PALMA, Maria Fernanda, *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*. Lisboa: AAFDL, 1990. vol. II, p. 679 e ss., que apela ao critério da "definição social (não impugnável) da realidade", e GRAUL, Eva. Legítima defensa o defensa putativa? *RDPC* n. 3, 2.ª Época, 1999. Trad. Notwehr oder Putativnotwehr – Wo ist der Unterschied? *JuS*, 1995, p. 1049-1056. p. 202 e ss.

premissa fundamental que, em nosso modo de ver, importa questionar, atenta a completa desvalorização da dimensão de valoração da norma em sede de definição do conteúdo do ilícito penal.[12] Pois, sob um ponto de vista lógico, a função de valoração da norma, traduzida na definição dos bens jurídicos e das condutas que com eles colidam, tem prioridade sobre a função de determinação,[13] já que "se o direito ordena um determinado comportamento e proíbe um outro isso implica, necessariamente e a todas as luzes, que houve uma valoração anterior".[14] Daqui não resulta que a função de valoração da norma deva apagar a sua natureza imperativa,[15] devendo antes concluir-se, com Gallas, que *a norma reguladora da conduta humana se funda em duas dimensões, de valoração e de determinação:*[16] como imperativo, desempenhando a função de motivação dos cidadãos; e como norma de valoração, dando às acções por ela proibidas um sinal de reprovação jurídica e às acções por elas permitidas um sinal de aprovação jurídica.

Como vimos, a tese de Rudolphi pretende assimilar a norma de permissão, em que assenta a justificação, na norma de proibição ou de imposição constante do tipo incriminador. Todavia, é o procedimento contrário, o de considerar que as normas de permissão mantêm autonomia face às normas de proibição ou de imposição, que se mostra mais conforme à teoria geral do direito[17] e mais

12. Nesse sentido crítico, também ROXIN, Claus, op. cit., § 14, nota 118.

13. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Astrea, 1994. vol I, § 19, n. m. 29. Trad. de *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat.* 7. ed. 1987).

14. COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas).* Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 409. Na mesma direcção, mas a propósito da possibilidade de da norma considerada como imperativo poder derivar a consequência de a falta de consciência da ilicitude redundar em uma exclusão da responsabilidade penal, DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...* cit., § 6, 3., afirma que "a norma imperativa ou de determinação supõe sempre logicamente uma norma de valoração que a *antecede* ou, quando menos, *coexiste* com aquela, sendo a determinação proposta, uno acto, com a valoração".

15. Como pretende COSTA, José de Faria. *O perigo...* cit., p. 409.

16. GALLAS, Wilhelm. La struttura del concetto di illecito penale. *RIDPP*, 1982 (trad. de "Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs", *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag.* München: C. H. Beck, 1979. p. 155 e ss.), p. 450 e ss. e passim, e na mesma direcção, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* 5. Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. § 24, II, 2.

17. PALMA, Maria Fernanda, op. cit., p. 698 e ss. Deste modo, cf. ainda JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 31, I.

apto a exprimir o "distinto significado teleológico ou material das causas de justificação face às normas incriminadoras",[18] permitindo "evidenciar plasticamente o conflito entre os interesses tutelados pelas duas normas; e exprimir, pela prevalência de uma ou outra norma, a prevalência do interesse tutelado, na óptica da totalidade do ordenamento".[19]

Pela afirmação da autonomia da norma justificadora e da sua dupla função de valoração e de determinação, compreende-se que não estando efectivamente dados os pressupostos materiais do tipo justificador este não possa eliminar o sentido de ilicitude que o preenchimento do tipo incriminador comporta, devendo o facto ser qualificado como ilícito. A absorção da norma justificante na norma incriminadora leva a que aquela norma de permissão produza o seu efeito típico, a exclusão da ilicitude, em circunstâncias em que os seus pressupostos de aplicação não estão verificados, o que é metodologicamente errado e contrário à valoração que encerra. Será, por conseguinte, de concluir pela improcedência da tese que mediante uma aferição *ex ante* dos pressupostos de uma causa de justificação atribui ao erro objectivamente inevitável sobre a situação de facto justificante um efeito de exclusão da ilicitude. Assim, por via de regra, a justificação não poderá ser creditada à conduta típica do agente se, numa aferição *ex post* da situação fáctica justificante, for de concluir não estarem observados de modo efectivo e integral os pressupostos materiais do tipo justificador respectivo, ainda que a sua convicção, mesmo que fundada numa zelosa avaliação desse circunstancialismo, fosse toda uma outra.[20]

3. Uma palavra mais deve ser dada sobre esta concreta questão da verificação do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, mais precisamente em matéria de aferição dos elementos de prognose ou de suspeita dos

18. VIGANÒ, Francesco. *Stato di necessità e conflíti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 231.

19. Idem, p. 231 e ss.

20. Nesta direcção, PEREIRA, Rui Carlos. Justificação do facto e erro em direito penal. *Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira* sep. *RFDUL*. Lisboa, 1995. p. 36 e s.; GALLAS, Wilhelm, op. cit., p. 459 e ss. e 474; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 31, IV, 4.; ROXIN, Claus, op. cit., § 14, n. m. 88 e s., esp. nota 118; LENCKNER, Theodor. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, HORST. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 26. Aufl. München: C. H. Beck, 2001, antes do § 32, n. m. 9 e ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. Lec. 16, n. m. 25, BOLEA BARDÓN, Carolina, op. cit., 6.2.3; e SÁNCHEZ GARCÍA, Maria Isabel. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad. Análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado en materia de seguridad y orden públicos*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 97 e ss.

tipos justificadores. Esclarecimento adicional que em nada modifica aquela conclusão de que, em princípio, a verificação dos pressupostos de uma causa de justificação se avalia *ex post*.

A aceitação geral de que o ponto de vista *ex post* deve ser a regra, não impede a afirmação, que reúne um largo consenso, de que sempre existirão domínios onde uma perspectiva *ex ante* se impõe.[21] Aí entrarão, por exemplo, segundo alguns, as causas de justificação que participam do pensamento do risco permitido,[22] o direito de necessidade quanto à situação de perigo[23] e vários casos resultantes de uma distribuição do risco do erro,[24] em uma dimensão tão lata e sujeita a condições tão variáveis que dificilmente poderão ser aceites em toda a sua extensão. De todo o modo, não temos dúvidas em acompanhar a doutrina praticamente unânime em relação a um núcleo de figuras estreitamente ligadas às actuações oficiais, os chamados tipos de perigo e tipos de suspeita.

Na realidade, numerosas autorizações legais que condicionam a actuação dos agentes do Estado na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos contêm elementos típicos que se referem a conceitos como os de perigo, suspeitas, necessidade, indícios, conveniência etc. Quando o tipo justificador contiver elementos deste género, a avaliação destes requisitos deve ser realizada sob uma perspectiva *ex ante*, de natureza objectiva. Nos *tipos de perigo*, aqueles

21. Cf. PEREIRA, Rui Carlos, op. cit., p. 36 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa. Violação de domicílio e de segredo de correspondência ou telecomunicações por funcionário (arts. 378.º e 384.º do C. P. Português). Problemas de tipicidade e ilicitude. *Ab Vno ad Omnes, 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. p. 737 e ss.; SÁNCHEZ GARCÍA, Maria Isabel, op. cit., p. 97 e ss.; GALLAS, Wilhelm, op. cit., p. 459; AMELUNG, Knut. Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten. *JuS*, 1986, p. 336; MAURACH; Reinhart; ZIPF, Heinz, op. cit., I, § 27, n. m. 15, JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1993 (doravante: JAKOBS, *AT*^{2}),1/7 e ss., ROXIN, Claus, § 14, n. m. 88 e ss., JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, § 31, IV, 3, LENCKNER, Theodor, op. cit., antes do § 32, n. m. 9 e ss., ESER, Albin. In: SCHÖNKE; SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 28. ed., München: C. H. Beck, 2010 (doravante:,SCH/SCH/ESER^{28}), § 113, n. m. 30, e STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil* I: *Die Straftat*. 5. Aufl. Cologne: Carl Heymans, 2005. n. m. 126.

22. LENCKNER, Theodor, op. cit., antes do § 32, n. m. 9 e ss., e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 31, IV, 3 e § 36, em termos em relação aos quais manifestámos a nossa discordância, em *Justificação e desculpa por obediência em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 60 e ss.

23. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, op. cit., I, § 27, n. m. 15.

24. JAKOBS, *AT*^{2}, 11/7 e ss., PEREIRA, Rui Carlos, op. cit., p. 36 e s.

que integram elementos de prognose, a impossibilidade de, no momento da conduta, se prever se o perigo se materializará ou não em um dano decorre da própria natureza das coisas, da simples razão de a ninguém ser dada a oportunidade de espreitar o futuro.[25] Nos *tipos de suspeita*, muito comuns na actividade policial e no processo penal, verifica-se a emissão no presente de um juízo sobre a ocorrência de um facto no passado, pelo que devendo as suspeitas ou indícios reportar-se ao momento em que o agente actua, será em relação a esse momento que tais elementos do tipo justificador deverão ser apreciados. O exemplo proposto por Jakobs ilustra bem essa realidade: será ilícita a detenção realizada sem que sobre o detido recaia qualquer suspeita de um crime, mesmo que depois se prove que o detido foi o agente desse crime.[26]

Não procede a crítica de Rui Pereira, que não concorda com a formulação de um juízo *ex ante* nos casos em que a justificação se fundamenta no perigo, por se tratar de um entendimento "tributário de uma concepção subjectivista do perigo", considerando que se "o perigo constitui uma realidade objectiva e não é, simplesmente, um 'filho da nossa ignorância', a sua existência é determinável *ex post*, com independência da efectiva produção do dano".[27] E não procede porque ignora a relação existente nestes casos entre o perigo e o tipo justificador, em que se constata ser a própria causa de justificação a impor um juízo de perigo no momento da conduta. Por isso é que a avaliação sobre a verificação desse elemento tem de ser realizada *ex ante*, sob pena de esse conceito de perigo deixar de ter sentido útil.[28]

Nestes tipos justificadores, o perigo ou a suspeita têm de existir efectivamente,[29] ou seja, não podem ter uma dimensão meramente subjectiva, tendo antes de aparecer como fundados,[30] "segundo padrões objectiva e racionalmente sustentáveis".[31] A justificação só se verifica quando o juízo de perigo ou de suspeita em que a conduta se baseia corresponda ao que, perante as cir-

25. LENCKNER, Theodor, op. cit., antes do § 32, n. m. 10a.

26. JAKOBS, *AT*^{2}, 11/12.

27. PEREIRA, Rui, op. cit., p. 37.

28. Nesta direcção, JAKOBS, *AT*^{2}, 11/12, ao afirmar que perante elementos como perigo ou suspeita a lei escolhe a perspectiva *ex ante*, pois os mesmos perdem o seu conteúdo em uma consideração *ex post*.

29. BACKES, Otto; RANSIEK, Andreas. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte. *JuS*, 1989, p. 628.

30. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar, op. cit., § 9, n. m. 126.

31. ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit., p. 738.

cunstâncias existentes no momento da conduta, um observador razoável faria, de acordo com as regras da experiência comum. Para que possa considerar-se o acto como justificado não é necessário que *ex post* o perigo se materialize em dano ou que a suspeita venha a ser confirmada, por exemplo, em uma sentença condenatória. Mesmo que nada disso aconteça, o facto ter-se-á como lícito se, no momento em que foi praticado, o perigo ou a suspeita deveriam considerar-se como fundados de acordo com uma avaliação objectiva. A não confirmação *ex post* não prejudica a conclusão de que os pressupostos da dirimente se devam considerar como verificados e *não suscita qualquer questão de erro.*

Deste modo, quando da própria norma legal de permissão resulte que a aferição dos respectivos pressupostos deva reportar-se ao momento da conduta, não poderá senão adoptar-se um ponto de vista *ex ante* no juízo de ponderação acerca da verificação desses elementos.

Não será já, porém, legítimo estender essa perspectiva aos requisitos das causas de justificação que não comunguem das características assinaladas aos tipos de perigo e aos tipos de suspeita. Quanto a esses deverá manter-se a regra da apreciação *ex post*. A constatação *a posteriori* de que a situação de facto justificante na realidade não ocorreu, ao contrário do representado pelo agente, importará a aplicação do regime do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação.

3. A TEORIA DA CARÊNCIA DO DOLO DO ILÍCITO: A JUSTIFICAÇÃO PUTATIVA DETERMINANTE DA EXCLUSÃO DA ILICITUDE

1. Uma vez definido em que termos deverá ser avaliada a verificação dos pressupostos de um tipo justificador, abre-se então a questão acerca dos efeitos do erro sobre o preenchimento dos mesmos. Começámos por assinalar que se tornou praticamente pacífico – e por vezes, como acontece entre nós, até legalmente devido, por força do n.º 2 do art. 16.º do Código Penal – o entendimento de que deve diferenciar-se o erro sobre os pressupostos do erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, atribuindo-se ao primeiro um efeito de exclusão do dolo. Daí que a generalidade da doutrina que se inscreve neste paradigma reivindique a sua pertença à *teoria da culpa limitada.*

Em bom rigor, porém, como nota Ingeborg Puppe, parte dessa doutrina mais do que uma teoria da culpa limitada é antes sim uma teoria da carência do *dolo do ilícito.*[32] Com efeito, não cremos que a designação de teoria da cul-

32. PUPPE, Ingeborg. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch.* 3. Lief., 1995. § 16, n. m. 155.

pa, mesmo que limitada, seja adequada a todo um conjunto de posições que remetem para o campo da ilicitude a problemática do erro sobre a situação justificante e por isso acabam por admitir que a justificação putativa possa determinar, sob certos condicionalismos, uma exclusão da ilicitude.

Esta *teoria da carência do dolo do ilícito* vem ganhando dominância e é sustentada fundamentalmente na perspectiva de Claus Roxin,[33] para quem o erro sobre os pressupostos do tipo justificador determina uma exclusão do dolo, não por aplicação directa, mas analógica do erro sobre a factualidade típica vertido no § 16 I do StGB,[34] homólogo do art. 16.°, n.° 1, do nosso Código Penal. O dolo assim excluído não é o dolo do tipo, nem o dolo da culpa, antes sim *o dolo do ilícito* (*Unrechvorsatz*).

Roxin aglutina as categorias da acção, da tipicidade e da antijuridicidade na categoria global do ilícito (*Unrecht*),[35] que pressupõe, pelo menos, o desvalor de acção.[36] Assim, contra a teoria da culpa estrita, considera que aquele erro não exclui a culpa, mas sim o dolo. Sendo que o dolo excluído é o referido dolo do ilícito (*Unrechtsvorsatz*). Neste contexto, considera Roxin que o ilícito-típico doloso pressupõe não apenas um dolo do tipo (*Tatbestandsvorsatz*), mas também aquele dolo do ilícito, que além da representação da factualidade típica *compreende ainda a não suposição de circunstâncias justificantes*.[37] Quan-

33. Roxin, Claus, op. cit., § 14, n. m. 52 e ss., esp. § 70.

34. Idem, § 14, n. m. 55 e 64.

35. Idem, § 14, n. m. 3. Assim, já WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997 (4. ed. castelhana de *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. 11. ed. 1969), § 10, II, que caracterizava a antijuridicidade "como um 'juízo negativo de valor' ou como um 'juízo de desvalor' sobre a conduta típica. (...) A antijuridicidade é uma mera relação (uma contradição entre dois membros de uma relação); o ilícito, pelo contrário, é algo substancial: a conduta antijurídica propriamente dita. A antijuridicidade é um predicado, o ilícito um substantivo" – sobre esta distinção, cf. ainda ROSA, Manuel Cortes. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. Española), SCHÜNEMANN, B.; Figueiredo Dias, J. de. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995. p. 247.

36. ROXIN, Claus, op. cit., § 14, n. m. § 70.

37. Idem, § 14, n. m. 70, e ainda RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7. Aufl. 37. Lfg. 2002. § 16, n. m. 12. Também MIR PUIG, Santiago, op. cit., Lec. 10, n. m. 69, adopta esta bipartição: "o dolo típico não esgota o *dolo natural*, que também compreende o dolo referido à ausência dos pressupostos típicos de uma causa de justificação". Nesse sentido, cf. ainda BOLEA BARDÓN, Carolina, op. cit., 6.2.2.

do o agente erra sobre a existência dos elementos materiais de um obstáculo à ilicitude, a sua conduta é determinada por uma vontade não desconforme à ordem jurídica,[38] isto é, o agente, de acordo com a sua representação da realidade, quer praticar um facto que se identifica com um facto juridicamente autorizado e, desse modo, não lhe pode ser assacado um *ilícito de acção doloso*.[39]

O afastamento do ilícito doloso, devido a uma eliminação do desvalor de acção doloso,[40] não significa que o facto seja lícito sem mais, pois subsiste a possibilidade da existência de um ilícito fundado em um *desvalor de acção negligente* se o erro do sujeito for evitável e derivar de uma violação do cuidado objectivamente devido.

Porém, quando o agente, não obstante actuar com a diligência devida, cair num erro sobre uma situação justificante, por se tratar de um erro objectivamente inevitável, além do ilícito de acção doloso, deverá considerar-se excluído o *ilícito de acção negligente*. Neste caso, não há nem desvalor de acção doloso, nem desvalor de acção negligente, *faltando assim o substrato pessoal próprio do ilícito*, que por essa razão deverá ser negado.[41] O facto típico em causa não se considera propriamente justificado, mas *não é um facto ilícito*.

Esta construção de Roxin vem merecendo a *adesão de alguma doutrina portuguesa*, que se filia nesta conclusão de que não actua ilicitamente o agente que pratica um facto típico sem que, na realidade, se verifiquem os pressupostos de uma causa de justificação em que, por erro inevitável ou invencível, o agente confiou estar abrigado. É o caso de Conceição Valdágua, para quem "nas situações de legítima defesa putativa em que o defensor putativo não viola uma norma de cuidado (...) não é produzida qualquer agressão ilícita: ao fac-

38. ROXIN, Claus, op. cit., § 14, n. m. 64.

39. No mesmo sentido, STRATENWERTH, Günter. Zur Relevanz der Erfolgsunwert im Strafrecht. *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1975. p. 178 e ss.; STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar, op. cit., § 9, n. m. 158 e s., ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. Madrid: Colex, 1995, Caso 15, n. m. 29; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Systematischer Kommentar*... cit., § 16, n. m. 12, e ainda LENCKNER, Theodor, op. cit., antes do § 32, n. m. 21, em relação às causas de justificação não presididas pelo pensamento do risco permitido.

40. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar, op. cit., § 9, n. m. 159.

41. Cf., v. g., ROXIN, CLAUS, op. cit., § 15, n. m. 14, e § 17, n. m. 13. Na sua direcção, LENCKNER, Theodor, op. cit., antes do § 32, n. m. 21, e na doutrina espanhola, MIR PUIG, Santiago, op. cit., Lec. 6, n. m. 60, e Lec. 16, n. m. 23, e BOLEA BARDÓN, Carolina, op. cit., 6.2.2.

to falta tanto o dolo (segundo o art. 16.°, n.° 2, do Código Penal português), como a negligência (art. 16.°-3 do Código Penal português), pelo que não se vulnera nenhuma norma de cuidado e falta, portanto, uma condição essencial para a existência de uma agressão ilícita". E é agora também a posição de Taipa de Carvalho, que, colocando o problema no âmbito da ilicitude, parte da "complementaridade material e funcional entre o tipo legal e as causas de justificação, no tocante ao juízo de ilicitude sobre o facto típico concreto" para concluir que "o erro sobre os elementos objectivos de uma causa de justificação deve ter o mesmo efeito que o erro sobre os elementos do tipo legal: deve excluir o dolo relativamente ao tipo de ilícito praticado, só ficando, portanto, lugar para um ilícito negligente".[42]

2. São várias as *consequências dogmáticas* associadas a esta exclusão da ilicitude fundada numa situação de justificação putativa decorrente de a ausência de um desvalor de acção doloso ser acompanhada de uma ausência de um desvalor de acção negligente. Consequências que provavelmente não seriam de afirmar se se considerasse que o erro não relevaria em sede de ilicitude, mas apenas no domínio da culpa:[43]

Afastada a ilicitude do facto típico cometido pelo agente fica vedada a aplicabilidade de qualquer *medida de segurança*.[44]

Não é à partida de excluir a possibilidade de responsabilizar por crime de resistência e coacção sobre funcionário o cidadão que resista contra a conduta típica do funcionário que age em erro sobre os pressupostos de uma autorização legal para uma intromissão na esfera pessoal do visado.[45] E poderá

---

42. TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Direito penal – Parte geral: questões fundamentais; teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. § 627. Conclusão a que já antes chegava Taipa de Carvalho – cf., *v.g.*, *A Legítima defesa. Da fundamentação teorético-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 186 e ss. –, mas por via directa da exclusão do desvalor de acção.

43. Como se verifica pelo que se segue em texto, é redutora a perspectiva ROXIN, Claus, op. cit., § 14, n. m.73 e ss., quando só vislumbra, mas para as negar, diferenças a nível de comparticipação.

44. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., I, 5.° Cap., § 7 e ss. e 14.° Cap., § 30, nota 33.

45. Daí a crítica de ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit., p. 744, a Roxin, no âmbito da discussão relativa ao conceito de licitude penal desenvolvido pela jurisprudência e doutrina alemãs no contexto dos actos de autoridade, para eventual responsabilização do cidadão por crime de resistência contra funcionário (§ 113 do StGB): embora ROXIN, Claus, op. cit., § 17, n. m. 8 e ss., declare repudiar um tal conceito privilegiado de licitude penal, a sua solução para a justificação putativa vem, na prática, quanto

igualmente reputar-se como legítima a ordem dada a um subordinado por um superior hierárquico que verse em erro da mesma natureza ao emitir o comando, o que gera para aquele um dever de obediência, que por sua vez determina reflexamente a exclusão da ilicitude da conduta típica ordenada, com prejuízo para a posição do afectado pela mesma.[46] Nestes casos de actuações oficiais, a exclusão da ilicitude do facto típico do funcionário vai acompanhada de uma proibição de legítima defesa dirigida ao atingido pela sua conduta.

Afastamento da *legítima defesa* que não constitui singularidade dos actos de autoridade e aparece como consequência genérica da teoria da carência do dolo do ilícito para todos os casos de facto típico praticado por um agente incurso em erro inevitável sobre a situação justificante.[47] Uma eventual defesa do atingido só será, por isso, admitida no quadro do direito de necessidade (defensivo, eventualmente), sem violência, através do esclarecimento da situação ou, quando muito, de uma resistência defensiva.[48]

3. Em face do exposto, não andará certamente longe da verdade a conclusão de que esta tese da carência do dolo do ilícito acaba por determinar uma aproximação ou até mesmo uma equiparação, pelo menos ao nível dos efeitos, entre os casos em que o facto típico praticado pelo agente está plenamente coberto por uma causa de justificação, por se encontrarem reunidos os respectivos pressupostos materiais, e os casos em que não estando esses requisitos verificados, o agente actua confiando que sim, por erro objectivamente inevitável sobre a situação de facto justificante.

---

aos seus resultados, a coincidir largamente com a daquela tese do conceito de licitude penal – sobre a questão, desenvolvidamente, BRANDÃO, Nuno, op. cit., p. 49 e ss.

46. Trata-se da posição que conforma aquele que, no nosso estudo *Justificação e desculpa por obediência em direito penal* cit., p. 128 e ss., designámos por modelo do erro, em sede de obediência a ordens superiores – cf., v. g., STRATENWERTH, Günter. *Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns*. J. C. B. Mohr, 1958. Passim; LENCKNER, Theodor, op. cit., antes do § 32, n. m. 21, 86 e 88.

47. ROXIN, Claus, op. cit., § 14, n. m. 112 e § 17, n. m. 13, LENCKNER, Theodor, op. cit., antes do § 32, n. m. 21, e, entre nós, VALDÁGUA, Maria da Conceição. Aspectos da legítima defesa no Código Penal e no Código Civil. *Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, sep. *RFDUL*, 1995, p. 204.

48. ROXIN, Claus, op. cit., § 14, n. m. 112 e § 15, n. m. 15. Cf. ainda GRAUL, Eva, op. cit., e LENCKNER, Theodor, antes do § 32, n. m. 86, que considera a possibilidade de justificação pelo § 34 do StGB (direito de necessidade) quando o interesse do particular for de valia superior ao prosseguido, o dano for irreparável e o perigo para o ofendido não puder ser removido de outro modo, v.g., através de um esclarecimento da situação ou de um recurso legal.

O fundamento desta exclusão da ilicitude do facto típico cometido no contexto de uma mera justificação putativa radica em último termo na *ausência de um desvalor de acção*.

Uma análise crítica desta solução implica, assim, em nosso modo de ver, que antes de mais se questione o próprio conteúdo nela atribuído ao desvalor de acção e a consistência dogmática da figura do dolo do ilícito que lhe é associada. Apreciação que deverá ainda realizar-se na perspectiva do relevo dado ao desvalor de resultado na formação do juízo de ilicitude, da sua compatibilidade com as dimensões de valoração e de determinação que caracterizam a norma de permissão ínsita nos tipos justificadores e por último das consequências que dela derivam para as relações de conflito em que normalmente se inscrevem as causas de justificação.

Brevitatis causa, e para que fique claro o ponto de que partimos para essa análise, devemos adiantar que, com a doutrina hoje dominante, entendemos que a ilicitude penal se caracteriza pela *coexistência* de um *desvalor de resultado* e de um *desvalor de acção*.[49] Aquele entendido como colocação em perigo ou lesão de um bem jurídico e este como expressão de um acto próprio de uma pessoa.[50]

3.1 Nesta abordagem crítica que nos propomos encetar, é desde logo o ponto de partida da posição de Roxin e seus seguidores que cremos dever ser questionado. Nomeadamente, a ideia de que havendo erro objectivamente inevitá-

---

49. Assim, entre outros, DIAS, B. Schünemann J. de Figueiredo, op. cit., I, 11.° Cap., § 6 e ss., MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. in: AA. VV. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 548 e ss., STRATENWERTH, Günter. Zur Relevanz... cit., p. 177 e ss., GALLAS, Wilhelm, op. cit., p. 447 e ss., ROXIN, Claus, op. cit., § 10, n. m. 88 e ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 24, III, LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 22. Auf. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, antes do § 13, n. m. 18 e ss.; e QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS; Fermín; PRATS CANUT, Miguel. *Curso de derecho penal: parte general*. Barcelona: Cedecs, 1996. p. 247 e ss.

50. Nesses termos, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 226, afirma que "é exacto que a essência da antijuridicidade se revela decisiva na determinação dos elementos do tipo. Mas daqui só se pode retirar a conclusão de que importa tomar em conta, para além do desvalor de resultado do comportamento, os elementos configuradores do *desvalor da acção*, através do qual esta surja como obra de uma pessoa ou, neste sentido, ligada a um 'centro ético de imputação'. Para tanto não é indispensável porém fazer apelo ao dolo ou, sequer, à categoria da finalidade. O desvalor da acção fica constituído logo que a realização típica era objectivamente dominável ou evitável, ou que o agente violou um dever objectivo de cuidado, ou que ultrapassou os limites do risco permitido".

vel sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador inexiste desvalor de acção, por falta de desvalor de acção doloso e de desvalor de acção negligente. No nosso ponto de vista, *não há motivo para aí negar o desvalor de acção.*[51] O agente que incorre em um erro daquele tipo não exprime nesse facto uma personalidade contrária ao dever-ser penal e por isso não lhe é dirigida qualquer censura dolosa. Mas se o agente representa e dirige a sua vontade à prática desse facto, deve considerar-se que o facto cometido é a expressão de um acto da sua pessoa e nessa medida comporta um desvalor de acção.

Para Roxin, o afastamento do desvalor de acção funda-se, num primeiro e decisivo momento, na exclusão do desvalor de acção doloso, em virtude do não preenchimento do denominado dolo do ilícito. Um dolo que, todavia, nas palavras críticas de Armin Kaufmann, "não consiste já em um conhecimento e vontade de realização do tipo, mas em parte em um conhecimento e vontade e em parte em um não conhecimento (e uma não vontade?)".[52] Na realidade, para Roxin o dolo do ilícito será de afirmar sempre que o agente pratique o facto típico sem representar eventuais circunstâncias justificantes. No plano inverso, se o agente actua determinado pela errónea convicção de que se encontram verificados os pressupostos de uma causa de justificação, o dolo do ilícito deverá ser negado, removendo-se, do mesmo passo, o desvalor de acção doloso. Posição que, com Figueiredo Dias, se poderá caracterizar como uma "aceitação exasperada da teoria dos elementos negativos do tipo",[53] "pela re-

51. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 41, IV, 1., d).

52. KAUFMANN, Armin. Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung. *JZ*. 1955. p. 38.

53. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...* cit., § 21, I, 3, b). Ao contrário, v.g., de SCHÜNEMANN, Bernd. Die deutshsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. *GA*. 1985. p. 350 e ss., e ROSA, Manuel Cortes. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. Española), SCHÜNEMANN, B.; FIGUEIREDO DIAS, J. de. La función de delimitación de injusto y culpabilidad. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 236 e ss., hoje talvez o mais acérrimo defensor da teoria dos elementos negativos do tipo, Roxin, que em tempos foi seu partidário, pretende agora, à semelhança da doutrina maioritária, afastar-se desta tese, avançando inclusive um longo requisitório contra a mesma (cf. op. cit., § 10, n. m. 19 e ss.). Contudo, como vimos, partilha com a teoria dos elementos negativos do tipo a ideia de que ao erro sobre as causas de justificação se aplica o regime do erro sobre a factualidade típica, que exclui o dolo. O único ponto que separa ambas as teses diz respeito ao modo de aplicação do § 16, I do StGB, pois enquanto para ROXIN, Claus, OP. CIT., § 14, n. m. 55 e 64, esta norma se deve aplicar analogicamente ao erro sobre o tipo justificador, para a teoria dos elementos negativos do tipo o § 16, I, do StGB terá aplicação directa

cusa de toda a distinção e qualquer autonomia entre elementos do tipo incriminador e elementos do tipo justificador",[54] e que segundo alguma doutrina, "além de constituir uma 'impossibilidade psicológica', conduziria sem dúvida a um 'dolo monstruoso'".[55] As afirmações de Figueiredo Dias são proferidas no contexto da defesa da sua posição de que "no plano da aferição da culpa jurídico-penal (...) o significado do erro sobre a factualidade típica e do erro sobre os pressupostos de um obstáculo à ilicitude é *exactamente o mesmo*",[56] em ordem a contrariar aquelas acusações de que esta construção poderia constituir uma "impossibilidade psicológica" e conduzir a um "dolo monstruoso". Porém, nessa defesa vai deixando cair críticas à equiparação entre erro sobre o tipo e erro sobre obstáculos à ilicitude realizada na base de uma identificação entre tipos justificadores e tipos incriminadores, como já na altura Roxin sustentava, ancorado em uma co-consciência imanente à acção da inexistência dos pressupostos da justificação. Fundamentação que, como já afirmou Figueiredo Dias, só pode qualificar-se como insubsistente, pois "neste enquadramento, com efeito, não poderá logicamente deixar de se exigir o conhecimento da inexistência dos obstáculos; e um 'conhecimento' que não prescinda, pelo menos, de uma qualquer ligação à consciência-intencional do agente e que, por isso, nem sempre poderá considerar-se que resulta automaticamente da própria situação".[57]

Como se vê, a teoria da carência do dolo do ilícito entra em crise logo no seu ponto chave, o da própria existência de um dolo do ilícito. Figura que assenta numa construção artificiosa de não conhecimento da situação justifi-

---

e imediata. Os resultados de uma e outra posição são, pois, exactamente os mesmos e por isso a razão está com GALLAS, Wilhelm, op. cit., p. 46, quando considera que substancialmente se reconduzem à teoria dos elementos negativos do tipo todas as tentativas para qualificar o erro sobre a situação justificante como um erro sobre a factualidade típica excludente do dolo por aplicação analógica do § 16 do StGB. Para uma análise crítica desta doutrina, cf., entre tantos outros, DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...* cit., § 4, III, 3, b), e GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito en su momento actual*. Bosch, 1959. p. 39.

54. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...* cit., § 21, I, 3, b).

55. Idem, ibidem.

56. Idem, § 21, I, 2.

57. Idem, § 21, nota 44. Alinham nesta crítica, PEREIRA, Rui Carlos, p. 28 e s., JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 41, IV, 1, a). Também ESER, Albin; BURKHARDT, Björn, op. cit., Caso 15, n. m. 23 e 29, consideram questionável esta construção do dolo, mas, paradoxalmente, acabam por defender que em caso de erro sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador é excluído o ilícito doloso.

cante, que por si só seria suficiente para rejeitar a ideia de que uma justificação putativa poderá conduzir à exclusão da ilicitude de uma conduta típica. Há, não obstante, outras razões ponderosas que fundamentam o repúdio de uma tal pretensão.

3.2 Mesmo que se admitisse que o desvalor de acção deveria considerar-se eliminado em caso de erro inevitável sobre a situação justificante – o que, como referimos, nem sequer se afigura procedente –, nem por isso deveria creditar-se uma exclusão da ilicitude ao facto típico doloso cometido nessas constelações de erro, atento o relevo do *desvalor de resultado* na definição do ilícito penal.

Se a natureza pessoal do ilícito que vai implícita na concepção dualista da ilicitude se apresenta hoje como uma aquisição insubstituível, cremos que não deve a mesma ser exacerbada ao ponto de aniquilar a dimensão objectiva do juízo de ilicitude, manifestada no desvalor de resultado. O risco que daqui deriva é o da diluição das categorias da ilicitude e da culpa, através de uma apropriação do conteúdo da culpa pela ilicitude, de um modo tal que a distinção entre ambas se torna quase impraticável e deixa de assumir relevância significante. Com a subjectivação extrema do ilícito, a exclusão da responsabilidade penal em relação a uma parte substancial do núcleo de problemas geralmente associado à culpa deixa de assentar na não censurabilidade e passa a fundar-se em uma ausência de desvalor de acção, sendo assim antecipada da culpa para a ilicitude.[58]

O esvaziamento da culpa[59] compromete o sistema categorial-classificatório, pois representa, por um lado, o abandono da estrutura categorial a partir do patamar da ilicitude e, por outro lado, impede-o de cumprir uma das suas finalidades, a atribuição de consequências diversas aos diferentes estratos em que se encontra organizado. E se o produto que deriva de uma tal construção é questionável quanto ao relevo da culpa, não o será menos quanto ao significado do ilícito. Poder-se-á duvidar da idoneidade do sistema do facto punível para assegurar uma efectiva observância do princípio da culpa, cuja *ratio* de protecção da dignidade pessoal, enquanto limite ao exercício do poder punitivo estadual, exige para a culpa um conteúdo material.[60] Mas poder-se-á também

58. Assim sucede na questão objecto da nossa atenção relativa ao erro inevitável sobre os pressupostos materiais das causas de justificação, como também, v. g., em MIR PUIG, Santiago, op. cit., Lec. 21, n. m. 22 e s. e QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., op. cit., p. 421, quanto ao erro sobre a proibição.

59. VIGANÒ, Francesco, op. cit., p. 191.

60. Nessa direcção, DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., I, 10.º Cap., § 23.

questionar se um ilícito assim concebido não se degradará em uma expressão de um direito penal da atitude interior e não se tornará assim imprestável.[61]

O que se constata, em todo o caso, é que são precisamente alguns dos principais paladinos da concepção dualista da ilicitude, sobretudo na doutrina alemã, quem acaba por esvaziar de sentido essa proposição quando se trata de definir o concreto conteúdo da categoria da ilicitude. Na verdade, como bem observa Francesco Viganò, "não obstante as repetidas garantias da doutrina alemã hoje dominante sobre a essencialidade do desvalor de resultado na estrutura do ilícito, esse desvalor não é de facto... essencial: única condição, esta sim necessária e suficiente, para a subsistência do ilícito (pelo menos, doloso) é o desvalor de acção".[62]

Ora, o exemplo porventura mais acabado disto mesmo – em autores como Roxin, Lenckner, Rudolphi ou Stratenwerth – dá-se justamente na matéria de que tratamos, no erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação. Com efeito, a tese da carência do dolo do ilícito comporta uma *desconsideração completa do desvalor de resultado* como elemento constitutivo da ilicitude e nessa medida revela-se incompatível com a concepção dualista da ilicitude.[63]

Aceitando como válida a compreensão da ilicitude como "valoração autónoma da ordem jurídica através da qual se liga a um certo comportamento um sentido de desvalor jurídico",[64] deverão as causas de justificação reconhecer-se como instrumentos de que o ordenamento jurídico se serve para a formação de um juízo de licitude. Nessa medida, as causas de justificação são portadoras de uma decisão político-criminal de preferência entre interesses conflituantes em uma concreta situação da vida.[65] Decisão que se funda numa ponderação determinada por critérios objectivos e que por isso produz efeitos gerais,[66] re-

61. ROXIN, Claus, op. cit., § 10, n. m. 99.

62. VIGANÒ, Francesco, op. cit., p. 185 e s.

63. Nessa direcção, criticando a absoluta subjectivização da ilicitude que vai implicada nesta construção, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 31, V, e HIRSCH, Hans Joachim. Principi, svilupi e fraintendimenti del 'finalismo'. In: MOCCIA, Sergio (coord.). *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2007. p. 30.

64. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema*... cit., § 4, III, 3.

65. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 25, III, 2, a).

66. Assim, HIRSCH, Hans Joachim. Die Stellung von Rechtfertigung und Entshuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht. In: ESER, Albin; PERRON, Walter (Herausg.). *Rechtfertigung und Entshuldigung*. III, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst., 1991. p. 29 e s.

caindo um dever de suportar sobre o titular do interesse preterido pela ordem jurídica. Por aqui também se compreende que a par de uma função de determinação, *a norma presente no tipo justificador possua uma ineliminável função de valoração*. A dimensão de valoração é expressa pela ordem jurídica através de uma tomada de posição a favor de um dos interesses em disputa e compreende o *valor de resultado que permite neutralizar o desvalor de resultado* decorrente do preenchimento do tipo incriminador.

Tendo em conta esta função de valoração da norma de permissão, pela qual só a produção de um valor de resultado poderá levar a que a mesma desencadeie o seu efeito justificante, ainda que se concedesse que em caso de justificação putativa o agente actua sem desvalor de acção, não seria ainda assim legítimo concluir ser devida uma imediata exclusão da ilicitude, sem mais. A inexistência do desvalor de acção, desacompanhada de uma correspondente neutralização do desvalor de resultado, não é suficiente para afastar a ilicitude do *facto típico*. Se a ordem jurídica faz depender a justificação do cumprimento de certos pressupostos e os mesmos não se verificam no caso concreto, então o interesse que a norma tem em vista não é em concreto prosseguido e o valor social,[67] o *plus*, que legitimaria a intervenção do agente em prejuízo dos interesses tutelados pelo tipo incriminador não é efectivamente alcançado, com o que no sistema social subsiste somente o desvalor da danosidade consubstanciada na lesão ou colocação em perigo do bem jurídico atingido pela conduta típica do agente.

Decisiva para a exclusão da ilicitude é a real prossecução do interesse que a norma de autorização tem em vista,[68] numa palavra, a eliminação do desvalor

67. Expressão esta, "valor social", que não deve ser lida à luz da discussão relativa à questão de saber se o comportamento justificado comporta uma valoração positiva, uma aprovação, ou uma mera valoração não negativa, uma tolerância, pela ordem jurídica – sobre o assunto, cf. LARRAURI, Elena. Causas de justificación: criterios de identificación. In: HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 49 e ss. Neste contexto, cremos assistir razão a DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., I, 14. Cap., § 36, na consideração de que "*para efeitos de ilicitude jurídico-penal* esta só pode ser *afirmada* ou *negada*, devendo neste último caso considerar-se completamente indiferente, em termos de consequência jurídica, que o comportamento respectivo seja 'aprovado' ou apenas 'suportado' pelo Direito", e a ROXIN, Claus, § 14, n. m. 1, que, do mesmo modo, entende que a afirmação de uma causa de justificação não implica uma valoração positiva da conduta justificada, pois ao direito penal não cabe emitir juízos de valoração positivos de factos não desaprovados pela ordem jurídica.

68. No mesmo sentido, cf. PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1993. p. 196.

de resultado, porque é esse interesse que legitima essa norma e lhe dá razão de ser. Na síntese de Sánchez García, "em um direito penal orientado para a protecção de bens jurídicos, não pode determinar-se uma exclusão da ilicitude quando as expectativas de criação de um resultado valioso para o direito não se concretizaram".[69]

O facto de a justificação depender ainda e também da ausência de um desvalor de acção, não autoriza a extrapolação da teoria da carência do dolo do ilícito, que implicitamente prescinde da neutralização do desvalor de resultado como condição de exclusão da ilicitude. Por conseguinte, não poderá aceitar-se que, em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, a norma de permissão, implícita no tipo justificador e que guarda autonomia em relação à norma de proibição ou de imposição do tipo incriminador, produza um efeito equivalente ao da justificação, como sucede quando se aponta aí para uma exclusão da ilicitude fundada em ausência de desvalor de acção doloso e negligente. E não apenas porque, numa perspectiva formal, não estão realmente verificados os pressupostos da causa de justificação respectiva, mas ainda e decisivamente, agora numa perspectiva material, porque não há aí uma autêntica prossecução do interesse que a norma de permissão visa tutelar, não estando assim presente a sua dimensão de valoração.

3.3 A equiparação da justificação putativa à justificação real comporta em si mesma a contradição normativa insanável que se acaba de assinalar, na vertente de valoração da norma. Mas é ainda questionável na perspectiva da norma de permissão como *norma de determinação*. Tal equiparação distorce de forma irremediável a realidade ao parificar a conduta do que actua erradamente com a do que actua de modo conforme ao direito.[70] Parificação que desvirtua a função de mediação entre interesses conflituantes na vida social atribuída à ilicitude e que, além de representar uma desconsideração da função de valoração, revela também uma visão unilateral sobre a dimensão de determinação da norma de permissão. É que, por via da absorção da norma de autorização na norma de incriminação, acaba-se por aplicar àquela um modelo hermenêutico que só é válido para esta. Se é correcto considerar que destinatário da norma de proibição ou de imposição, ínsita no tipo incriminador, é o agente que comete o facto típico, pois o tipo legal comporta somente uma decisão de valoração abstracta,[71] já no plano do tipo justificador, que traduz uma valoração em con-

69. SÁNCHEZ GARCÍA, Maria Isabel, op. cit., p. 101.

70. Cf. HIRSCH, Hans Joachim. Die Stellung von Rechtfertigung... cit., p. 34.

71. Idem, p. 30.

creto entre interesses conflituantes, destinatários da norma de permissão são todos os titulares desses interesses contrapostos.[72] Pois se esta norma confere um direito ou um dever de agir também impõe um correspectivo dever de suportar. O imperativo contido na norma não se dirige apenas ao sujeito activo e por isso o aspecto de determinação da norma não pode ser perspectivado apenas sob o prisma desse sujeito. Donde, mesmo para o plano de determinação da norma de autorização, se torna imperiosa a verificação efectiva da situação justificante:[73] só assim a norma produzirá um imperativo pelo qual impõe ao sujeito passivo um verdadeiro dever de suportar. Se, pelo contrário, se nega a vertente de valoração da norma de permissão e se foca a sua dimensão de determinação somente no sujeito que se quer valer do tipo justificador, altera-se a seu favor a relação de equilíbrio entre os interesses contrapostos definida pela ordem jurídica e esse sujeito adquire uma posição jurídica que o ordenamento não lhe quis atribuir, em prejuízo da vítima,[74] titular do interesse que a ordem jurídica estabeleceu como prevalente.

3.4 Contra a tese da exclusão do ilícito em caso de erro inevitável sobre uma causa de justificação deve ainda apresentar-se uma outra objecção que a crítica precedente deixa adivinhar: a insolúvel confusão que pode introduzir no plano das relações sociais.

Esta solução – tal como, aliás, aquela outra que propõe um critério *ex ante* para a aferição dos pressupostos da causa de justificação –, ao conduzir à exclusão da ilicitude, nega a legítima defesa àquele que é vítima da agressão desse agente que incorre em erro sobre a situação justificante apesar de empregar o cuidado objectivamente devido. Quando muito, diz-se, o agredido poderá responder em estado de necessidade. Porém, é perfeitamente natural que a reacção do primeiro agredido vá além do que é admitido em estado de

72. Todavia, segundo WOLTER, Jürgen. Imputación objectiva y personal a título de injusto. A la vez, uma contribución al estúdio de la *aberratio ictus*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 111 e s., já com referência ao tipo incriminador e à fundamentação do ilícito, deve a vítima ser colocada no centro da doutrina do ilícito e da imputação e a norma de proibição deve conceber-se tanto sob a perspectiva do agente que realiza o facto, como da vítima, que é ameaçada. Consideração que de acordo com o A. deve ser transposta para o plano das normas de permissão das causas de justificação, que reflectem tal como uma imagem reflectida num espelho as relações surgidas no plano da fundamentação do ilícito.

73. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 41, IV, 1, a).

74. Nesse sentido crítico, também HIRSCH, Hans Joachim. Principi... cit., p. 29 e s.

necessidade, com o que o agredido por sua vez se transforma em agressor. Ora, as mais das vezes, tal acontecerá porque o primeiro agredido julga – erradamente, segundo a tese em análise – ter perante si uma situação de legítima defesa, em virtude de crer que a agressão de que é alvo constitui um facto ilícito, o que, segundo aquela posição da carência do dolo do ilícito, não corresponde à realidade, uma vez que o primeiro agressor actua em erro inevitável. Mas se assim é, a contra-agressão do primeiro agredido também não é ilícita, dado que o seu erro, por uma questão de justiça e equidade, também será em princípio considerado como inevitável. O primitivo agressor e agora contra-agredido também não disporá, portanto, de qualquer direito de legítima defesa, podendo exercer somente um direito de necessidade. Pelo que, em último caso, se poderá configurar uma situação de legítima defesa putativa contra legítima defesa putativa, que redundará em um estado de necessidade contra outro estado de necessidade.[75]

A ilicitude perde dessa forma a sua função reguladora das relações sociais e em vez de assumir um papel de orientação na vida em sociedade torna-se em fonte de inarredáveis dúvidas e confusões. Assiste inteira razão a Taipa de Carvalho quando considera que "é, nas situações de conflito, humanamente provocadas ou naturalmente surgidas, que mais se faz sentir a necessidade de uma orientação clara de qual os interesses é considerado pela ordem jurídica como mais valioso"[76] e que "o que não pode, de maneira nenhuma, aceitar-se é que as causas de justificação (tipos justificadores) passem, na prática, de normas de orientação e de autorização da acção, numa situação de conflito, a normas de desorientação, a fontes de perplexidades, a factores de potenciação de conflitos mais graves do que aqueles que elas pretendem e têm por função resolver".[77] Afirmações proferidas a propósito da aplicabilidade do corolário da determinabilidade do princípio da legalidade penal às causas de justificação, mas que se aplicam como uma luva ao problema do erro sobre a situação de facto justificante. Não pode, sob pena de insanável incoerência, assinalar-se como precípua função político-criminal da ilicitude a de estabelecer normas claras de conduta e de definir de um modo límpido e inequívoco as fronteiras do permitido e do proibido, e ao mesmo tempo adoptar-se uma construção dogmática do facto punível que se alheia por completo daquela função e a põe materialmente em causa. Incoerência que deve ser apontada a Roxin e a todos

75. Cf., por todos, TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *A legítima defesa*... cit., p. 186 e ss., e GRAUL, Eva. Legítima defensa o defensa putativa? cit., p. 183 e ss.

76. TAIPA DE CARVALHO. *A legítima defesa*... cit., p. 168.

77. Idem, ibidem.

aqueles que em determinadas circunstâncias equiparam a justificação putativa à justificação real ao nível dos seus efeitos.

4. A SOLUÇÃO ADOPTADA: A EXCLUSÃO DO DOLO DA CULPA COMO EFEITO DA JUSTIFICAÇÃO PUTATIVA, SUBSISTINDO A ILICITUDE DO FACTO

1. As razões avançadas contra as correntes que, sustentadas de modo mais ou menos explícito no conceito de desvalor de acção, apontam um efeito de exclusão da ilicitude ao erro inevitável sobre os elementos materiais de um tipo justificador, são em definitivo confirmadas pelas conclusões da teoria do erro sobre as causas de justificação dominante entre nós, próxima da teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas (*rechtsfolgeneinschränkende Schuldtheorie*) que recolhe um apoio significativo na doutrina alemã.

De há longo tempo que parte significativa da doutrina portuguesa que se tem debruçado sobre este erro afasta a questão do campo da ilicitude e a coloca no âmbito da *culpa*. Para Eduardo Correia "a errónea aceitação da factualidade que conduziria à verificação de uma causa que exclui a ilicitude, ou da relevância justificativa de uma certa circunstância, reconduz o problema do domínio da ilicitude para o domínio do dolo e do erro, e, portanto, para o plano da culpa".[78] Também Figueiredo Dias, apesar de a sua concepção do problema ser toda uma outra, conclui que "a exclusão do dolo em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação opera a nível da culpa e não da ilicitude".[79] Não estando verificado os pressupostos da causa de justificação, a mesma não poderá ter qualquer eficácia justificante e o erro sobre tais requisitos em nada afecta a ilicitude do facto, podendo ter apenas relevo em sede de culpa. Nas palavras de Zipf, "nesses casos jamais pode ocorrer a justificação da acção típica e só resta questionar a possibilidade de eliminação da reprovação que há-de ser dirigida ao agente e, assim, da sua culpa".[80]

Decisivo para esse efeito é o entendimento acerca da localização sistemática do dolo, do seu conteúdo e da sua função. Reputamos correcta a construção do dolo como entidade complexa que releva em parte ao nível do tipo de ilícito e

78. CORREIA, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias). *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1965 [reimp. 1996]. vol. II, p. 14.

79. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., 14.º Cap., § 31.

80. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, op. cit., vol. I, § 26, n. m. 36. No mesmo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 31, IV; HIRSCH, Hans Joachim. Principi, svilupi e fraintendimenti del 'finalismo'... cit., p. 29 e s., e SÁNCHEZ GARCÍA, Maria Isabel, op. cit., p. 101.

noutra parte ao nível do tipo de culpa.[81] O dolo do tipo de ilícito refere-se aos elementos objectivos do tipo, é composto por um elemento intelectual que se traduz na representação da factualidade típica, *não sendo formado pelo conhecimento da inexistência de elementos de facto justificantes*. Por isso, bastante para a afirmação do dolo e mediatamente do desvalor de acção é a representação e vontade de realização do tipo objectivo de ilícito.

A confiança errónea, ainda que inevitável, quanto à existência de uma situação de facto justificante não é suficiente para afastar a imputação do dolo e não é idónea a excluir a ilicitude do facto. O dolo objecto de exclusão é, portanto, não o dolo do tipo, mas sim o *dolo da culpa*.[82] Conclusão que se mostra em perfeita coerência com a função da ilicitude no sistema do facto punível, pois permite que esta categoria desempenhe de forma cabal a sua função político-criminal de regulação de interesses em situações de conflito, bem assim como se mantenha claramente distinta em relação à culpa. É ainda a solução que melhor se coaduna com o pensamento da culpa, dado que nestas circunstâncias o agente não dispõe ao nível da sua consciência psicológica de todos os elementos de que a realidade se forma e não pode desse modo realizar um juízo sobre a ilicitude plenamente informado, pelo que não revela uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal.[83] Afirmado o dolo do tipo e a ineficácia da causa de justificação, sendo o erro inevitável, a

---

81. Aderimos, pois, à construção de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., vol. I, 10. Cap., § 58 e ss. Próxima desta concepção, conduzindo a resultados idênticos em matéria de erro sobre as causas de justificação, está aquela que valora o dolo no tipo e reflexamente na culpa – assim, já GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito*... cit., p. 45 e ss. e 61 e ss.; e GALLAS, Wilhelm. La struttura del concetto... cit., p. 464.

82. Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o estado actual da doutrina do crime. 2. Parte: Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade. *RPCC*. 1992, Fasc. 1.°, p. 19 e s.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos*... cit., p. 298 e ss., e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., vol. I, 14. Cap., § 29, PEREIRA, Rui Carlos. Justificação do facto... cit., p. 34 e s., e ANDRADE, Manuel da Costa. Violação de domicílio... cit., p. 744 e s. Parecem colocar-se também nesta direcção, BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime legal do erro e as normas penais em branco (Ubi lex distinguit...)*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 23 e s., quando afirmam que "no art. 16.°, n. 2 o objecto do erro é uma realidade que transcende o facto típico (pois incide sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa) mas o seu regime segue materialmente o regime do erro sobre o facto típico (art. 16.°, 1), pelo menos quanto às consequências jurídicas: por se tratar de um erro de natureza intelectual ele possui um efeito idêntico ao erro sobre o facto típico, isto é, exclui o dolo, ou melhor, *exclui a imputação do facto doloso ao agente*" (itálico nosso).

83. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema*... cit., § 21 e passim.

exclusão da responsabilidade penal assentará ainda na ausência de censura a título de negligência, pela razão de o agente não revelar uma atitude de desleixo ou descuido perante o dever-ser penal. Assim devem ser interpretados os n.os 2 e 3 do art. 16.º do CP, que a nosso ver oferecem a base legal necessária a sustentar esta perspectiva.

Esta tese, que de há muito vem sendo entre nós defendida por Figueiredo Dias,[84] corresponde, no essencial, à sustentada na doutrina alemã pela chamada *teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas*.[85] Na realidade, embora esta teoria se mova em um quadro interpretativo (erro sobre o tipo/erro sobre a proibição) diferente daquele que, por exemplo, na doutrina nacional é adoptado por Figueiredo Dias (erro de conhecimento/erro de valoração), os fundamentos em que assenta e os resultados a que chega são substancialmente os mesmos. Os partidários desta teoria consideram também tratar-se de uma questão a ser resolvida no domínio da culpa e que o dolo do tipo se mantém intocado, apesar do erro do agente. É, portanto, apenas negada a culpa dolosa, subsistindo a ilicitude do facto. Para tal recorrem ao § 16, I, do StGB, mas somente quanto à consequência jurídica resultante da exclusão do dolo. Em aberto fica a possibilidade de punição por negligência, em função da evitabilidade do erro.

2. A crítica cerrada a que teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas foi sujeita no contexto alemão fê-la aí perder a dominância que chegou a conhecer. Crítica de que na doutrina portuguesa também faz eco Taipa

---

84. Cf., por último, DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal... cit., vol. I, 2004, 14.º Cap., § 29 e ss. Na mesma direcção, PEREIRA, Rui Carlos, op. cit., p. 31 e ss., e ANDRADE, Manuel da Costa. Violação de domicílio... cit., p. 744 e s.

85. Cf. GALLAS, Wilhelm. La struttura... cit., p. 464, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, § 41, IV, 2, d); MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, op. cit., vol. I, § 37, n. m. 23 e 43, BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 11. ed. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, § 21, n. m. 31; WESSELS, Johannes. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 21. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1991, § 11, III, 1; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 58. ed. München: C. H. Beck, 2011, § 16, n. m. 20; LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian, op. cit., § 17, n. m. 15. Em termos próximos desta teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas, com ela coincidindo nos resultados, encontramos a posição de JAKOBS, *AT*^{2}, 11/53 e ss., que adopta a teoria, por si denominada, da culpa dependente (da pena da negligência), baseada na ideia de que subsistindo o carácter doloso da realização do tipo, ao agente se imputa também uma culpa dolosa, mas a pena prevista para o crime doloso deve ser reduzida para os limites da pena do crime negligente e só será aplicável se a negligência for penalmente punível – tese que não se afigura, porém, compatível com o direito positivo português, dado que o art. 16.º-2 do CP determina expressamente a exclusão do dolo.

de Carvalho, diringindo-a à posição de Figueiredo Dias a que aderimos.[86] A oposição centra-se na incongruência entre ilícito doloso, ilícito negligente e culpa negligente e na efectiva inexistência de vantagens em sede de comparticipação.[87] Se a segunda crítica em nada belisca o fundo material desta teoria, pois diz respeito somente às suas consequências, já a primeira, porque se dirige às estruturas em que assenta, impõe uma análise mais detida, que permitirá, todavia, concluir pela sua improcedência.

A primeira reserva dirigida a esta teoria desdobra-se em duas contradições que lhe são apontadas, consoante o erro seja evitável ou não evitável.

Quanto ao erro inevitável, observa-se que se o erro não pode ser evitado ainda que o agente empregue o cuidado objectivamente devido terá de ser excluído o ilícito negligente. Circunstância que, desde logo, encerraria uma contradição, a de afirmar a existência do ilícito mais grave em que se consubstancia o ilícito doloso e a de negar a produção do ilícito menos grave como é o negligente.[88] Em relação ao erro evitável, diz-se que o ilícito em causa tem uma natureza negligente, por se consubstanciar na falta de atenção que caracteriza o ilícito de acção negligente, e não dolosa. Além disso, assinala Roxin, não só se qualifica como doloso um facto que é negligente, como ainda se funda a punição negligente sobre um ilícito doloso, contrariando o princípio de que os conceitos jurídicos se devem definir pelas suas consequências jurídicas: facto doloso é a conduta que corresponde à descrita na lei para uma pena por dolo, carecendo de sentido indicar como dolosa uma forma de consciência à qual se aplica a pena correspondente ao crime negligente.[89]

Não é procedente a objecção de Roxin de que o facto em causa não constitui um ilícito doloso. Esta observação deriva de uma diferente concepção do dolo do facto, em relação à qual manifestámos já o nosso desacordo. Deve, na verdade, considerar-se que o agente actua com dolo natural e que, não podendo a causa de justificação produzir o seu efeito, dada a não verificação de todos os seus elementos objectivos, o facto é ilícito.

A crítica dirige-se ainda à possibilidade de ao agente ser aplicada a pena correspondente ao crime negligente apesar de não existir um ilícito negligente.

---

86. TAIPA DE CARVALHO, Américo A., op. cit., § 629 e ss.

87. ROXIN, Claus, op. cit., § 14, n. m. 73 e ss., LENCKNER, Theodor, op. cit., antes do § 32, n. m. 21; SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., p. 350 e s., e GRAUL, Eva, "Legítima Defensa o Defensa Putativa?", p. 187 e s.

88. GRAUL, Eva, op. cit., p. 187 e s.

89. Roxin, Claus, op. cit., § 14, n. m. 73.

Reserva à qual se deveria dar razão se a pena do crime negligente fosse aplicada de forma automática, independentemente dos critérios gerais de punição da negligência, quer em relação à sua previsão legal, quer aos elementos da negligência exigidos pela dogmática do crime negligente. Em todo o caso, a crítica falhará o alvo se se fizer depender a sanção do crime negligente do respeito por aqueles critérios, como deverá acontecer entre nós, em observância do disposto no art. 16.º-3. Por isso, como refere Gallas, "no plano estrutural não há necessidade de conceber a situação em análise como uma combinação de ilícito doloso e de culpa negligente. Na realidade, esta última, se não for considerada infundada, pressupõe que subsista no âmbito do ilícito a violação de um dever objectivo de cuidado. O facto apresenta-se sob o duplo perfil de ilícito doloso e ilícito negligente, e assim, na medida em que falte o *carácter culposo* do dolo, a punição funda-se somente sobre a comissão negligente (a qual em geral é punível só em termos subsidiários ao facto doloso)".[90] Justificação plenamente compatível com a actual concepção da negligência, para a qual "o facto negligente não é, simplesmente, uma forma atenuada ou menos grave de aparecimento do correspectivo facto doloso: é 'outra coisa', é 'outro facto', em suma é um *aliud* relativamente ao facto doloso correspondente – mesmo que se não considere de todo incorrecto afirmar que entre dolo e negligência intercede uma 'gradação do ilícito'".[91-92]

O que agora está em causa já não é a caracterização do facto como ilícito, que demos como assente em virtude da subsistência do ilícito doloso, mas tão-só a da bondade de uma punição por negligência. A qual só poderá suceder se além da possibilidade de ao agente ser dirigida a censura própria da negligência, pela "violação de um dever pessoal de cuidado, informação, esclarecimento ou diligência",[93] essa censura for acompanhada pela prévia verificação de um tipo-de-ilícito negligente. Aqueles críticos defendem que nesses casos, se o agente realizar um exame conforme ao dever à situação justificante ou o erro for inevitável, deverá ser excluído o ilícito negligente, pela ausência de um desvalor de acção negligente. Todavia, esta conclusão só é possível através, uma vez mais, de uma fusão redutora do tipo incriminador com o tipo justificador,

90. GALLAS, Wilhelm. La struttura... cit., p. 466 e s.

91. Como considera ROXIN, Claus, op. cit., § 24, n. m. 77 e ss., que, com a doutrina dominante, afirma existir entre o dolo e a negligência uma "relação de graduação normativa".

92. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos*... cit., p. 351 e s.

93. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema*... cit., § 21, I, 3, b), e no mesmo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., § 41, IV, 2, d).

pela qual o dever de cuidado deixa de se referir ao tipo incriminador e passa a ser aferido em relação aos elementos do tipo justificador. Se, pelo contrário, for mantida a autonomia entre um e outro, será difícil configurar uma hipótese em que *em concreto* o agente realize um tipo objectivo de ilícito e represente essa realização sem que simultaneamente perfeccione um tipo incriminador sob a forma negligente do tipo legal de crime correspondente. Para tal não se terá sequer de cair no erro de considerar que *em abstracto* o dolo compreende em si a violação do dever de cuidado próprio da negligência.[94] Àquela conclusão pode chegar-se partindo inclusivamente das concepções daqueles críticos relativas à negligência, nomeadamente da de Roxin. Pois se o tipo objectivo dos crimes negligentes, na medida em que não contenha uma descrição adicional da conduta, se preenche através dos critérios da teoria da imputação objectiva[95] (que, em geral, se aplicam também aos crimes dolosos) e o tipo subjectivo na negligência consciente (e só desta curamos, pela razão de só esta conter um elemento imprescindível do dolo, o intelectual) consiste na representação de todas as circunstâncias típicas como um perigo não permitido e na confiança na não realização do tipo,[96] não vemos como *em concreto* poderá existir uma situação em que o dolo do tipo deva ser afirmado e o tipo negligente deva ser negado. Desta forma, não assiste razão à crítica de que, nos casos de erro inevitável, a solução em que nos revemos funda uma censura negligente sobre um ilícito negligente inexistente.

5. CONCLUSÃO

Tudo quanto foi dito permite compreender a nossa discordância em relação às posições que, explícita ou implicitamente, propugnam a admissibilidade da exclusão da ilicitude do facto típico em caso de erro inevitável sobre a situação de facto justificante.

Consideramos que *actua ilicitamente* o agente que, sob a forma de dolo ou negligência, pratica um facto que preenche um tipo objectivo de ilícito num quadro circunstancial em que não estão de facto reunidos os elementos de

94. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos*... cit., p. 356 e ss.

95. ROXIN, Claus, § 24, n. m. 10. Diversamente, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos*... cit., p. 356 e ss.

96. ROXIN, Claus, op. cit., § 24, n. m. 66. Sobre a questão, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos*... cit., p. 371 e ss., e SANTANA, Selma Pereira de. A negligência grosseira: contributo para discussão sobre sua autonomia material. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 589 e ss.

um *tipo justificador*, mesmo que a sua actuação seja determinada pela errónea convicção, por mais fundada que seja, de que esses pressupostos estão verificados. Nessa situação, estando dados os requisitos da norma presente no tipo incriminador, o sentido de ilicitude que este encerra só não se converterá em um juízo definitivo de ilicitude se a norma de permissão produzir um efeito justificante. Todavia, se a convicção, ainda que errada, do agente na existência de uma situação de facto justificante pode significar a prossecução do imperativo que a norma contém, a efectiva inexistência de uma tal situação revela que a valoração compreendida na norma não teve uma expressão real. Estando ausente uma das suas dimensões, a norma de permissão não poderá produzir efeitos e o sentido de ilicitude que acompanha o tipo incriminador é confirmado, *formando-se então um juízo definitivo de ilicitude*. Juízo este que se funda tanto em um desvalor de resultado, em virtude da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, como em um desvalor de acção, pela razão de o agente ter actuado sob a forma dolosa ou negligente e o facto por ele praticado não poder deixar de lhe ser imputado como um acto dele, como uma obra pessoal.

Assim, deverá nesta matéria continuar a sufragar-se o já citado pensamento de Figueiredo Dias de que "a exclusão do dolo em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação opera a nível da culpa e não da ilicitude".[97]

O facto típico cometido pelo agente que incorre em erro, inevitável ou não, sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação é, em suma, um *facto penalmente ilícito*. Na medida em que actua típica e ilicitamente, esse agente é susceptível de ser penalmente responsabilizado. Em virtude do erro em que labora, só será passível de responsabilização se o facto for punível a título de negligência, pois o erro determina a exclusão do dolo, mais precisamente do *dolo da culpa* (art. 16.º-2 do CP). Dada a ilicitude do facto, poder-lhe-á ser oposta uma reacção em legítima defesa se os demais pressupostos desta causa de justificação estiverem verificados. Afirmamos somente que, uma vez verificado o pressuposto da ilicitude da agressão, existe a susceptibilidade de uma resposta em legítima defesa. Já eventuais restrições ao exercício desse direito, assentes na existência de uma situação de justificação putativa em que actua o agressor, só podem ser determinadas e cabalmente fundamentadas pela teoria da legítima defesa.

---

97. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., vol. I, 14.º Cap., § 31.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A culpabilidade jurídico-penal, de Ana Cristina Ribeiro Bonchristiano – *RT* 633/255;
- Crítica à ideia de "diminuição do risco" de Roxin, de Paulo de Sousa Mendes – *RBCCrim* 14/102;
- Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco, de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães e Davi Urúçu Rego – *RCP* 9/181; e
- Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal, de Santiago Mir Puig e Ricardo Breier – *RBCCrim* 56/173.

03368

1

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

Case Law Dialogue between the Inter-American Human Rights Protection System and the Criminal Law Enforcement System of the Rome Statute in Regards to the Victims' Access, Participation and Reparation

HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO

Doctorado por la Universidad de Salamanca. Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia. Catedrático de Derecho Internacional Público de las Universidades de Nuestra Señora del Rosario (Colombia) y La Haya para las Ciencias Aplicadas (Holanda). Letrado de Sala de la Corte Penal Internacional (2004-2010). Miembro de la asesoría jurídica y de la sección de apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002-2004). Miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional ("IIH").

PABLO GALAIN PALERMO

Doctor Europeo en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesor Honorario Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigador Responsable del Departamento Portugal y Colaborador Científico del Departamento Latinoamérica del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg i. Br., Alemania.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMEN: El artículo se refiere a la interacción entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. El mismo se concentra en la definición de víctima, en los derechos de la víctima al conocimiento de la verdad y a obtener justicia, al derecho de acceso a la jurisdicción internacional y al derecho a participar del procedimiento internacional. Particular atención recibe el impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las primeras sentencias de la Corte Penal Internacional en relación a la participación de la víctima en el proceso y su derecho a la reparación.

PALABRAS CLAVE: Sistema Interamericano de Derechos Humanos – Derecho Penal Internacional – Víctima – Reparación – Estatuto de Roma.

ABSTRACT: The article deals with the interaction between the case law of the Inter-American Court of Human Rights and the International Criminal Court. It focuses on the definition of victim, on the victim's rights to know the truth and have access to justice, on the victim's right to have access to the international courts, and the victim's right to participate in the international proceedings. Special attention is given to the impact of the existing case law of the Inter-American Court of Human Rights on the first sentencings of the International Criminal Court regarding the participation of the victim in the process and its right to reparations.

KEYWORDS: Inter-American System of Human Rights – International Criminal Law – Victim – Reparation – The Rome Statute.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Primera aproximación a la función de la CIDDHH y de la CIDH en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos – 3. Definición de víctima por la CIDDHH y la CIDH – 4. Acceso y participación de las víctimas en el Sistema Interamericano de Protección de DDHH: 4.1 Acceso y participación ante la CIDDHH; 4.2 Acceso y participación ante la CIDH – 5. Contenido de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y a la justicia, y de las correspondientes obligaciones de los Estados a su satisfacción: 5.1 Derecho a la verdad; 5.2 Derecho a la Justicia – 6. Reparaciones en el ámbito de la jurisprudencia de la CIDH – 7. Primer acercamiento a la posición de la víctima en el Estatuto de Roma de la CPI – 8. El impacto de la jurisprudencia de la CIDH en la interpretación de la definición de víctima contenida en la regla 85 de las RPP – 9. El impacto de la jurisprudencia de la CIDH en relación con el acceso y participación de las víctimas en las actuaciones ante la CPI – 10. El impacto de la jurisprudencia de la CIDH en relación con el contenido del derecho de las víctimas a la reparación previsto en el art. 75 del ER – 11. Conclusión – 12. Tabla de abreviaturas.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 El[1] sistema de fuentes previsto en el art. 21 del Estatuto de Roma ("ER") de la Corte Penal Internacional ("CPI") atribuye una singular relevancia a las

1. Esta es una versión actualizada y ampliada del artículo publicado en el libro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*,

resoluciones del Comité de Derechos Humanos ("CDH") y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH") y de la Corte Europea de Derechos Humanos ("CEDH"). Así, en su apartado tercero se dispone que la interpretación y aplicación de las distintas fuentes del derecho previstas en el art. 21 del ER – incluyendo el propio ER, las Reglas de Procedimiento y Prueba ("RPP"), y los Elementos de los Crímenes ("EC") – "deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos", lo que ha sido también subrayado en numerosas decisiones adoptadas por las distintas Salas de la CPI,[2] incluyendo la reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares ("SCP") I relativa a la emisión de emisión de una orden de arresto contra el actual presidente de Sudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir.[3]

1.2 En este marco, los arts. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("PIDCP"), 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos ("CADH") y 6 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ("CEPDHLF") relativos a las garantías procesales del acusado emanantes de su derecho fundamental al proceso debido, así como los arts. 9 del PIDCP, 7 de la CADH y 5 de la CEPDHLF relativos al derecho fundamental a la libertad, han jugado un papel destacado en la jurisprudencia de la CPI durante sus cinco primeros años de actuaciones judiciales.[4]

---

coordinado por Ambos, Malarino y Elsner en 2010, p. 379-425. El artículo contiene algunas modificaciones significativas fruto de la más reciente jurisprudencia de la CPI y de la CIDH.

2. Vide por todas: "Judgement on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I entitled 'Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by art. 54 (3)(b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10.06.2008'", dictada por la SA el 21.10.2008, ICC-01/04-01/06 OA 13, pars. 46, 76-77; "Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by art. 54 (3)(b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10.06.2008", dictada por la SPI I el 13.06.2009, ICC-01/04-01/06-1401, pars. 57-58; y "Decision on the Final System of Disclosure and establishment of a Time Table", dictada por SCP I el 15.05.2006, ICC-01/04-01/06-102-Annex I, pars. 1-2.

3. "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", dictada por la SCP I el 04.03.2009, ICC-02/05-01/09-3, par. 44.

4. Vide por ejemplo: "Judgement on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I entitled 'Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by art. 54 (3)(b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10.06.2008'", dictada por la SA el 21.10.2008, ICC-01/04-01/06 OA 13, pars. 46, 76-77;

1.3 Sin embargo, el impacto en la jurisprudencia de la CPI de las resoluciones del CDH y de la jurisprudencia de la CIDH y de la CEDH no se ha limitado a estas dos áreas, sino que se ha extendido a otras cuestiones, y en particular a las relativas al acceso, participación en las actuaciones y reparación a las víctimas. Se tratan éstas de cuestiones fundamentales en la primera jurisprudencia de la CPI pues no debemos olvidar que la posición procesal atribuida a las víctimas en las actuaciones ante la CPI, además de no tener precedente en el derecho penal internacional,[5] constituye uno de los avances más significativos del ER en cuanto que con la misma se pone fin a la exclusión sufrida por las víctimas como resultado de su consideración por la normativa procesal internacional como objeto – en lugar de sujeto – de las actuaciones.[6]

"Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by art. 54 (3)(b) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10.06.2008", dictada por la SPI I el 13.06.2009, ICC-01/04-01/06-1401, pars. 57-58; "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", dictada por la SCP I el 04.03.2009, ICC-02/05-01/09-3, par. 32; y "Decision on the Set of Procedural Rights Attached to the Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of a Case", dictada por la SCP I en el caso Katanga el 13.05.2008, ICC-01/04-01/07-474, pars. 45-75. Vid. también, Bitti, Gilbert, "art. 21 of the Statute of the International Criminal Court and the threatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC", CARSTEN, Stahm; SLVITER, Göran (eds.) The Emerging Practice of the International Criminal Court, Koninklijke Brill NV, The Netherlands, 2008, p. 285 y ss.

5. Como JORDA, Claude; DE HEMPTINNE, Jerome, *The Status and Role of the Victim*, en The Rome Statute of the International Criminal Court, CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (eds), 2002, vol. II, p. 1389, han señalado, los estatutos y las reglas de procedimiento y prueba de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (en adelante "TPIY" y "TPIR") ni prevén la intervención de las víctimas en el proceso penal al margen de su posible condición de testigos, ni tampoco recogen actuaciones de reparación.

6. Vide a este respecto Fernandez de Gurmendi, Sylvia, Definition *of Victims and general principles*, en The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, 2001, LEE, R. S. (ed.), pp. 427 y ss; BRADY, Helen, Protective *and special measures for victims and witnesses*, en The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, LEE, R. S. (ed.), 2001, pp. 434 y ss; BITTI, Gilbert; FRIMAN, Harak, *Participation of victims in the proceedings*, en The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, LEE, R. S. (ed.) 2001, pp. 459 y ss; JONES, John R. W. D, *Protection of victims and witnesses*, en The Rome Statute of the International Criminal Court, CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; Jones, John R. W. D. (eds.), 2002, vol. II, pp. 1357 y ss; JORDA, Claude; DE HEMPTINNE, Jerome, *The status and role of the victim*, en The Rome Statute of the International Criminal

1.4 Las disposiciones recogidas en los arts. 15(3), 19(3), 68 (3) y 75 del ER, en las reglas 50, 89 a 99, 107 y 109 de las RPP, y en las normas 86 a 88 del Reglamento de la Corte ("RegC") regulan el sistema de acceso y participación de la víctimas en las actuaciones penales y civiles de reparación desarrolladas ante la CPI. Este sistema es fruto de la creciente importancia del papel de las víctimas en la normativa internacional sobre los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario.[7]

1.5 En relación con el régimen de reparaciones, la Sala de Cuestiones Preliminares ("SCP") I y la Sala de Primera Instancia ("SPI") I de la CPI han afirmado en sus decisiones de 10.02.2006[8] y 07.08.2012[9] en el caso Lubanga que: "El esquema de reparación previsto en el Estatuto no es sólo una de las características únicas del Estatuto. Es también un elemento esencial. En opinión de la Sala, el éxito de la Corte se, encuentra en cierta medida vinculado, al éxito

---

Court, CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (eds.), 2002, vol. II, pp. 1390 y ss; DONAT-CATTIN, David, *Article 68. Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings*, en Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, TRIFFTERER, Otto (ed.), 1999, pp. 869 y ss, y STAHN, Karsten; OLÁSOLO, Héctor; GIBSON, Kate, *Participation of victims in pre-trial proceedings of the ICC*, in Journal of International Criminal Justice, 2006, vol 4, n. 2, p. 219.

7. En este sentido, la nueva posición procesal atribuida a las víctimas en las actuaciones ante la Corte refleja, por tanto, el reconocimiento general del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, tal y como subraya el apartado 12 de los principios y directrices básicos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones, así como en el principio 8 de las directrices propuestas para combatir la impunidad de los autores de delitos de derecho internacional. Ver a este respecto, la *Comisión de Derechos Humanos las Naciones Unidas*, Declaración sobre los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, recogida como anexo al Informe Final del Relator Especial, Sr. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la Res. 1.999/33 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UN. Doc. E/CN.4/2000/62 of 18.01.2000). Vide también *Proposed Guiding Principles for Combating Impunity for International Crimes*, en Post-Conflict Justice, BASSIOUNI, Cherif (ed.), 2002, p. 255.

8. Corrigendum of Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, art. 58, dictada por la SCP I el 10.02.2006, ICC-01/04-01/06-l-US-Exp-Con, párr. 150.

9. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 178.

de su sistema de reparaciones". Además, la propia SPI I ha subrayado que: "La fase de reparaciones es una parte integral de las actuaciones del juicio oral, que, a diferencia de las actuaciones del art. 74 o de la etapa de determinación de la pena que se centran en la defensa y en la fiscalía, gira en torno de las víctimas, aunque defensa y fiscalía sean también partes en las actuaciones de reparaciones".[10]

1.6 Por ello, y dada la particular atención que la jurisprudencia de la CIDH ha puesto en los derechos fundamentales de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, este artículo se dirige a analizar la influencia de dicha jurisprudencia, así como de las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDDHH"), en los 10 primeros años de actividad judicial de la CPI.

1.7 El presente artículo se divide en dos partes fundamentales. En la primera se analiza la jurisprudencia de la CIDH y las resoluciones de la CIDDHH en lo relativo a (i) la definición de víctima; (ii) su acceso y participación en las actuaciones que se celebran en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; (iii) el contenido de las sentencias de reparación de la CIDH; y (iv) el contenido de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y de las correspondientes obligaciones de los Estados a su satisfacción.

1.8 En su segunda parte, el presente artículo analiza la influencia de la jurisprudencia de la CIDH y de las resoluciones de la CIDDHH en materia de víctimas en las decisiones adoptadas por la CPI durante sus primeros 10 años de actuaciones judiciales. El análisis desarrollado en esta segunda parte se centra en (i) la definición de víctima prevista en la regla 85 de las RPP, (ii) el sistema de acceso y participación en las actuaciones ante la CPI; y (iii) el contenido del derecho de las víctimas a la reparación previsto en el art. 75 del ER.

2. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA FUNCIÓN DE LA CIDDHH Y DE LA CIDH EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

2.1 El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos nace con la CADH (1969) y está integrado por dos órganos bien diferenciados: la CIDDHH y la CIDH. El acceso de las víctimas está marcado por una etapa previa y obligatoria a desarrollarse frente a la CIDDHH, un órgano que desempeña una función de contralor en relación a la protección de los derechos humanos.

10. Ídem, párr. 267.

La CIDDHH, en efecto, cumple distintas funciones[11] de "investigación",[12] "mediación"[13] y "supervisión"[14] en la relación entre las víctimas y los Estados

11. Véase que la CIDDHH cumple en primer lugar con una función investigadora, que puede llevar a cabo incluso en territorio del Estado denunciado de violar la CADH (cfr. art. 48 CADH), como si se tratara de un fiscal (sistema acusatorio) o de un juez (sistema inquisitivo). Una vez constatada la infracción la CIDDHH emprende una función de conciliación para el logro de un "acuerdo amistoso" entre el denunciante y el denunciado, como si se tratara de un mediador o conciliador. Vide DWYER, Amy, "The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 13, 1990, pp. 132 y s; PADILLA, David, The Inter-American Commission on human Rights, cit., pp. 101 y s. El rol que la CIDDHH cumple también podría ser el de un árbitro, porque ella también puede formular recomendaciones. Ídem, p. 114.

12. Art. 40 RCIDDHH: "1. Si lo considera necesario y conveniente, la Comisión podrá realizar una investigación in loco, para cuyo eficaz cumplimiento solicitará las facilidades pertinentes, que serán proporcionadas por el Estado en cuestión. 2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, la Comisión podrá realizar una investigación in loco, previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad". Según el art. 51 RCIDDHH la CIDDHH tiene la potestad de designar Comisiones Especiales para que investiguen las presuntas violaciones de los derechos humanos *in loco*.

13. Según el art. 48.1.f CADH la CIDDHH "se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención". Según el art. 49 CADH: "Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda". Ante la CIDDHH se pueden desarrollar audiencias con la participación de las partes involucradas con el objeto de "recibir información de las partes con relación a alguna petición, caso en trámite ante la Comisión, seguimiento de recomendaciones, medidas cautelares, o información de carácter general o particular relacionada con los derechos humanos en uno o más Estados miembros de la OEA" (cfr. art. 60 RCIDDHH).

14. Art. 51 CADH: "1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría

miembros de la Organización de Estados Americanos ("OEA") sospechosos de violar los derechos humanos.[15] La CIDDHH tiene también una función "consultiva" en relación exclusiva con los Estados en cuestiones relacionadas con los derechos humanos,[16] y confecciona anualmente un informe en el que se refiere a la situación de los derechos humanos en los Estados americanos.[17] Finalmente, la CIDDHH se constituye también en "parte procesal" una vez que por su expresa decisión somete una denuncia a la jurisdicción de la CIDH.[18] Ahora bien, desde que el Sistema Interamericano acepta la participación procesal de la víctima directa, de sus familiares o representantes ante la CIDH, la CIDDHH parece haber asumido una especie de función de "garante del interés público", similar a la que desempeña el Ministerio Público en el ámbito nacional.[19]

---

absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe". Según el art. 18.g la CIDDHH puede "practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo".

15. El Art. 41 RCIDDHH establece: "1. La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables. 2. El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes. 3. Cuando lo considere necesario, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes (...). 6. De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso".
16. Art. 41.e CADH y art. 18.e. ECIDDHH. Los derechos humanos, según el art. 1 ECIDDHH son: "a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma; b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros".
17. Arts. 57 y 58 RCIDDHH.
18. Art. 57 CADH, art. 19.b. ECIDDHH, y art. 69 RCIDDHH.
19. En ese sentido la CIDDHH dispuso mediante modificación del año 2003 al art. 33 de su Reglamento que: "la Comisión será la representante procesal de [las presuntas víctimas y sus familiares] como garante del interés público bajo la Convención Americana, de modo de evitar la indefensión de las mismas". Lo anterior, de conformidad con el art. 57 de la Convención Americana que establece que: "[l]a Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte". Vide "El rol de las víctimas, sus familiares y sus representantes en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", OEA/Ser.G, CP/CAJP 2550/07, 21.11.2007, p. 4.

2.2 La CIDH, a partir de su creación en 1979 paulatinamente se ha convertido, en materia de protección de los derechos humanos,[20] en una especie de "supervisor" de la compatibilidad de la leyes nacionales y de las decisiones de los más altos tribunales de los Estados[21] que han reconocido su jurisdicción[22] (Tribunales Constitucionales y/o Cortes Supremas de Justicia) con la CADH.[23] Las sentencias de condena a los Estados infractores, con su particular énfasis en su posición de garante del derecho de *reparación integral* de las víctimas ante las violaciones de los derechos humanos contenidos en la CADH,[24] han transformado a la CIDH en un órgano con potestad para incidir en las políticas nacionales de protección de los derechos humanos,[25]

20. Vide LANDA, César, El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: balance y perspectivas, LANDA, César (comp.), *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2005, p. 17.

21. Debe quedar claro que la CIDH no constituye una instancia superior a las nacionales ni tampoco que la CIDDHH sea un órgano que esté supeditado a ella. En ese sentido explica Gross Espiell que: "Como la Corte no es un órgano al que la Comisión está jerárquicamente subordinada, es obvio que debe concluirse que cuando se somete un caso a la Corte para que lo analice y decida, en el ejercicio de su competencia contenciosa, se está abriendo un procedimiento *sui géneris*, de tipo jurisdiccional que, aunque vinculado al necesario funcionamiento previo de la Comisión, no es un recurso de tipo jerárquico, ni una apelación, revisión, casación o anulación". Vide GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos humanos*, Cultural Cuzco, Lima, 1991, Cap. XXI "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", pp. 431 y s.

22. De los 35 Estados que componen la OEA solo veintiún Estados partes han reconocido la competencia contenciosa de la CIDH: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados.

23. Voto disidente de Cançado Trindade, caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, párr. 25, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 195.

24. A diferencia de la CIDDHH la CIDH es un órgano jurisdiccional que fundamenta sus decisiones estrictamente con argumentos jurídicos y no decide las cuestiones según la conveniencia de los Estados o la *Realpolitik*. Téngase en cuenta que la mayoría de las contiendas han sido de condena a los Estados por violaciones contra los derechos humanos, y de tutela de los derechos de las víctimas a la reparación integral del daño.

25. "Durante el presente año se sometieron a consideración de la Corte 14 casos contenciosos y ésta emitió 23 sentencias. En 3 de ellas se pronunció sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, conjuntamente; en 14 acerca del fondo y las correspondientes reparaciones; y en 6 en torno a la interpretación de sentencias. De esta forma la Corte resolvió enteramente 17 casos contenciosos, en los cuales se

haciendo valer la obligación del Estado de responder por los hechos de los funcionarios cuyos actos u omisiones se realicen en el desempeño del cargo oficial.[26] La CIDH cumple con una función política toda vez que también realiza activismo judicial siguiendo una política criminal determinada de "lucha contra la impunidad"[27] y de promoción del castigo penal como una forma de reparación de la víctima.[28] En cualquiera de sus funciones el Sistema Interamericano está sometido al imperio del derecho y a las reglas del debido proceso.[29]

---

ha adoptado decisión final acerca de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, y no se halla pendiente ningún pronunciamiento sobre la contención planteada en la demanda. Actualmente el Tribunal cuenta con 88 casos contenciosos en trámite, de los cuales 75 se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, 7 se encuentran en etapa de trámite inicial, 4 en etapa de excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, y 2 en etapa de fondo y eventuales reparaciones y costas". Vide *Informe Anual CIDH, 2006*, p. 11.

26. Vide por todos Caso Velázquez Rodríguez *vs.* Honduras, Series C 1,4,7,9, Sentencia de Fondo, párr. 171. De esta manera, por ejemplo, el homicidio cometido por agentes del Estado es una violación imputable al Estado. Vid. por todos Caso "Niños de la calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, Serie C 32, 11.09.1997, Serie C 63 de 19.11.1999, párr. 143.

27. A favor, PARENTI, Pablo, La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, AMBOS; MALARINO; ELSNER (eds), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, t. II, cit., pp. 211 y ss. Críticamente PASTOR, Daniel, La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", AMBOS; MALARINO; ELSNER (eds), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, t. II, cit., pp. 481 y ss.; MALARINO, Ezequiel, Activismo judicial, punitivización y ancionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, AMBOS; MALARINO; ELSNER (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, t. I, cit., pp. 26-61.

28. Críticamente, GALAIN PALERMO, Pablo, "La influencia de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el derecho penal de Uruguay", en AMBOS; MALARINO; STEINER (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, t. III, de próxima publicación.

29. Sobre el tema, SALMÓN, Elizabeth; BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

3. DEFINICIÓN DE VÍCTIMA POR LA CIDDHH Y LA CIDH

3.1 En el Sistema Interamericano la noción de víctima queda acotada a las personas físicas[30] y no incluye a las personas jurídicas.[31] Esto no ha impedido, sin embargo, que se consideren como víctimas de la violación de los derechos humanos a víctimas colectivas, por ejemplo, a todos los internos de un instituto de reclusión de menores de edad y a sus familiares[32] o a una comunidad indígena.[33] La admisión de peticiones formuladas por víctimas colectivas guarda relación con los derechos de las víctimas colectivas a conocer la verdad, al acceso a la justicia y a las reparaciones genéricas, como por ejemplo, cuando se exige a un Estado modificar su sistema legislativo para adecuarlo a la CADH, o a abrir centros educativos o de salud pública, conmemorar determinado evento o mejorar las condiciones de los centros de reclusión. De esta forma puede indicarse que la CIDDHH acepta peticiones tanto de víctimas individuales como colectivas,[34] siempre que estas puedan ser individualizadas.

---

30. En las resoluciones de la CIDH se realiza una interpretación *in dubio pro homine*, que se basa en la CADH pero también en el derecho penal, constitucional e internacional y en sus respectivas opiniones doctrinarias, como en los criterios utilizados por la CEDH. Vide GROSS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 171 y ss.
31. DADDHH y art. 1.2 CADH. Sobre este tema, vide PINTO, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 37. En relación con el valor jurídico de la DADDHH, la CIDH y la CIDDHH consideran que, aunque se trate de una mera "declaración", la DADDHH constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA. Vide CIDH, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la DADDHH dentro del marco del art. 64 CADH, 14.07.1989, Ser. A n. 10, 1989, párr. 35 y ss; Rafael Ferrer-Mazorra y Otros *vs.* Estados Unidos de América, Informe n. 51/01, caso 9.903, 04.04.2001. Véase también que la CIDDHH tiene que "prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los arts. I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (cfr. art. 20 ECIDDHH). Sobre este tema, vide PINTO, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 37.
32. Vide Caso "Instituto de reeducación del Menor" *vs.* Paraguay, Serie C-N. 112, 02.09.2004, párr. 272.
33. Vide Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, Serie C 125, 17.06.2005.
34. Véase que las nuevas formas delictivas propias de la globalización, de la sociedad de riesgos o, incluso, del "terrorismo de Estado", de alguna forma han "despersonalizado" o "colectivizado" a las víctimas individualizadas. Este hecho podría hacer estéril

3.2 El Sistema Interamericano no considera dentro del amplio concepto de víctima a las personas jurídicas, sin embargo, en alguna oportunidad la CIDDDH ha aceptado la petición de una persona jurídica,[35] ampliando en ese caso en particular el concepto de víctima.[36]

3.3 Según el art. 1.30. RCIDH: "la expresión 'presunta víctima' significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención"; mientras que por *víctima* se entiende: "la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte" (cfr. art. 1.31. RCIDH).

3.4 En los últimos tiempos la CIDH ha ampliado el concepto de víctima de una violación contra los derechos humanos. Para la jurisprudencia de la CIDH el concepto de víctima incluye no sólo a la persona que sufre la violación de sus derechos humanos, sino también a sus familiares en base a un derecho propio. Este desarrollo jurisprudencial se produjo en el caso "Niños de la calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, en el que la CIDH consideró a las madres de los menores por haber sufrido angustias y temor.[37] Al año siguiente el concepto se amplió a la viuda de una persona desaparecida por las fuerzas públicas.[38] Los subsiguientes casos relacionados con la desaparición forzada de personas fijaron esta ampliación del concepto a los familiares directos de los desaparecidos.[39] En ese sentido el actual RCIDH determina que: "el término 'familiares' significa los familiares inmediatos, es

---

cualquier intento de elaboración de un concepto especial o particular de víctima. Vide GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Universidad Católica/Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, pp. 124 y s.

35. Vide CIDDHH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987, Informe 14/87, Washington D.C.

36. Vide COX, Francisco, *La admisibilidad de las denuncias individuales*, cit., p. 346.

37. La sentencia hace hincapié en el trato inhumano y cruel hacia las víctimas directas, diferenciandolo del daño inmaterial del mismo calibre sufrido, por ejemplo, "por las madres de los menores". Para ello se basó en jurisprudencia de la CEDH. Vide Caso "Niños de la calle", cit., párr. 174, 176. La CIDH les reconoció a las madres de los menores asesinados el derecho a ser "beneficiarias de reparación en su condición de derechohabientes de sus parientes fallecidos y, por otro, en su condición de víctimas de la violación de los artículos 5.2, 8.1 y 25 de la Convención". Ídem, Sentencia Reparación, párr. 66.

38. Vide Caso Bámaca Velázquez *vs.* Guatemala, Serie C 70, 25.11.2000, párr. 223.

39. Vide FERIA TINTA, Mónica, La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento, *Revista IIDH*, vol. 43, p. 164, 2006.

decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso" (cfr. art. 1.15 RCIDH).

3.5 Se puede concluir, por tanto, que la CIDH entiende por víctima no sólo a la víctima directa sino también a aquellos familiares inmediatos que han sufrido por el padecimiento de la víctima directa. Véase que este razonamiento es utilizado por la CIDH, en particular, en ocasión de los primeros casos de desaparición forzada de personas que llegaron a su conocimiento, en tanto, la permanente situación de desconocimiento de la verdad acerca de la situación actual de la víctima directa provoca una situación también permanente de victimización en las personas más cercanas.[40] En estos casos no sólo la víctima directa sino también los familiares directos quedan fuera del manto protector del derecho[41] y por ello también son lesionados en sus derechos.[42]

4. ACCESO Y PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DDHH

4.1 Acceso y participación ante la CIDDHH

4.1.1 Ante la CIDDHH puede presentar una denuncia o queja por la violación de la CADH por un Estado parte "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización".[43] La petición ante la CIDDHH puede ser presentada en su propio nombre o en el de terceras personas, y ella tiene

40. La mentira oficial para cubrir la desaparición forzada de personas menores de edad y la muerte presumiblemente por acción policial, por ejemplo, por medio de la información falsa respecto a un enfrentamiento entre las fuerzas represoras y movimientos "subversivos" o "terroristas", según la CIDH es causa de padecimiento ("sufrimientos e impotencia ante las autoridades estatales" que permiten concluir que "los familiares pueden ser considerados víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes en violación del art. 5 de la Convención Americana"). Vide Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú, Serie C 10, 08, 07.2004, párr. 118.

41. Por este motivo se ha identificado el bien jurídico protegido en el crimen de desaparición como pluriofensivo "que abarca la protección de la *seguridad individual* y/o el *correcto funcionamiento de la administración de justicia*". Vide GALAIN PALERMO, Pablo, Uruguay, AMBOS, Kai (coord.), *Desaparición Forzada de Personas –análisis comparado e internacional–*, GTZ/Temis, Bogotá, 2009.

42. Vide por todos Casos Bámaca Velázquez y Molina Theissen.

43. Art. 44 CADH.

que hacer referencia a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, en la DADDH, CADH, PACADHDESC, PCADHAPM, CIPST, CIDFP y CIPSEVM.[44]

4.1.2 En cuanto a la protección de los derechos humanos, para acceder al Sistema Americano, el peticionario no requiere poseer la calidad de víctima. Tampoco se exige vínculo alguno entre el peticionario y la víctima, admitiendo que la petición pueda ser realizada por una ONG.[45] Las peticiones incluso pueden realizarse sin requerir el consentimiento de la víctima; todo lo que constituye una de las fórmulas más amplias consagradas en los instrumentos internacionales.[46] Según el art. 28.e. RCIDDHH al momento de peticionar frente a la CIDDHH se exige "de ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada". Esta norma permite sostener que el requisito esencial para el acceso al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es la existencia de una víctima.[47] Como la protección de las víctimas muchas veces es franqueada por ONGs que peticionan o representan directamente a las victimas frente a la CIDDHH,[48] el RCIDH en su art. 1 diferencia el estatus del peticionario frente a la CIDDHH, al que denomina "denunciante original",[49]

---

44. Art. 23 RCIDDHH.

45. Si se considera que las víctimas de abusos contra los derechos humanos generalmente carecen de recursos y que el acceso a la jurisdicción internacional es sumamente costoso (así como que la CIDH no es muy generosa en la determinación de los montos de costas y gastos), se entenderá no sólo porqué las ONG representan a las víctimas, sino que ella puede ser la única forma viable para el cumplimiento del derecho de acceso a la Justicia de los más desprotegidos.

46. Vide PINTO, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana*, cit., p. 35. Por ello, se ha dicho que "the Court's judgments represent the most wide-reaching remedies afforded in international human rights law". Vide Shelton, Dinah, "Reparations in the Inter-American System", en HARRIS; LIVINGSTONE (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 153.

47. Vide también COX, Francisco, La admisibilidad de las denuncias individuales, cit., p. 347. El concepto de víctima abarca también a los "familiares de la víctima", que son las personas con parentesco cercano. Vide por todos caso Loayza Tamayo *vs.* Perú, párr. 92.

48. Vide VIVANCO, José, Las organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos* I, IIDH, San José, 1994, pp. 275 y ss.

49. Art. 1.10. RCIDH: "La expresión 'denunciante original' significa la persona, grupo de personas o entidad no gubernamental que haya introducido la denuncia original ante la Comisión, en los términos del artículo 44 de la Convención".

del estatus de la *presunta víctima* que tendrá participación directa ante la CIDH (cfr. art. 23 RCIDH).

4.1.3 La petición debe ser fundada y detallar claramente los hechos constitutivos de la violación de algunos de los derechos humanos protegidos por los instrumentos interamericanos.[50] Si el peticionario tiene interés en que el caso sea sometido a la CIDH, debe ofrecer también los siguientes elementos: "a. la posición de la víctima o sus familiares, si fueran distintos del peticionario; b. los datos de la víctima y sus familiares; c. los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte; c. la prueba documental, testimonial y pericial disponible; e. pretensiones en materia de reparaciones y costas".[51]

4.1.4 En la petición se pueden solicitar a la CIDDHH que pida ante la CIDH la adopción de *medidas cautelares* (cfr. art. 25 RCIDDHH)[52] siempre que se trate de un caso urgente y que exista un *periculum in mora* (evitar daños irreparables).[53] Los posibles beneficiarios de estas medidas no tienen por qué

50. Arts. 34 y 27 RCIDDHH.

51. Art. 43.3 RCIDDHH.

52. Durante el presente año fueron sometidas a consideración de la Corte 13 solicitudes de medidas provisionales, de cuales cuatro fueron rechazadas y nueve fueron adoptadas. Actualmente el Tribunal cuenta con 44 medidas provisionales activas. Vide Informe Anual, 2006, p. 12.

53. Vide ARIAS, Bernal, Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos, *Revista IIDH*, pp. 79 y ss., San José, 2006. En casos recientes relacionados con los derechos de los reclusos se requirió al Estado que: "mantenga y amplíe las medidas que informa que ya está adoptando, así como que adopte de forma inmediata las medidas complementarias necesarias para evitar en forma eficiente y definitiva la violencia en el Internado Judicial de Monagas ('La Pica'), de tal suerte que no muera ni se afecte la integridad personal de ningún interno o de cualquier persona que se encuentre en el Internado; adopte aquéllas medidas necesarias para: a) reducir sustancialmente el hacinamiento en el Internado Judicial de Monagas ('La Pica'), b) decomisar las armas que se encuentren en poder de los internos, c) separar a los internos procesados de los condenados, d) ajustar las condiciones de detención del Internado a los estándares internacionales sobre la materia y e) brindar la atención médica necesaria a los internos, de tal forma que se garantice su derecho a la integridad personal; y realice todas las gestiones pertinentes para que las medidas de protección a favor de las personas privadas de la libertad en el Internado Judicial de Monagas ('La Pica') se planifiquen e implementen con la participación de los representantes de los beneficiarios de las medidas. Asimismo, la Corte decidió solicitar al Estado que: remita a la Corte una lista actualizada de todas las personas que se encuentran recluidas en la cárcel y además, indique con precisión

estar efectivamente individualizados en la petición, sino que resulta suficiente con que los mismos puedan ser "determinables".[54] El procedimiento para la adopción de estas medidas puede pecar de lentitud en cuanto que la CIDDHH no puede dictar las medidas de cautela sino que tiene que solicitarlas a la CIDH (cfr. art. 29.2 RCIDDHH), si bien a partir de la reforma reglamentaria del 2000, las victimas pueden acudir directamente a la CIDH para solicitar estas medidas. El art. 63.2 CADH,[55] el art. 19.c ECIDDHH y el art. 25 RCIDH permiten que la CIDH dicte las medidas cautelares o provisionales[56] aun cuando el caso todavía no haya sido sometido a su conocimiento,[57] lo que, según el art. 25.4 RCIDDHH, "el otorgamiento de tales medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión".

4.1.5 Para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión, se requerirá de acuerdo con la CADH el cumplimiento de determinados requisitos: "a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción

---

las características de su detención; investigue los hechos que motivan la adopción de las medidas provisionales y, en su caso, identifique a los responsables y les imponga las sanciones correspondientes, incluyendo las administrativas y disciplinarias; y presente a la Corte un informe sobre las medidas provisionales que haya adoptado en cumplimiento de la Resolución". Asunto del Internado Judicial de Monagas ("La Pica") (Venezuela), Medidas Provisionales, Resolución del 09.02.2006. Vide *Informe Anual, 2006*, p. 20. Ver también Asunto de las Penitenciarías de Mendoza (Argentina), Medidas Provisionales, Resolución de 30.03.2006. Ídem, p. 22. En similar caso relacionado con los derechos de los reclusos se resolvió que el Estado adopte las medidas necesarias para: (a) decomisar las armas que se encuentren en poder de los internos, (b) separar a los internos procesados de los condenados y (c) ajustar las condiciones de detención de la cárcel a los estándares internacionales sobre la materia. Vide Asunto del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare), (Venezuela): Medidas Provisionales, Resolución de 30.03.2006.

54. Vide Caso "Instituto de reeducación del Menor" *vs.* Paraguay, cit., párr. 108.

55. Art. 63.2 CADH: "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

56. El art. 74 RCIDDHH se refiere a estas medidas como "medidas provisionales".

57. Así sucedió, por ejemplo, en el caso Hugo Bustíos contra Perú en resolución de 08.08.1990, o en un asunto que se tramitaba ante la CIDDHH (caso Chunimá contra Guatemala), en resolución de fecha 01.08.1991. Vide FIX-ZAMUDIO, Héctor, Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en NIETO NAVIA (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericanos*, cit., pp. 173 y ss.

interna, conformen a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del art. 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición".[58] Según la CIDH, la exigencia de que los recursos internos deban ser interpuestos y agotados según principios de derecho internacional generalmente reconocidos, "significa que no sólo deben de existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos".[59] Además, los dos primeros requisitos arriba mencionados no son aplicables cuando: (a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; (b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; o (c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.[60]

---

58. Art. 46.1 CADH. Además, el art. 28 RCIDDHH exige que las peticiones dirigidas a la Comisión contengan la siguiente información: a. el nombre, nacionalidad y firma de la persona o personas denunciantes o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, el nombre y la firma de su representante o representantes legales; b. si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado; c. la dirección para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección de correo electrónico; d. una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas; e. de ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada; f. la indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica al artículo presuntamente violado; g. el cumplimiento con el plazo previsto en el art. 32 del presente Reglamento; h. las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al art. 31 del presente Reglamento; i. la indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al art. 33 del presente Reglamento".

59. Vide Caso Tibi *vs.* Ecuador, Serie C-N. 114, 07.09.2004, párr. 50.

60. Art. 46.2 CADH. Ampliamente sobre el tema PIZZOLO, Calogero, Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informes y Jurisprudencia*, Ediar/Unam, Buenos Aires, 2007, pp. 93 y ss.

4.1.6 La *litispendencia* será también una causa de denegación de la petición ante la CIDDHH,[61] salvo que "el procedimiento seguido ante el otro organismo se limite a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo"; o cuando "el peticionario ante la Comisión sea la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros".[62]

4.1.7 La supletoriedad o subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha sido declarada constantemente por la jurisprudencia de la CIDH,[63] que ha especificado al respecto:

• Existen criterios formales y materiales para determinar cuando un Estado puede oponer la excepción de falta de agotamiento de la vía recursiva en el ámbito nacional;[64] en particular, si el Estado quiere interponer excepciones

---

61. Art. 33.1 RCIDDHH: "La Comisión no considerará una petición si la materia contenida en ella: a. se encuentra pendiente de otro procedimiento de arreglo ante un organismo internacional gubernamental de que sea parte el Estado en cuestión; b. reproduce sustancialmente otra petición pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión u otro organismo internacional gubernamental del que sea parte el Estado en cuestión".

62. Art. 33.2 RCIDDHH.

63. Vide por todos, Caso Velazquez Rodríguez, Serie C, Sentencia 29.07.1988, párr. 61, p. 27. En materia de consultas, vide Opinión Consultiva n. 11/90, de 10.08.1990. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26.06.1987. Serie C n. 1, párr. 88; Caso Nogueira de Carvalho y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28.11.2006. Serie C n. 161, párr. 51, y Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26.09.2006. Serie C n. 154, párr. 64. En la misma sentencia del Caso Velazquez Rodríguez (párr. 68 y ss) se indica que solo cuando el Estado ha hecho todo lo posible para denegar la protección de los derechos humanos (vg. inexistencia de debido proceso, rechazo de los recursos por retardos injustificados o cualquier otro medio para impedir el acceso a la justicia por parte de las víctimas) eximen al peticionante de la exigencia de agotar la vía recursiva nacional (cfr. art. 46.2 CADH).

64. "Al efecto, es preciso analizar sus presupuestos formales y materiales, previstos en los arts. 46 y 47 de la Convención Americana y en las disposiciones estatutarias y reglamentarias pertinentes de los órganos del Sistema Interamericano, que es coadyuvante, subsidiario y complementario de la protección que debe ofrecer el derecho interno de los Estados partes. En cuanto a los aspectos formales, en el entendido de que esta excepción es una defensa disponible para el Estado, deberán verificarse las cuestiones propiamente procesales, tales como el momento procesal en que la excepción ha sido planteada (si fue alegada oportunamente); los hechos respecto de los cuales se planteó y si la

preliminares para demostrar que la vía interna no ha sido agotada, tiene que hacerlo primeramente frente a la CIDDHH, de otra forma se entenderá que renuncia a este derecho que le garantiza la CADH.[65]

• Cuando la presunta víctima alegue que no puede comprobar el requisito señalado en el art. 31 RCIDDHH, la carga de la prueba se traslada al Estado,[66] que debe "demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente" (cfr. art. 31.3 RCIDDHH).[67]

• No existen presunciones absolutas sobre la inexistencia de legislación interna para la protección del derecho, o se ha impedido al ofendido el libre ejercicio de los recursos, o se ha producido un retardo injustificado en la decisión del recurso; de modo que el Estado puede probar que el agotamiento de la vía recursiva se ha producido por expresa omisión de la presunta víctima.[68]

---

parte interesada ha señalado que la decisión de admisibilidad se basó en informaciones erróneas o en alguna afectación de su derecho de defensa. Respecto de los presupuestos materiales, se observará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos: en particular, si el Estado que presenta esta excepción ha especificado los recursos internos que aún no se han agotado, y será preciso demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos. Por tratarse de una cuestión de admisibilidad de una petición ante el Sistema Interamericano, deben verificarse los presupuestos de esa regla según sea alegado, si bien el análisis de los presupuestos formales prevalece sobre los de carácter material y, en determinadas ocasiones, estos últimos pueden tener relación con el fondo del asunto". Vide Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28.01.2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 42.

65. Un tema de distinta índole, que aquí no puede ser abordado, guarda relación con determinar si la comprobación del agotamiento de la vía recursiva es una cuestión de fondo, que compete a la CIDH, o de pura admisibilidad que corresponde en exclusiva a la competencia de la CIDDHH.

66. Esto ha llevado a algunos autores a formular tesis como la siguiente: *cuando se juzga por la CIDH la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de los derechos humanos es preponderante el principio favor victima y/o in dubio pro víctima y cuando se juzga la responsabilidad de una persona por la comisión de un delito por la Justicia Penal es preponderante el favor rei y/o* in dubio pro reo. Vide GALAIN PALERMO, Pablo, La influencia de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el derecho penal de Uruguay, cit., de próxima publicación.

67. Vide por todos Caso Perozo y otros vs. Venezuela, cit., párr. 38.

68. En Caso Velazquez Rodríguez, Serie C, Sentencia 29.07.1988, Párr. 88 queda claro que el Estado en su defensa debe probar que la presunta víctima no ha agotado la vía recursiva.

• La valoración de cada caso se hace de modo independiente de la condición de un sistema de gobierno democrático, es decir, puede acontecer que en un sistema democrático se den las excepciones del art. 46.2 CADH.[69]

4.1.8 Recibida la petición, y admitida provisionalmente por la CIDDHH, el Estado tendrá un plazo de dos meses para contestar los requerimientos de la CIDDHH.[70] En caso de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real e inminente la CIDDHH podrá solicitar que el Estado en un plazo razonable (según la premura del caso) presente su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.[71] Recibida la respuesta del Estado, la víctima y Estado tendrán la posibilidad de presentar escritos de réplica y dúplica, así como de solicitar una audiencia ante la CIDDHH.

4.1.9 Si bien los criterios jurídicos priman sobre los "políticos" o de oportunidad[72] cuando la CIDDHH decide "abrir un caso",[73] no son fácilmente determinables las variables que la CIDDHH utiliza para "conciliar" con los Estados denunciados los "acuerdos amistosos", o para presentar una denuncia ante la CIDH.[74] A su vez, el hecho de que la víctima no tenga la posibilidad de

69. Art. 46.2: "2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos".

70. Art. 30.3 RCIDDHH.

71. Art. 30.4 y 30.7 RCIDDHH

72. Vide FERIA TINTA, Mónica, La víctima ante la Corte Interamericana, cit., pp. 165 y ss.

73. Cfr. art. 37 RCIDDHH. Véase que en el año 1996 de 509 peticiones solo se abrieron 135 casos, es decir, se admitieron solo un 26,5% de las peticiones, lo que "implica que el 73,5% de los casos han sido declarados inadmisibles, sin un pronunciamiento formal de inadmisibilidad". Esta práctica contraviene lo dispuesto por la Corte en el caso Velázquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Párr. 40, donde se estableció que "si la admisión no requiere un acto expreso y formal, la inadmisibilidad, en cambio, sí lo exige". Vide COX, Francisco, La admisibilidad de las denuncias individuales: puerta de entrada al sistema, en MÉNDEZ; COX (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, p. 358.

74. Según el art. 72.1 RCIDDHH cuando se presenta la demanda ante la CIDH, la CIDDHH indicará: a. las pretensiones sobre el fondo, reparaciones y costas; b. las partes en el caso; c. la exposición de los hechos; d. la información sobre la apertura del procedimiento y

acceso directo a la jurisdicción de la CIDH,[75] puede ser un indicio de que estamos frente a una situación en la que podrían primar los criterios políticos antes que los jurídicos, situación que puede repercutir –de alguna forma– en un déficit de seguridad jurídica o en la insatisfacción del derecho de acceso a la Justicia.[76]

4.1.10 El Sistema Interamericano, tal como está formulado, puede derivar en situaciones incoherentes en tanto el órgano político y el jurisdiccional actúan independientemente. Un claro ejemplo guarda relación con dos denuncias contra la República Oriental del Uruguay ante la CIDDHH. Una de ellas fue derivada a la CIDH (caso Gelman) y la otra dio lugar a un acuerdo de solución amistosa (caso Peirano). En el caso contencioso Gelman *vs.* Uruguay la CIDH condenó al Estado (como forma de reparación de la víctima) a utilizar el derecho penal para proceder al castigo de los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Mientras la CIDH promovía la utilización del sistema penal uruguayo, incluso disminuyendo cualquier obstáculo que obstaculice la investigación y la punición,[77] la CIDDHH en el caso Peirano *vs.* Uruguay (Caso 12.553, de 2009) declaraba que el sistema procesal penal uruguayo contradice a la CADH y es violatorio de los derechos humanos allí contenidos. El acuerdo entre la CIDHDH y el Uruguay que obligaba a este país a una reforma total de su sistema procesal penal fue incumplido por el Estado, pero como dicho acuerdo fue publicado el caso (pese a existir incumplimiento) no puede ser

admisibilidad de la petición; e. la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; f. los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes; g. datos disponibles sobre el denunciante original, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados. h. los nombres de sus delegados; i. el informe previsto en el art. 50 de la Convención Americana".

75. Este tema perdería importancia si la víctima pudiera gozar de *jus standi* ante la CIDH para no depender de los criterios de selección de la CIDDHH. Vide críticamente GÓMEZ, Verónica, Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: New Rules and Recent Cases, HRLR, 2001, p. 114.

76. Dice Feria Tinta: "en la práctica solo un puñado de casos (alrededor de 7) llegan cada año en efecto a ser referidos por la Comisión Interamericana a la Corte. El trasfondo de esto es que la mayoría de casos interpuestos ante la Comisión no llegan a ser procesados en su enteridad, existiendo numerosos casos que quedan en una especie de limbo sin resolución de admisibilidad y por tanto sin posibilidad real de poder llegar alguna vez a la Corte". Vide FERIA TINTA, Mónica, La víctima ante la Corte Interamericana, cit., p. 189.

77. Vide Caso Gelman *vs.* Uruguay, párr. 254. Sobre el tema, GALAIN PALERMO, Pablo, *Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenchaft*, de próxima publicación.

derivado a la CIDH, provocando un grave perjuicio para las víctimas directas y para las víctimas potenciales, en tanto Uruguay posee un sistema procesal penal violatorio de los derechos humanos. Como se puede apreciar en este ejemplo, el Sistema Interamericano frente a dos denuncias contra el mismo Estado, por un lado declara que un sistema penal viola los derechos humanos y por el otro determina no solo la utilización de ese sistema, sino aun limitando todavía más algunos principios y garantías procesales que podrían obstaculizar el castigo penal.[78]

4.2 Acceso y participación ante la CIDH

4.2.1 En el derecho penal internacional existe unanimidad en cuanto a que la víctima tiene que tener una participación activa durante todo el proceso judicial con el objetivo de que pueda ver satisfecho su derecho a la verdad y a la reparación, así como para garantizar la transparencia y legitimidad del procedimiento.[79] A diferencia de la CPI que dirime la responsabilidad penal de un individuo, la CIDH no tiene dentro de sus funciones la identificación del autor de la violación de los derechos humanos, sino que su actividad se dirige a analizar la responsabilidad del Estado y a disponer la reparación pertinente.[80] Así, el proceso contencioso ante la Corte se concentra en determinar si hubo una violación y si la misma se produjo con el apoyo, tolerancia o aquiescencia de los órganos del Estado, o si éstos han incumplido su obligación de adoptar medidas preventivas o de investigación, sanción y reparación de las violaciones.[81] Como consecuencia, presentada la demanda por la CIDDHH, la CIDH puede continuar hasta la finalización del proceso aunque no comparezca ni la víctima ni el Estado afectado.[82] Es por esta razón que si bien en el sistema

78. Sobre el tema, GALAIN PALERMO, Pablo, La influencia de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el derecho penal de Uruguay, cit., de próxima publicación.

79. Vide FORER, Andreas, Orígen y evolución de la participación de las víctimas en procesos penales internacionales, GÓMEZ (dr.), *Nuevas perspectivas del derecho penal. Homenaje a Luis Carlos Pérez*, Ibañez, Bogotá, 2012, pp. 189 y ss.

80. La CIDH tiene una competencia limitada en tanto que solo puede juzgar a los Estados miembros de la OEA que han aceptado su jurisdicción.

81. Vide por todos Godínez Cruz *vs.* Honduras, Serie C 3, 5, 8, 10, Sentencia de Fondo, párr. 154 y ss; 183 y ss.

82. Art. 27.1 RCIDH: "Cuando una parte no compareciere o se abstuviere de actuar, la Corte, de oficio, impulsará el proceso hasta su finalización". Sin embargo, para el traslado de pruebas practicadas ante la CIDDHH que permite el Art. 43.2 RCIDH,

interamericano la presunta víctima tiene la carga de la prueba, esto no impide que ella pueda renunciar a comparecer ante la CIDH y dejar la carga probatoria y la defensa de sus intereses en manos de la CIDDHH (que como se ya dijo cumple una función de garante del interés público, similar a la de un Ministerio Público en el ámbito nacional).[83]

4.2.2 Para acceder a la jurisdicción de la CIDH la víctima tiene que peticionar la apertura de su "caso" frente a la CIDDHH. Sólo cuando no se llega a una "solución amistosa" entre la presunta víctima y el Estado demandado, la CIDDHH está en condiciones de habilitar la jurisdicción de la CIDH. Esto significa que la víctima no tiene un acceso directo a la CIDH, pero además, hasta la modificación del RCIDH del año 2000 la víctima sólo podía intervenir ante la CIDH por medio de sus abogados que participaban del proceso como asesores ad hoc de la CIDDHH.[84] Hasta la fecha en cuestión la participación directa de la víctima se limitaba a la etapa contenciosa de la reparación.

4.2.3 A partir del nuevo Reglamento se terminó con la falta de autonomía de la víctima en el proceso ante la CIDH.[85] Según dispone el art. 23 RCIDH: "1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso. 2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el

---

de modo de evitar la repetición de las mimas ante la jurisdicción de la CIDH, se requiere que ambas partes hayan estado presentes según las pautas de un proceso contradictorio. Según el art. 43.2. RCIDH: "Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlas".

83. Este es también un derecho de la víctima respaldado por la Criminología y la Victimología para evitar la victimización secundaria, porque ella ya ha comparecido ante la CIDDHH para probar la lesión de sus derechos por parte del Estado.

84. Vide MÉNDEZ, Juan, La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, NIETO NAVIA (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, 1994, p. 324. Esta situación era denunciada en el voto disidente de Piza Escalante en Caso Velázquez Rodrígues vs. Honduras, que lo interpretó como una situación violatoria del derecho de acceso a la Justicia. Vide *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 61.

85. Art. 1.23. RCIDH: "la expresión 'partes en el caso' significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente, la Comisión".

curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. 3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente".

4.2.4 De esta manera, si bien la víctima continua vinculada por la base fáctica de la demanda presentada por la CIDDHH, se puede afirmar que la Reforma del Reglamento de la CIDH del 2000 permite la comparecencia de la víctima como una nueva parte procesal, de modo que ahora podrá coadyuvar con la estrategia de la CIDDHH o disentir con ella, arguyendo en forma directa sus intereses y ofreciendo sus medios de prueba en forma independiente. Además, como vimos en la sección anterior, a partir de la reforma reglamentaria del 2000 las victimas pueden acudir directamente a la CIDH para solicitar medidas cautelares. El ejercicio por las víctimas de esta nueva posición procesal ante la CIDH ha venido acompañada del recurso a medios electrónicos que favorecen su ejercicio.[86]

5. CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD Y A LA JUSTICIA, Y DE LAS CORRESPONDIENTES OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS A SU SATISFACCIÓN

5.1 Derecho a la verdad

5.1.1 La normativa de la CIDDHH hace referencia a un derecho de las víctimas a la información, a saber pormenores de lo sucedido, pero no se refiere expresamente a un derecho a conocer la verdad.[87] Es la CIDH la que ha

86. Art. 24 RCIDH: "1. La demanda, su contestación y los demás escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente, vía courier, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado. En el caso del envío por medios electrónicos, deberán presentarse los documentos auténticos en el plazo de 15 días. 2. El Presidente puede, en consulta con la Comisión Permanente, rechazar cualquier escrito de las partes que considere manifiestamente improcedente, el cual ordenará devolver sin trámite alguno al interesado".

87. El derecho a la verdad surge de los arts. 32 y 33 del Protocolo Adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra I-IV de 1949 y atañe a toda la comunidad que ha sufrido la comisión de crímenes aberrantes mediante violaciones masivas o sistemáticas contra los derechos humanos, llevadas a cabo por estructuras organizadas de poder. Según Mary Albon hay tres razones principales para establecer la verdad de lo ocurrido: 1) búsqueda de justicia para las víctimas, 2) facilitar la reconciliación nacional, 3) prevenir nuevas violaciones y abusos. Vide DADITOS, Haile, Accountability for crimes of the past and the challenges of criminal prosecution. The case of Ethiopia, Centre for Advanced Legal Studies, K.U. Leuven University Press, 2000, p. 23. Al Estado incumbe la obligación de conservar la documentación (archivos etc.) y cualquier prueba de la

interpretado que el derecho de las víctimas y sus familiares a la verdad "exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades".[88] El contenido del derecho a la verdad tal y como hoy lo conocemos se trata, por tanto, de una "creación jurisprudencial" de la CIDH, que implica conocer la realidad sobre ciertos de hechos, y guarda relación con los derechos a la justicia y a la reparación.

5.1.2 El derecho a la verdad tiene una vertiente individual (víctima directa),[89] que guarda relación con el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y las identidades de los responsables a través de la investigación y el juzgamiento (cfr. arts. 8[90] y 25 CIDDHH).[91] Además, la verdad en sí misma, su conocimiento, tiene un efecto de reparación para las víctimas que el Estado tiene la obligación de satisfacer.[92]

5.1.3 El derecho a la verdad tiene también una vertiente colectiva (sociedad).[93] Así, en el caso de violaciones de los derechos humanos llevadas

---

comisión de tales crímenes, no sólo para garantizar la no repetición de los mismos e individualizar a los autores, sino para que se conozca la verdad sobre los mismos.

88. Vide Caso Valle Jaramillo y otros, cit., párr. 102.

89. El derecho a la verdad tiene un "carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación". Vide Bámaca vs. Guatemala, párr. 197.

90. En la Opinión Consultiva OC 9/87 estableció la CIDH: "el art. 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención".

91. Vide Bámaca vs. Guatemala, párr. 201; Barrios Altos vs. Perú, párr. 48; Almonacid Arellano vs. Chile, párrs. 105 y s. El derecho a la verdad es inseparable de un "derecho a la justicia de contenido más general y que implica obligaciones de parte del Estado". Vide MÉNDEZ, Juan, Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos, ABREGÚ; COURTIS (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 519.

92. Vide CIDDHH, caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 2911.2006, serie C, n. 162, párr. 222.

93. Vide con mayor detalle GALAIN PALERMO, Pablo; BERNAL, Paola, Sudamérica, en AMBOS; MALARINO; ELSNER (eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional.*

a cabo por el Estado organizado como aparato ilegal, el fenómeno conocido como "terrorismo de Estado", el silencio institucional perpetúa la lesión del derecho de las víctimas directas y las potenciales (sociedad) en relación al conocimiento de la verdad.[94]

5.1.4 En casos de "terrorismo de Estado" como, por ejemplo, los que acontecieron con las dictaduras latinoamericanas que actuaron dentro del Plan Cóndor (vgr. Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay) el Estado de Derecho puede recurrir a tres vías principales para el conocimiento de la verdad: (a) una investigación judicial; (b) una comisión de la Verdad; (c) una investigación administrativa o parlamentaria.[95] Estas múltiples vías han sido avaladas por la jurisprudencia de la CIDH que ha sostenido que la vía judicial no es la única posible para la averiguación de la verdad.[96] Sin embargo, al mismo tiempo, la CIDH ha manifestado también que la vía no judicial difícilmente pueda sustituir sino complementar a la vía judicial (que constituye *per se* una obligación del Estado).[97] De esto puede deducirse que en opinión de la CIDH la obligación del Estado al esclarecimiento de los hechos se fundamenta principalmente en la realización de procesos judiciales.[98]

5.1.5 El derecho de las víctimas a conocer la verdad incluye el deber u obligación estatal de investigar y perseguir no sólo a los autores materiales de

---

Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana, Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2008, p. 388, nota de pie 97.

94. La desaparición forzada "acarrea una violación del derecho a la verdad, que asiste a los familiares de la víctima y a la sociedad en general (...). Este derecho tendría "un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación". Vide Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez, Caso Bámaca *vs.* Guatemala, cit., párr. 17.

95. Vide en profundidad sobre esta temática, AMBOS; MALARINO; ELSNER (eds.), *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España.* Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2009.

96. Vide por todos Casos Bámaca Velázquez, cit., párr.201 y ss; Barrios Altos, cit., párrs. 48 y ss; Masacre de Maripán, cit., párr. 297.

97. Vide CIDDHH, caso Masacre de la Rochela, párr. 195.

98. Vide Caso Almonacid Arellano, cit., párr.150. Como ha sostenido: "La Corte ha también reconocido la necesidad de hacer justicia, mediante el enjuiciamiento (con las garantías del debido proceso legal) y la sanción de los responsables". Vide Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros *vs.* Trinidad y Tobago, Serie C 80, 01.09.2001, Voto Concurrente Juez Cançado Trindade, párr. 24.

los crímenes o delitos, sino también a los autores intelectuales. Así, la CIDH sostiene que no basta con perseguir a los autores materiales (agentes públicos) cuando quedan impunes los autores intelectuales. Por el contrario, el Estado afectado "deberá adoptar todas las medidas judiciales y administrativas necesarias con el fin de reabrir la investigación por los hechos del presente caso y localizar, juzgar y sancionar al o los autores intelectuales de los mismos".[99]

5.1.6 Según la CIDH, el derecho a la verdad impide el recurso a disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos.[100]

5.1.7 El problema es que en la jurisprudencia de la CIDH el derecho a conocer la verdad parece derivar del derecho a la justicia (penal), cuando el derecho a la verdad (o a recibir información fidedigna) es mucho más amplio que los objetivos del proceso penal, aún cuando se sostenga que por medio del proceso penal puede descubrirse la verdad material.[101] Además, cuando se interpreta que el derecho a la verdad deriva del derecho a la justicia, la verdad queda supeditada a una acción privada de las víctimas (su reclamo de justicia), a los secretos de la Justicia Penal (inquisitiva) y a los impedimentos para su ejercicio (por ejemplo, Leyes de Amnistía y de Caducidad).[102]

5.2 Derecho a la Justicia

5.2.1 El art. 25.1 de la CADH refiere a la protección judicial,[103] estableciendo que es necesario para brindar protección a las víctimas que los Estados

99. Vide Caso de los Hermanos Gomez Paquiyauri, cit., párr. 231.

100. Vide Caso Las Palmeras vs. Colombia, párr. 69: Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 232 y ss.

101. Ver Galain Palermo, Pablo, "Relaciones entre el 'derecho a la verdad' y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2011, t. II, pp. 250-282.

102. Ver GALAIN PALERMO, Pablo; GARREAUD, Álvaro, Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil, AMBOS et al (ed.), *Eichmann in Jerusalem –50 Years After. An Interdisciplinary Approach*, Duncker&Humblot, Berlin, 2012, pp. 181 y ss.

103. Art. 25: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la

ofrezcan a las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial no sólo formal, sino materialmente efectivo y rápido, pilar básico no solo de la CADH sino del Estado de Derecho.[104] Por ello, el derecho de acceso a la Justicia está estrechamente ligado al desarrollo de la actividad judicial a través del proceso en un plazo razonable.[105]

5.2.2 La tramitación del proceso en un *plazo razonable* (cfr. art. 8.1 CADH)[106] integra el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales.[107] Según la CIDH para la interpretación de esta exigencia y "determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso" es necesario considerar tres elementos: "a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales".[108]

5.2.3 Cuando se trata del derecho a la justicia, la CIDH tiene honda preocupación en el cumplimiento del *plazo razonable* para la resolución de la actividad judicial a través del proceso en el ámbito nacional, principalmente cuando en el sistema legislativo no existe un plazo máximo para la duración de una investigación penal[109] o la prisión preventiva, o cuando el tiempo de detención preventiva excede el principio de proporcionalidad o se aplica sin respetar su naturaleza cautelar como un adelanto de pena o como la única pena.[110] Además, la CIDDHH también ha hecho hincapié en la reforma de los sistemas

---

presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

104. Vide Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Serie C-N. 103, 27.11.2003, párr. 117.

105. Vide por todos Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Serie C-N. 99, 07.06.2003, párr. 121; Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, cit., párr. 126.

106. Art. 8: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

107. Vide Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, cit., párr. 129.

108. Vide Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Serie C-N. 111, 31.08.2004, párr. 141; Caso Tibi vs. Ecuador, cit., párr. 175.

109. Vide por todos Caso Perozo y otros vs. Venezuela, cit., párr. 86.

110. Vide Caso Tibi vs. Ecuador, cit., párr. 180.

procesal penales como el de Uruguay que no cuenta con plazos razonables para el dictado de una sentencia de condena, o para el sometimiento "sin demora" de una persona detenida "ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales" a los efectos de ser juzgada en un plazo razonable (cfr. art. 7.5 CADH).[111]

5.2.4 El ejercicio del derecho a la justicia tiene tanta importancia que la CIDH se ha opuesto a cualquier disposición constitucional o legal que impida la satisfacción efectiva del mismo. En ese sentido La CIDH ha sostenido también que: "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos".[112] La CIDH se ha expresado también en forma contraria a la prohibición de la irretroactividad de la ley menos benigna en perjuicio del reo. Asimismo, ha considerado violatorio del principio de juez natural y del debido proceso y del acceso a la Justicia, el sobreseimiento de militares en un procedimiento llevado a cabo ante la jurisdicción militar cuando la competencia es de la justicia civil.[113]

5.2.5 Particular mención merece el caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, donde la CIDH exige expresamente al Estado dejar sin efecto las disposiciones que impiden la persecución penal "puesto que la declaración de crimen de lesa humanidad en el caso en cuestión trae como consecuencia que

111. Vide Report n. 35/06, Petition 1109-04, Admissibility, Jorge, José and Dante Peirano Basso Eastern Republic of Uruguay, march 14, 2006. Dice la CIDDHH: "Que el Estado uruguayo es responsable de la irrazonable prolongación de la prisión preventiva de Jorge, José y Dante Peirano Basso, y que en consecuencia, el Estado uruguayo es responsable de la violación del derecho a la libertad personal (art. 7(2), 3, 5 y 6), de las garantías del debido proceso (art. 8(1) y 2) y del compromiso de garantizar que la autoridad competente decida sobre los derechos (art. 25(1) y 2), en conjunción con las obligaciones genéricas del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de esos derechos (art. 1(1)9 y de adoptar medidas legislativas y de otro género que den la necesaria eficacia a esos derechos a nivel nacional (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)". Informe n. 35/07 Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 01.05.2007, párr. 191.

112. Vide Caso Barrios Altos, cit., párr. 41; De los 19 Comerciantes, cit., párr. 262; y Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, Serie C, 101, 25.11.2003, párr. 276.

113. Vide Caso de los 19 Comerciantes *vs.* Colombia, Serie C, 109, 05.07.2004, párr. 174.

el delito contra Almonacid Arellano adquiera naturaleza de imprescriptible y requiera de una nueva consideración, a pesar de la prohibición jurídica de la doble incriminación".[114] De esta forma "los tribunales chilenos estarían obligados (o facultados) a reconsiderar aquellos casos de violaciones de derechos humanos archivados por motivo del mero transcurso del tiempo (prescripción), así como volver a calificar aquellos otros que con similares características y cometidos en el mismo contexto que el de Almonacid Arellano fueron originariamente tipificados como homicidios comunes. De la misma manera, deberían investigarse casos sobreseídos en aplicación del Decreto Ley 2.191", porque esta ley, según la CIDH, no produce efectos jurídicos.[115]

5.2.6 En el mismo sentido se puede considerar a la sentencia del Caso Gelman *vs.* Uruguay[116] que entre otros obstáculos al castigo penal incluyó dos consultas populares en apoyo de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado que impedía a la justicia la investigación penal sin una autorización previa del Poder Ejecutivo.[117] Según la CIDH el ejercicio de soberanía directa que impide el castigo penal de los violadores de los derechos humanos acarrea responsabilidad internacional del Estado.[118]

5.2.7 A raíz de la implementación a nivel nacional de algunas de las sentencias dictadas por la CIDH en el marco de la defensa del derecho a la Justicia de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, ciertos autores se han

---

114. Vide GALAIN PALERMO, Pablo; BERNAL, Paola, Sudamérica, cit., p. 377.

115. Vide Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, cit., párr. 145.

116. "En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo". Caso Gelman *vs.* Uruguay, párr. 254.

117. Caso Gelman *vs.* Uruguay, párr. 232 y ss.

118. "El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum– en 1989 y –plebiscito sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los arts. 1 a 4 de la Ley– el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél". Caso Gelman *vs.* Uruguay, párr. 238. Vide RINCÓN, Tatiana, Democracia y derechos humanos: la sentencia de la Corte IDH en el Caso Gelman *vs.* Uruguay, en GALAIN PALERMO, Pablo (ed.), Justicia de Transición, en vías de publicación.

cuestionado la viabilidad de trasladar decisiones propias de la jurisprudencia relativa a la protección de los derechos humanos al derecho penal y procesal penal, sobre todo en materia de "cosa juzgada" y de *ne bis in idem*.[119]

6. REPARACIONES EN EL ÁMBITO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

6.1 El derecho a la reparación aparece consagrado en el art. 63 (1) CADH, que establece: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". Esta exigencia de reparación de las víctimas que surge del art. 63.1 de la CADH[120] generalmente, en cuanto a la determinación de la naturaleza o la cuantía de tales reparaciones la CIDH ha dejado que la CIDDHH y los Estados demandados lleguen a un acuerdo amistoso.[121]

---

119. La CIDH ha reconocido, sin embargo, que para no violar el principio de *ne bis in idem* la "cosa juzgada" tiene que ser declarada "fraudulenta" o "aparente", de modo de que pueda declararse que se ha violado con el principio del debido proceso y de una resolución legítima. Vide Caso La Cantuta, cit., Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, § 13. El principio *ne bis in idem* esta contemplado en el art. 8.4 CADH "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos". Al respecto la CIDH ha dicho: "Entre los elementos que conforman la situación regulada por el art. 8.4 de la Convención se encuenra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio". Vide Caso Lori Berenson *vs.* Perú, Serie C 119, 25.11.2004, párr. 202. Vide MALARINO, Ezequiel, Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de la experiencia latinoamericana, en AMBOS; MALARINO; ELSNER (eds.), *Justicia de transición*, cit., p. 419 nota de pie 8, Comentando las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencias Arancibia Clavel de 24.08.2004, Simón de 14.06.2005 y Mazzeo de 13.07.2007.

120. La obligación de reparar a las víctimas también está establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (cfr. arts. 6, 8 y 9).

121. En el primer caso ante la CIDH (caso Velásquez Rodríguez), la CIDH instó al Estado de Honduras y a la CIDDHH a negociar el monto de la reparación (no a los abogados de las víctimas, asesores *ad hoc* de la CIDDHH). En este caso, se produjo el voto disidente del Juez Piza Escalante que propuso limitar la negociación entre el Estado y la CIDDHH a un plazo de seis meses a partir de la sentencia, y sostuvo que la condición de parte en esta negociación no correspondería a la CIDDHH sino a los causa habiente de la víctima. Con posterioridad en otros casos, como en el caso Godínez Cruz contra Honduras, la CIDH fijó directamente plazos para que cada parte

6.2 La jurisprudencia de la CIDH ha adoptado repetidamente el concepto de reparación integral, que permite a la CIDH un amplio margen de discreción para determinar las medidas de reparación, atendiendo a la naturaleza y las consecuencias de la violación de los derechos de las víctimas.[122] El primer componente del mismo lo constituye la restitución en los derechos y libertades conculcados por la violación. De ahí que la reparación pueda consistir en (a) la libertad inmediata, definitiva, sin restricciones e inapelable de la víctima,[123] (b) la no ejecución de una multa,[124] (c) la anulación de antecedentes penales,[125] (d) el levantamiento del mecanismo interno de la "censura previa" (en casos de violación del derecho a la libertad de expresión),[126] o (e) el reintegro de las víctimas a sus antiguos puesto de trabajo, cargo o similar.[127]

6.3 El concepto de reparación integral incluye también la indemnización por los danos sufridos, a la que se refiere el art. 63 (1) CADH con la expresión "justa indemnización". Esta expresión se limita a la compensación del daño y no extiende

---

estableciera su posición sobre el monto de la reparación y citó a una audiencia (en la que los abogados de las víctimas pudieron argumentar independientemente de los argumentos de la CIDDHH). En cuanto al trámite procesal, el art. 33 RCIDH, en aras del principio de economía procesal, permite que en el escrito de demanda se incluya aquello que se solicita en concepto de reparación y costas. De esta forma, si la CIDH lo considera oportuno, pueda fallar sobre el fondo del asunto sin necesidad de abrir la etapa de reparaciones. Es decir, en una sola sentencia la CIDH puede resolver todas las cuestiones que se ventilan en su jurisdicción. En caso de allanamiento del Estado demandado "la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes" (cfr. 52.2 CIDH).

122. Vide caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 64, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 607.

123. Vide Loayza Tamayo vs. Perú, párr. 109.

124. Vide Suárez Rosero vs. Ecuador, párr. 76, en Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit., p. 379.

125. Ídem, párrs. 121 y s.

126. Vide caso La Última tentación de Cristo vs. Chile, párr. 96, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 731.

127. El Estado tiene un determinado plazo para garantizar el goce de los derechos o libertades conculcados haciendo efectiva la ejecución de sentencias de amparo que no fueron cumplidas y retornando a los trabajadores en sus cargos o en puestos similares. Si esto no fuera posible el Estado debe brindar condiciones de empleo similares a las que tenían al momento del despido (salarios, condiciones y remuneraciones). Además el Estado debe pagar una indemnización por despido injustificado. Vide Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 07.02.2006. Informe Anual, 2006, pp. 17 y s.

a una sanción (indemnización ejemplarizante o disuasiva).[128] En este sentido, hay que subraryar que La CIDH no reconoce en su jurisprudencia el concepto de "*punitive damages*" tan utilizado en los sistemas de *common law* en el entendido de que el art. 63.1 de la CADH es de naturaleza compensatoria y no aflictiva.[129]

6.4 En sus primeras sentencias, la CIDH se apegó a criterios del derecho civil[130] para determinar la naturaleza y el monto de las indemnizaciones,[131]

---

128. Vide por todos Garrido y Baigorria *vs.* Argentina, párr. 41 y 44. Es de otra opinión Cançado Trindade en los votos razonados de varias sentencias. Vide GALAIN PALERMO, Pablo; BERNAL, Paola, Sudamérica, cit., p. 388, nota de pie 93.

129. Además, la teoría de los *daños punitivos* riñe con la teoría del enriquecimiento injusto de la víctima, todavía dominante en los países del *continental law*. Vide GALAIN PALERMO, Pablo; BERNAL, Paola, Sudamérica, en AMBOS; MALARINO; ELSNER, *Jurisprudencia Latinoamericana*, cit., pp. 387 y s. De opinión contraria Cançado Trindade, votos razonados en los casos Blanco Romero y otros *vs.* Venezuela, Sentencia 2811.2005, Serie C 138; Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, Sentencia del 2511.2003, serie C 101; Masacre de Plan de Sánchez, Sentencia de reparaciones del 19.11.2004, serie C 105. En su opinión, "los términos del artículo 63(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectivamente abren a la Corte Interamericana un horizonte bastante amplio en materia de reparaciones (...) reparaciones con propósitos ejemplarizantes o disuasivos (correspondientes a una responsabilidad agravada) pueden coadyuvar tanto en la lucha contra la impunidad como en la garantía de no-repetición de los hechos lesivos". Cf. Blanco Romero y otros *vs.* Venezuela, § 7 (voto razonado).

130. En constantes votos razonados de los jueces de la CIDH se hace hincapié en distanciar los conceptos de la reparación por violaciones de los derechos humanos de los conceptos civiles en materia de indemnización. En ese sentido, en el ámbito del daño material antes que referirse al concepto de "pérdida de ingresos" se prefiere el concepto de "proyecto de vida", por ejemplo, cuando se trata de la ejecución de niños o de menores de edad. "El daño al proyecto de vida involucra tanto aspectos materiales como inmateriales (...) comprende así no sólo una reparación indemnizatoria por la privación arbitraria de la vida, sino por la afectación y truncamiento al libre desarrollo de la personalidad, la interrupción de las acciones que pudieron realizar ambos niños en lo laboral (pérdida de ingresos) sino también en aspectos espirituales, la realización personal y familiar, la consecución de planes y metas (...). El reconocimiento de un daño al proyecto de vida, resulta así más integral y consistente desde una perspectiva de protección de derechos humanos, apartándose de corrientes esencialmente patrimonialistas". Vide Voto Razonado Juez *ad hoc* Eguiguren, Caso de los Hermanos Gomes Paquiyauri, párr. 3, en LANDA, César, *Jurisprudencia de la Corte*, cit., p. 1147. El concepto del "proyecto de vida" en relación a los menores de edad es una obligación del Estado que incluye "la obligación de, *inter alia*, proveerlos de salud y educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida". Vide Caso "Instituto de reeducación del Menor" *vs.* Paraguay, cit., párr. 161.

y fue a partir de los casos Neira Alegría y El Amparo que varió el criterio para utilizar la distinción entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales.[132] Así dentro del concepto amplio de daño manejado por la CIDH se incluye:

• El *daño material*, referido a "la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y los gastos efectuados por sus familiares con motivo de los hechos, y fijará una indemnización que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones cometidas".[133]

• El *reembolso de costas* por el hecho de litigar en el ámbito internacional para la defensa de los derechos humanos.[134]

• El *daño moral* infligido a víctimas de padecimientos físicos o psicológicos,[135] que, en ciertos casos de violación de derechos que importan a toda la comunidad

---

131. A partir del primer caso contencioso, Velázquez Rodríguez *vs.* Honduras, la reparación consistió en el cálculo del daño emergente y del lucro cesante (daño material) y la comprobación del sufrimiento y las consecuencias psíquicas (daño moral, en las primeras sentencias, o daño inmaterial, como se refiere la CIDH en las sentencias más actuales). El daño material "supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso". Vide caso Juan Humberto Sánchez *vs.* Honduras, párr. 162. Esto significa que pueden ser beneficiarios de las reparaciones todos aquellos que hayan sufrido daños consecuencia de los hechos, sin que tengan que ser necesariamente familiares de la víctima directa (por ejemplo, amigos íntimos etc.). Para la comprobación del daño inmaterial cuando se trata de muertes violentas, torturas, desapariciones forzadas de personas, no hace falta ninguna prueba para la comprobación del sufrimiento de los familiares de la víctima. Vide Caso Myrna Mac Chang *vs.* Guatemala, párr. 264.

132. Vide KAWABATA, Alejandro, Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en ABREGÚ; COURTIS (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Cels, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 367.

133. Vide Caso Tibi *vs.* Ecuador, cit., párr. 234.

134. Vide por todos Cantos *vs.* Argentina, párr. 72 y ss., 77.5, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 808. Para el cálculo de *costas y gastos* la CIDH recurre al criterio de la equidad tomando en cuenta los gastos realizados por las partes, pero, siempre que estos sean razonables. Vide Caso Cantos *vs.* Argentina, Serie C 85, 07.09.2001, párr. 72. La razonabilidad de la CIDH es criticada en cuanto a la determinación de las costas que "al final del proceso no permite la recuperación de los gastos en que efectivamente se incurren en la litigación ante ésta en los casos en que de una manera u otra la víctima logra llegar al final del proceso. Los montos conferidos por la Corte por concepto de costas son mínimos e irreales no cubriendo ni el 50 por ciento de los gastos comprobadamente incurridos". Vide FERIA TINTA, Mónica, La víctima ante la Corte Interamericana, cit., p. 191.

135. Vide Casos Aloeboetoe y otros, cit., párr. 52, El Amparo *vs.* Venezuela, cit., párr. 36.

internacional y se recogen en normas de *ius cogens*, como la desaparición forzosa, no necesita ser probado.[136]

• El denominado "daño al proyecto de vida", que "se trata de una noción distinta del "daño emergente" y el "lucro cesante",[137] y que atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas".[138]

6.5 Además, de la restitución y la indemnización, el concepto de reparación integral adoptado por la CIDH tiene la potencialidad de reparar no solo la situación de la víctima directa (individual o colectiva) sino también la situación estructural o sistémica para que todo el ordenamiento se adecue al estándar básico de protección de los derechos humanos contenido en la CADH.[139] Esto lo ha llevado a cabo la CIDH mediante la condena a los Estados infractores a llevar a cabo conjunta o indistintamente obligaciones de "no hacer" y

136. En jurisprudencia constante de la CIDH se sostiene que "resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a desaparición forzada experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas". Vide por todos Caso Ticona Estrada y otros *vs.* Bolivia. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas de 27.11.2008, párr. 133. El daño inmaterial abarca también el dolor causado por presentar a las víctimas como "terroristas" o delincuentes abatidos en un enfrentamiento armado, como estrategia estatal para cubrir o brindar impunidad a sus funcionarios policiales o agentes públicos. Vide Caso de los Hermanos Gomes Paquiyauri *vs.* Perú, Serie C-N. 10, 08.07.2004, 216.

137. No se corresponde ni con la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos (como sucede en el "daño emergente"), ni con la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos (como ocurre con el "lucro cesante").

138. Vide Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú, Serie C 33, Sentencia 17.09.1997, párr. 147. Véase que este concepto de daño se asocia a un proyecto de realización personal y al libre ejercicio de los derechos inherentes al ser humano. En particular la desaparición forzada de personas es un crimen que lesiona directamente estos derechos, con mayor gravedad en cuanto que es el Estado quien provoca o tolera esta pérdida o menoscabo de las oportunidades de desarrollo o desenvolvimiento personal, cuando el ejercicio monopólico del Poder Público le obliga como contrapartida el aseguramiento del ejercicio individual de los derechos e intereses legítimos. Vide Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú, Serie C 33, Sentencia 17.09.1997, párr. 150.

139. Según la CIDH, esto es posible debido al compromiso asumido por los Estados parte de la CADH que implica que ellos tienen que evitar emprender acciones para que puedan violar los derechos humanos (obligaciones de no hacer) y acciones para protegerlos (obligaciones de hacer).

obligaciones de "hacer".[140] Así, en varios casos la reparación consistió en exigir el cumplimiento de la obligación estatal de investigar y sancionar, esto es, el inicio o la continuación de los procedimientos judiciales para la averiguación de la situación de los desaparecidos[141] y la sanción correspondiente a los responsables.[142] En alguna oportunidad la CIDH otorgó a una Fundación con el nombre de la víctima dinero para solventar los gastos judiciales de los procesos para llevar adelante procesos penales para la sanción de los responsables.[143] En otros, se exigió a los Estados adoptar medidas legislativas[144] (por ejemplo, crear el tipo penal de los delitos de desaparición forzada o de tortura etc.) o adecuar la normativa interna a la normativa de la CIDDHH.[145]

6.6 Finalmente, dentro del concepto de reparación integral, la CIDH incluye también la propia emisión de la sentencia en cuanto que la determinación de lo ocurrido y la reprobación por la CIDH de la violación sufrida es considerada

---

140. Como ejemplo de obligaciones de hacer se puede condenar a los Estados a modificar su sistema jurídico interno para garantizar el goce de los derechos humanos (cfe. arts. 1.1, 2 CIDDHH), o para garantizar a las víctimas el acceso a medios impugnativos idóneos para su reparación. Vide CIDH, Opinión Consultiva OC-9/87 de 06.10.1987, numeral 24. Estas obligaciones también comprenden a la investigación de los hechos, la *restitutio in integrum* cuando ello sea posible, la identificación y la sanción de los autores. Vide por todos, Caso Godínez Cruz y otros *vs.* Honduras, párr. 175.

141. La investigación tiene que conducir a encontrar los restos de los desaparecidos, considerando "la entrega de los restos mortales" como un acto de reparación. Vide por todos caso El caracazo (Aguilera La Rosa y otros) vs. Venezuela, párr. 123.

142. Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia, párr. 69; El Amparo *vs.* Venezuela, párr. 61; "Paniel Blanca" (Paniagua Morales y otros) *vs.* Guatemala, párr. 198; Castillo Páez *vs.* Perú, párr. 90; Blake *vs.* Guatemala, párr. 121; El caracazo (Aguilera La Rosa y otros) *vs.* Venezuela, párr. 119; Bámaca *vs.* Guatemala, párr. 73 y ss., De los 19 Comerciantes *vs.* Colombia, párr. 251; Juan Humberto Sánchez *vs.* Honduras, párr. 184, vide *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., pp. 145, 164, 221, 241, 313, 574, 713, 840, 907.

143. Vide caso Myrna Mac Chang *vs.* Guatemala, párr. 292.

144. Vide por todos caso "Niños de la calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, párr. 98.

145. Vide caso Bulacio *vs.* Argentina, párr. 139 y ss. En reciente resolución de la CIDDHH se ha obligado al Estado uruguayo a reformar su procedimiento penal que no contempla la exigencia del art. 8 en relación al "derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas", que puede interpretarse como una exigencia de juzgar a los individuos en un plazo razonable. Vide caso 12.553 CIDDHH Peirano *vs.* Uruguay, cit. Sobre la exigencia de resolver un caso en un *tiempo razonable*, vide Caso Salvador Chiriboga *vs.* Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 06.05.2008. Serie C n. 179, párr. 59.

como una forma de reparación para víctima y sus familiares de las víctimas[146] que se encuentra estrechamente vinculada con el derecho a conocer la verdad en una dimensión social.[147] Asimismo, la CIDH incluye también en su concepto de reparación integral, la adopción por el Estado afectado de medidas de carácter simbólico a través de las cuales se reconozca la comisión de la violación y se ofrezcan garantías de no repetición a la víctimas. En este sentido, la CIDH ha exigido que el Estado afectado reconozca públicamente su responsabilidad,[148] se disculpe públicamente con los familiares de las víctimas[149] y con la sociedad,[150] financie al colegio que lleva el nombre de la víctima,[151] erija un monumento recordatorio,[152] ponga el nombre de la víctima a una calle,[153] o cree una beca para defensores de los derechos humanos.[154] Se ha llegado a exigir como reparación dentro de la garantía de no repetición de los hechos,[155] la prohibición de utilizar la jurisdicción militar para casos relacionados con agentes estatales[156] y la capacitación de los funcionarios estatales para la protección de los derechos humanos.[157]

146. Vide Velázquez Rodrígues *vs.* Honduras, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 65; caso Neyra Alegría y otros *vs.* Perú, párr. 56.

147. Quinteros Almeida *vs.* Uruguay, Comunicación n. 107/1981, 2003, relacionado con la desaparición forzada de personas y la negativa a brindar información subsiguiente acerca de su paradero. Vide GALAIN; BERNAL, Sudamérica, cit., p. 388.

148. Vide Castillo Páez *vs.* Perú, párr. 96 y ss.

149. Vide De los 19 Comerciantes *vs.* Colombia, párr. 274.

150. Vide Bámaca vs. Guatemala, párr. 84, en Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit., p. 716.

151. Ídem, p. 153.

152. Vide De los 19 Comerciantes *vs.* Colombia, párr. 273.

153. Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 12.08.2008, párr. 250 y ss.

154. Vide Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, párr. 230.

155. Vide Cantoral Benavides *vs.* Perú, párr. 79. Incluso ha sostenido la CIDH que esta garantía es más importante que cualquier otro tipo de compensación a las víctimas. Vide caso Blanco Romero y otros *vs.* Venezuela, párr. 93.

156. Con esta prohibición la CIDH ha defendido el principio de juez natural y del debido proceso. Vide Caso Tiu Tojín *vs.* Guatemala, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 26.11.2008, párr. 118 y ss.; Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30.05.1999. Serie C n. 52, párr. 128; Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, Sentencia de 22.11.2005. Serie C n. 135, párr. 143; y Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, párr. 131.

157. Vide El caracazo (Aguilera La Rosa y otros) *vs.* Venezuela, párr. 127, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 576.

6.7 Las medidas de reparación generalmente son solicitadas por víctimas individuales y en mucho menor número por víctimas colectivas (grupos o comunidades).[158] Estas reparaciones han consistido en compensaciones o pensiones a las víctimas directas o a sus familiares. La reparación de la víctima individual, sin embargo, no ha impedido que se produzcan reparaciones colectivas (construcciones de memoriales, parques, clínicas comunales, escuelas, fundaciones, solicitud de perdón, reconocimiento público de los hechos etc.).[159]

7. PRIMER ACERCAMIENTO A LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CPI

7.1 Como señalamos en la introducción al presente trabajo, el tratamiento de la víctima en el ER constituye, sin duda, uno de sus avances más significativos.[160]

---

158. Vide Caso Acevedo Jaramillo y otros *vs.* Perú, en el que se peticionó en ocasión de la violación de los derechos de un grupo compuesto por cientos trabajadores privados de sus puestos de trabajo; Caso de la Comunidad de Moiwana *vs.* Suriname.

159. Vide Lean Sharon, "Is Truth Enough?", cit., pp. 177 y ss. En algunos casos relacionados con poblaciones nativas, se ha presentado la posibilidad de reclamación de víctimas colectivas (grupos o comunidades), en los que la CIDH ha exigido como reparación la entrega física de las tierras ancestrales, la clara delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, la implementación de un fondo de desarrollo comunitario y el pago de una indemnización por concepto de daño inmaterial y costas y gastos. Vide caso Comunidad Mayagna *vs.* Nicaragua, párr. 164, en *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 640. La CIDH ha determinado reparaciones a ser llevadas a cabo sin un tiempo determinado, por ejemplo, durante el tiempo en que una comunidad indígena se encuentre sin sus tierras ancestrales, el Estado debe suministrarle los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia (entre ellos, crear accesos para que puedan contactarse con centros de salud). Vide Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. El día 29.03.2006. Vide Informe Anual, 2006, p. 21.

160. Vide a este respecto Fernandez de Gurmendi, Sylvia, *Definition of Victims and General Principles*, en The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, 2001, LEE, R. S. (ed.), pp. 427 y ss.; BRADY, Helen, *Protective and Special Measures for Victims and Witnesses*, en The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, LEE, R. S. (ed.), 2001, pp. 434 y ss.; BITTI, Gilbert; FRIMAN, Hakan, *Participation of Victims in the Proceedings*, en The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, LEE, R. S. (ed.), 2001, pp. 459 y ss.; JONES, R. W. D., *Protection of Victims and Witnesses*, en The Rome Statute of the International Criminal Court, CASSESE,

7.2 A pesar de su asistematicidad, numerosas disposiciones contenidas en el ER, en las RPP y en el RegC regulan en detalle el contenido y ejercicio de los derechos de las víctimas a acceder a la CPI, a participar en las distintas fases de su procedimiento y a obtener una reparación.[161]

7.3 En particular, el art. 15(3) ER y las reglas 50, 92(3), 93, 107 y 109 RPP regulan la intervención de las víctimas en el proceso de activación de la jurisdicción latente de la Corte (también conocido como de apertura de la investigación) sobre una determinada situación de crisis, definida mediante parámetros territoriales, temporales y personales (por ejemplo, la situación de crisis en el territorio de la República Democrática del Congo ("RDC") desde el 01.07.2002).[162]

7.4 En relación con las actuaciones que siguen a la finalización del proceso de activación (o de apertura de la investigación) y que preceden a la apertura del proceso penal o caso propiamente dicho[163] –conocidas como

---

Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (eds.), 2002, vol. II, pp. 1357 y ss.; JORDA, Claude; DE HEMPTINNE, Jerome, *The Status and Role of the Victim*, en The Rome Statute of the International Criminal Court, CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (eds.), 2002, vol. II, pp. 1390 y ss.; DONAT-CATTIN, David, *Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings*, en Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, TRIFFTERER, Otto (ed.), 1999, pp. 869 y ss., y STAHN, Karsten; OLÁSOLO, H.; GIBSON, Kate, Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 2, p. 219, 2006.

161. Vide los arts. 15(3), 19(3), 68(3) y 75(3) ER, las reglas 50, 59, 89 a 93, 94 a 99, 103, 107 y 109 RPP y las normas 86 y 88 RegC. Vide también lo señalado por BITTI, Gilbert; FRIMAN, Hakan, *Participation of Victims in the Proceedings*, en The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, LEE, R. S. (ed.), 2001, pp. 456 y 474.

162. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17.01.2006, Doc. n. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párr. 65; Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10.08.2007, Doc n. ICC-02/04-101, párr. 9. Vide también, OLÁSOLO, Héctor, The Triggering Procedure of the International Criminal Court, *Brill Publishers*, 2005, p. 39-47.

163. Por ejemplo la regla 92(2) RPP prevé que, a los efectos de facilitar la personación de las víctimas en las actuaciones en la manera prevista en la regla 89 RPP, la decisión de la Fiscalía de cerrar la investigación de una situación sin proceder a enjuiciamiento alguno conforme al art. 53(2) ER, deberá ser notificada a quienes hayan participado

fase de investigación de una situación–[164] la Sala de Apelaciones ("SA"), en sus decisiones de 19.12.2008 y de 02.02.2009, ha señalado que se tratan éstas de actuaciones llevadas a cabo por la Fiscalía con carácter previo al inicio del proceso penal propiamente dicho. Por lo tanto, según la SA, la participación de las víctimas, conforme al art. 68 (3) del ER y a las reglas 91 a 93 de las RPP, en dichas actuaciones sólo sería posible en el marco de aquellas actividades puntuales que con carácter excepcional se llevan a cabo ante la SCP.[165]

7.5 El art. 68 (3) ER, y las reglas 91 a 93 RPP, regulan la intervención de las víctimas en el proceso penal ante la CPI[166] –cuyo objeto son casos (en lugar de

---

en las actuaciones en calidad de víctimas (o a sus representantes legales) y, en la medida de lo posible, a quienes se hayan puesto en contacto con la Corte alegando ser víctimas en relación con la situación de que se trate. Vide a este respecto, BITTI, Gilbert; FRIMAN, Hakan, *Participation of Victims in the Proceedings*, en The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, LEE, R. S. (ed.), 2001, p. 470.

164. Estas actuaciones pueden ser en cierta medida equiparadas con las diligencias preliminares que desarrolla la Fiscalía española en el procedimiento abreviado conforme al art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Vide OLÁSOLO, Héctor, *La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional*, en La Ley, oct. 2005.

165. Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 07.12.2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24.12.2007, dictada por la SA el 19.12.2008, ICC-01/04-556 OA4, OA5, OA6, párrs. 45-59; y Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 03.12.2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 06.12.2007, dictada por la SA el 02.02.2009, ICC-01/05-177 OA OA2 OA3, párr. 7. Estas dos decisiones de la SA son, sin duda, más restrictivas que las decisiones adoptadas con anterioridad por las SCP I y la SCP II. Vide en particular Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17.01.2006, Doc. n. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrafo 54; y Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10.08.2007, Doc. n. ICC-01/02-101, párrs. 88-104.

166. En este sentido resultan significativos los comentarios al señalar que como resultado del temor de una buena parte de los negociadores a que el elevado número de víctimas hiciera impracticable la intervención de las mismas en las actuaciones, se dejó en manos de la Sala competente la definición de su posición procesal en el proceso penal ante la Corte. Vide BITTI, Gilbert; FRIMAN, Hakan, *Participation of Victims in the Proceedings*, en

situaciones) definidos por incidentes específicos y sospechosos identificados, y que se inician mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia conforme al art. 58 ER–[167] por ejemplo, el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui por su presunta responsabilidad penal por los delitos cometidos por los miembros de las milicias bajo su mando durante el ataque a la localidad de Bogoro (Ituri, RDC) el 24.02.2009. Es importante distinguir a estos efectos entre: (i) la intervención de las víctimas durante las actuaciones relativas a la preparación y desarrollo de la audiencia de confirmación de cargos que tienen lugar ante la SCP; y (ii) la intervención de las víctimas en las actuaciones relativas a la preparación y desarrollo del juicio oral que tienen lugar ante la SPI.[168]

7.6 Finalmente, la intervención de las víctimas en las actuaciones de reparación ante la CPI se regula en el art. 75 (3) ER, las reglas 94 a 99 RPP y la norma 88 RegC.[169] Sin embargo, conviene subrayar que en el primer caso que ha llegado a la fase de reparaciones ante la CPI, la SPI I, en su decisión de 07.08.2012, ha establecido un sistema por el que corresponde al fondo fiduciario para las víctimas determinar las medidas concretas de reparación y proceder a su ejecución, limitándose la actuación de la SPI a la supervisión de la actividad del fondo fiduciario y a la resolución de las controversias surgidas ante el mismo.[170]

The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, LEE, R. S. (ed.), 2001, p. 457. En el mismo sentido, DONAT-CATTIN, David, *Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings*, en Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, TRIFFTERER, Otto (ed.), 1999, p. 880-882.

167. Vide OLÁSOLO, Héctor, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 108.

168. Vide a este respecto, OLÁSOLO, Héctor; KISS, Alejandro, El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Criminet)*, n. 12-13, pp. 13:1-13:37; Reimpreso en OLÁSOLO, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011, p. 267 y ss.

169. Vide LEWIS, Peter; FRIMAN, Hakan, *Reparations to Victims*, en The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, LEE, R. S. (ed.), 2001, p. 474.

170. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904 07-08-2012, párrs. 260-262 y 281-288.

8. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN LA INTERPRETACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE VÍCTIMA CONTENIDA EN LA REGLA 85 DE LAS RPP

8.1 El ER no ofrece ninguna definición del concepto de víctima. La misma se contiene únicamente en la regla 85 de las RPP, que dispone lo siguiente: "Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por 'víctimas' se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios".

8.2 El contenido de esta definición ha sido interpretado por las tres Salas de Cuestiones Preliminares, la SPI I y la SA. En la jurisprudencia de las distintas Salas se pueden apreciar hasta el momento varios elementos comunes. En primer lugar, la consideración de la expresión "personas naturales" como personas humanas (en contraposición a personas jurídicas).[171] En segundo lugar, la interpretación literal adoptada por las distintas Salas en relación con la expresión "organizaciones o instituciones".[172] En tercer lugar, la inclusión de las pérdidas económicas y del

171. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17.01.2006, Doc. n. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párr. 80. Vide también Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10.08.2007, Doc n. ICC-02/04-101, párr. 105; y Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo el 18.01.2008, Doc. n. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 87. A este respecto, es importante señalar que la SCP I ha afirmado recientemente que no cabe otorgar el estatuto procesal de víctima a quienes hayan fallecido, y que dicho estatuto deberá ser, en su caso atribuido a quienes se hayan visto perjudicados por su fallecimiento. Vide Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l'enquête en République démocratique du Congo par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 24.12.2007, Doc. n. ICC-01/04-423, párr. 24.

172. Vide Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l'enquête en République démocratique du Congo par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06,

daño psicológico, además del daño físico, en el concepto de daño previsto en la regla 85 RPP. Finalmente, la jurisprudencia de la CPI ha requerido también de manera constante la necesidad de un vínculo de causalidad entre el daño alegado y la existencia de un delito que se encuentre incluido dentro de los ámbitos personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de la CPI.[173]

8.3 La jurisprudencia de la CIDH ha jugado un papel ciertamente importante en la elaboración de estos elementos comunes, particularmente en lo que se refiere a la adopción de un concepto amplio de "daño", que, además del daño material, incluye también el daño moral. Así lo demuestra las reiteradas menciones en varias de las decisiones de la SCP I[174] y de la SPI I[175] a las sentencias dictadas por la CIDH en los casos El Amparo *vs.* Venezuela,[176] Aloeboetoe et al *vs.* Suriname,[177] y Neira Alegría y otros *vs.* Perú.[178]

---

a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, Doc. n. ICC-01/04-423, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 24.12.2007, párrs. 137 y ss. Vide también, Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso The Prosecutor *vs.* Thomas Lubanga Dyilo el 18.01.2008, Doc. n. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 87.

173. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en RDC el 17.01.2006, Doc. n. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párr. 115-117, párr. 94; Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, dictada por la SCP II en la situación en Uganda el 10.08.2007, Doc. n. ICC-02/04-101, párr. 12; y Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso The Prosecutor *vs.* Thomas Lubanga Dyilo el 18.01.2008, Doc. n. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 92.

174. Vide Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I en la situación en la RDC el 17.01.2006, Doc. n. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párrs. 115-117.

175. Decision on Victim's Applications, dictada por la SPI en el caso The Prosecutor *vs.* Thomas Lubanga Dyilo el 18.01.2008, Doc. n. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 92.

176. Vide caso El Amparo *vs.* Venezuela, CIDH, "Sentencia/Reparaciones (art. 63 (1))", 14.109.996, Serie C n. 28, párrs. 28 a 63. Esta sentencia ha tenido particular importancia en relación con el alcance de la inclusión de las pérdidas económicas dentro del concepto de daño recogido en la definición de víctima recogida en la regla 85 de las RPP. La SCP I y la SPI I también se han referido también a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Ayder and Others *vs.* Turkey, "Sentencia", 08.01.2004, Aplicación n. 23656/94, párrs. 141 y ss.

8.4 Existen asimismo ciertos aspectos de la definición del concepto de víctima previsto en la regla 85 de las RPP que han sido objeto de diversas interpretaciones por las distintas Salas de la CPI, destacando en particular las cuestiones relativas a la necesaria vinculación del daño a los delitos específicos que forman parte del caso,[179] y a la extensión del mismo al llamado daño indirecto.[180]

---

177. Vide caso Aloeboetoe et al *vs.* Suriname, CIDH, "Sentencia/Reparaciones (art. 63(1))", 10.09.1993, Serie C n. 15, párr. 52. Esta sentencia ha tenido particular importancia en relación con la inclusión del daño psicológico dentro del concepto de daño recogido en la definición de víctima prevista en la regla 85 RPP.

178. Vide caso Neira Alegría et al *vs.* Perú, CIDH, "Sentencia/Reparaciones (art. 63(1)", 19.09.1996, Serie C n. 29, párr. 57. Esta sentencia de la CIDH, al igual que la dictada en el caso Aloeboetoe et al *vs.* Suriname, ha tenido particular importancia en relación con la inclusión del daño psicológico dentro del concepto de daño recogido en la definición de víctima prevista en la regla 85 RPP. La SCP I y la SPI I también se han referido también a las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos: Aksoy *vs.* Turkey, 18.12.1996, Aplicación n. 21987/93, párr. 113; y Selmouni *vs.* France, 28.07.1999, Aplicación n. 25803/94, párr. 123.

179. La SA ha resuelto esta cuestión en su decisión de 11.07.2008, ha subrayado que víctimas de un caso son únicamente aquellas que demuestren *prima facie* haber sufrido un daño derivado de alguno de los delitos que formen específicamente parte del caso de que se trate. Vide Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18.01.2008, dictada por la SA el 11.07.2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, párrs. 53-65. Vide también sobre esta cuestión OLÁSOLO, Héctor; KISS, Alejandro, El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Criminet)*, n. 12-13, pp. 13:1-13:37; Reimpreso en OLÁSOLO, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011, pp. 267 y ss.

180. Un segundo elemento del concepto de víctima que ha generado controversia entre las distintas Salas de la CPI es el relativo a si el "daño indirecto" sufrido por las personas físicas puede incluirse dentro del concepto de daño previsto en la regla 85 de las RPP. En su decisión de 11.07.2008, la SA decidió esta cuestión afirmando que, si bien el daño sufrido debe encontrarse vinculado con los delitos que formen parte del caso de que se trate, dicho daño no tiene porqué derivarse directamente de tales delitos, en cuanto que el requisito del daño directo sólo es aplicable para las personas jurídicas conforme al apartado (b) de la regla 85 de las RPP. Vide Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18.01.2008, dictada por la SA el 11.07.2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, párrs. 29-39. Posteriormente, en su decisión de 08.04.2009, la SPI I ha realizado una interpretación restrictiva de la decisión de la Sala de Apelaciones de

8.5 Si bien la jurisprudencia de la CIDH ha jugado un papel importante en la adopción de un concepto amplio de daño en la definición de víctima, no se puede decir que, por el momento, su impacto haya sido el mismo en la resolución de estas otras cuestiones. En este sentido es particularmente relevante el hecho de que la decisión de la SA de 11.07.2009 en la que se abordan las mismas no contenga referencia alguna ni a la jurisprudencia de la CIDH, ni a las resoluciones de la CIDDHH.[181] Si bien, en lo relativo al daño indirecto, se observa que la decisión sobre principios y procedimientos de reparación dictada el 07.08.2012 por la SPI I en el caso Lubanga[182] se apoya expresamente en los casos Aloeboetoe et al *vs.* Suriname[183] y Velasquez Rodriguez *vs.* Honduras.[184]

9. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN RELACIÓN CON EL ACCESO Y PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LAS ACTUACIONES ANTE LA CPI

9.1 La jurisprudencia de la CIDH ha jugado un papel particularmente relevante en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo que se refiere al análisis de fondo realizado por la SCP I sobre si ciertas fases procesales

---

11.07.2008, conforme a la cual en un caso como el seguido contra Thomas Lubanga Dyilo, la condición de víctima podría ser, en principio, reconocida: (i) aquellos niños menores de quince años que fueron efectivamente alistados, reclutados y/o utilizados para participar activamente en las hostilidades; (ii) sus familiares más cercanos; y (iii) dependiendo de las circunstancias, quienes fueron heridos al intentar asistir a las víctimas directas de tales delitos o al intentar prevenir o poner fin a los mismos. Vide Redacted version of "Decision on 'indirect victims'", ICC-01/04-01/06-1813, dictada por la SPI I el 08.04.2009, párrs. 77 y 78; y OLÁSOLO, Héctor; KISS, Alejandro, El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Criminet)*, n. 12-13, pp. 13:1-13:37; Reimpreso en OLÁSOLO, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011, p. 267 y ss.

181. Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18.01.2008, dictada por la SA el 11.07.2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, párr. 53-65.

182. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 195, nota al pie 386.

183. Vide caso Aloeboetoe et al *vs.* Suriname, CIDH, "Sentencia/Reparaciones (art. 63(1))", de 10.09.1993, Serie C n. 15, párr. 62.

184. Vide caso Velásquez-Rodriguez *vs.* Honduras, sentencia de 29.07.1988, Series C, n. 7, párrs. 13.

constituyen, conforme al art. 68 (3) del ER, "fases convenientes" para que las víctimas puedan participar en las actuaciones.[185]

9.2 Merece, a este respecto, particular atención, la decisión dictada el 13.05.2008 por la SCP I en el caso Katanga y Ngudjolo,[186] en la que se examina la cuestión de si, tal y como requiere el art. 68 (3) del ER, los intereses de las víctimas se ven afectados por las actuaciones desarrolladas durante la fase preliminar preliminares del caso relativa a la audiencia de confirmación de los cargos.

9.3 En esta decisión, la SCP I se refiere reiteradamente a la jurisprudencia de la CIDH sobre los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia –tal y como ha sido desarrollada en particular en los casos Velásquez-Rodriguez *vs.* Honduras,[187] Bàmaca– Velasquez *vs.* Guatemala,[188] Barrios Altos *vs.* Perú,[189] Comunidad Moiwana *vs.* Suriname,[190] Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia,[191] Almohacid-Arellano et al *vs.* Chile,[192] Vargas-Areco *vs.* Paraguay,[193] y La Cantuta *vs.* Perú[194] –para rechazar las alegaciones de la Fiscalía de que las víctimas no tienen interés alguno en la determinación de la culpabilidad o inocencia de las personas imputadas ante la CPI.

9.4 Según la SCP I, dicha determinación afecta directamente a los intereses personales de las víctimas en cuanto que se encuentra íntimamente vinculada

185. Vide a este repecto FRONZA, Emanuela, Human Rights and Criminal Law: Reference to Case Law of Human Rights Bodies by International Criminal Tribunals, en KOLB, R. & Scalia D. (coord.), *Droit International Pénal*, Helbing Lichtenhan Verlag, Prècis, Munchen, 2012, p. 384-385.

186. Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, dictada por la SCP I el 13.05.2008, ICC-01/04-01/07-474.

187. Vide caso Velásquez-Rodriguez *vs.* Honduras, sentencia de 29.07.1988, Serie C, n. 7, párrs. 162-166 y 174.

188. Vide caso Bàmaca-Velasquez *vs.* Guatemala, sentencia de 25.11.2000, Serie C, n. 70, párr. 201.

189. Vide caso Barrios Altos *vs.* Peru, sentencia de 14.03.2001, Serie C, n. 75, párr. 48.

190. Vide caso Comunidad Moiwana *vs.* Suriname, sentencia de 15.06.2005, Serie C, n. 124, párr. 204.

191. Vide caso Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, sentencia de 15.09.2005, Serie C, n. 13, párr. 297.

192. Vide caso Almohacid-Arellano et al *vs.* Chile, sentencia de 26.09.2006, Serie C, n. 154, párrs. 148 y ss.

193. Vide caso Vargas-Areco *vs.* Paraguay, sentencia de 26.09.2006, Serie C, n. 155, párrs. 153 y ss.

194. Vide caso La Cantuta *vs.* Perú, sentencia de 29.11.2006, Serie C, n. 162, párr. 222.

con la satisfacción de sus derechos a la verdad[195] y a la justicia[196] –que, por otra parte, deben ser distinguidos del derecho a la reparación.[197] Para la SCP I, el interés central de la víctima en el esclaracimiento de la verdad sólo se satisface si: (i) quienes son responsables por los delitos sufridos son declarados culpables; y (ii) quienes no son responsables por los mismos son absueltos, de manera que la búsqueda de quienes son penalmente responsables pueda continuar.[198]

9.5 La SCP I señala también que, más allá de la determinación de lo que ocurrió, y de la identificación de los presuntos responsables, el derecho de las víctimas a la justicia se extiende a su vez a la persecución y castigo de los autores de los delitos, de manera que se evite su impunidad.[199]

9.6 En consecuencia, dejando a un lado la cuestión relativa a si los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y a la justicia podrían ser, en ocasiones, satisfechos a través de mecanismos alternativos al proceso penal, la SCP I señala que, cuando estos derechos se pretenden satisfacer a través del proceso penal, las víctimas tienen un interés central en que el mismo conduzca a la identificación, enjuiciamiento y castigo de los autores de los delitos.[200]

9.7 Finalmente, en esta misma decisión de 13.05.2008, la SCP I, refiriéndose de nuevo a la jurisprudencia arriba mencionada de la CIDH, así como a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos, reitera el deber de los Estados, previsto también en el Estatuto de Roma, de ejercitar su jurisdicción penal sobre los presuntos responsables de delitos internacionales.[201]

9.8 En cuanto al impacto de la jurisprudencia de la CIDH y de las resoluciones de la CIDDHH en la determinación del conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponden a la posición procesal de la víctima, esta ha sido mucho menor hasta el momento.

---

195. Decision on the Set of Procedural Rights Attached to the Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of a Case, dictada por la SCP I en el caso Katanga el 13.05.2008, ICC-01/04-01/07-474, párrs. 32-35.
196. Ídem, pàrrs. 37-42.
197. Ibid, párr. 40.
198. Ídem, párr. 36.
199. Ídem, párr. 39.
200. Ídem, párr. 42.
201. Ídem, párr. 40.

9.9 Esta situación se explica en gran medida por las particularidades del procedimiento en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Así, si bien el Sistema Interamericano ofrece un alto nivel de apertura en términos de acceso y participación de las víctimas en las actuaciones, el mismo se dirige a dirimir realmente a dirimir a determinar la presunta responsabilidad de un Estado por la violación de las obligaciones contraídas conforme a la CADH.[202] Asimismo, no debemos olvidar, que en la fase preliminar ante la CIDDHH, ésta, a diferencia de la CPI, cumple un importante papel de mediación entre las víctimas y el Estado afectado.

10. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA REPARACIÓN PREVISTO EN EL ART. 75 DEL ER

10.1 La amplia jurisprudencia de la CIDH en materia de reparaciones ha tenido un panel notablemente relevante en la decisión de la SPI I de 07.08.2012 en la que se determina por primera vez el contenido del derecho de las víctimas a la reparación recogido en el art. 75 del ER.[203]

10.2 La relevancia de la jurisprudencia de la CIDH se observa desde un primer momento en las alegaciones realizadas por el fondo fiduciario para las víctimas y la Oficina de Defensa Pública de las víctimas en las actuaciones ante la SPI I. Así, el Fondo ha subrayado que "la Sala tiene la facultad para aplicar el derecho internacional y los estándares que han sido establecidos en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, 'particularmente por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (...)'"[204]

---

202. Hasta la modificación del RCIDH del año 2000 la víctima sólo podía intervenir ante la CIDH por medio de sus abogados que actuaban como asesores ad hoc de la CIDDHH, con lo que la participación directa de la víctima se limitaba realmente a la etapa contenciosa de la reparación. Vide sobre esta cuestión MÉNDEZ, Juan, La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, NIETO NAVIA (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, 1994, p. 324. Esta situación era denunciada en el voto disidente de Piza Escalante en Caso Velázquez Rodrígues vs. Honduras, que lo interpretó como una situación violatoria del derecho de acceso a la Justicia. Vide *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 61.

203. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904 07-08-2012.

204. Observations on Reparations in Response to the Scheduling Order of 14.03.2012, presentadas por el Fondo Fiduciario para las víctimas el 25.04. 2012, ICC- 01/04-

10.3 Por su parte, la Oficina de Defensa Pública para las víctimas ha afirmado que "la indemnización individual para cada uno de los niños soldados debería estar basada en el concepto de "proyecto de vida" desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[205] Para esta Oficina, la jurisprudencia de la CIDH es también relevante con respecto a las siguientes cuestiones: (i) la necesidad de compensar a los familiares de las víctimas por los daños inmateriales sufridos, ya sea a título de sucesores de las víctimas o por derecho propio;[206] (ii) el establecimiento de un estándar de prueba "flexible" para la prueba del daño alegado, que permita el recurso a presunciones e inferencias derivadas de la prueba circunstancial;[207] y (iii) la definición de lasmedidas de satisfacción con carácter simbólico.[208]

10.4 Sin embargo, es en la propia decisión de la SPI I de 07.08.2012, donde mejor se aprecia el significativo impacto de la jurisprudencia de la CIDH en esta materia. La SPI I, se refiere en primer lugar a la jurisprudencia de la CIDH al afirmar que "a pesar de que los tribunales de derechos humanos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Europea de Derechos Humanos, tienen el poder de emitir órdenes de reparaciones contra Estados, y

---

01/06-2872, párrs. 10-11.Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 21.

205. Observaciones sobre temas relacionados con la reparación presentadas por la Oficina de Defensa Pùblica para las Víctimas el 18.04.2012, ICC-01/04-01/06-2863, párrs. 47-60. Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 86.

206. Observaciones sobre temas relacionados con la reparación presentadas por la Oficina de Defensa Pùblica para las Víctimas el 18.04.2012, ICC-01/04-01/06-2863, párrs. 47-60. Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 87.

207. Observaciones sobre temas relacionados con la reparación presentadas por la Oficina de Defensa Pùblica para las Víctimas el 18.04.2012, ICC-01/04-01/06-2863, párrs. 40-42. Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 98.

208. Observations on issues conceming reparations, presentadas por la Oficina de Defensa Pùblica para las Víctimas el 18.04.2012, ICC-01/04-01/06-2863, párrs. 108-110. Vide también a este respecto, Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 107.

no contra individuos, los conceptos generales sobre reparaciones establecidos en su jurisprudencia pueden ser una guía útil para la CPI".[209]

10.5 La SPI I recurre a continuación a los casos Aloeboetoe et al vs. Suriname[210] y Velasquez Rodriguez vs. Honduras[211] para analizar el concepto de familia a los efectos de determinar qué familiares deben ser considerados como víctimas indirectas y ser objeto de reparación. En particular la SPI I, utiliza la jurisprudencia de la CIDH para aceptar la presunción de que el esposo o la esposa, junto con los hijos, suceden a la víctima fallecida en el derecho a recibir reparaciones por el daño sufrido.[212]

10.6 La SPI I se refiere también a los arts. 44 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos para afirmar que, además de individuos concretos, grupos de personas y entidades no gubernamentales se encuentran también legitimados para presentar solicitudes de reparación.[213] Así mismo, cita el caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname para afirmar el principio de que las reparaciones individuales y colectivas no son mutuamente excluyentes,[214] y el caso Aloeboetoe et al vs. Suriname[215] a la hora de determinar tanto el contenido del vínculo de causalidad entre el delito objeto del a condena y el daño sufrido por la víctima, como el estándar de prueba del mismo.[216]

10.7 Pero sin duda, donde mayor impacto ha tenido la jurisprudencia de la CIDH ha sido en la determinación realizada por la SPI I del contenido de los distintos elementos incluidos en el concepto de reparación (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición).

---

209. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 186, nota al pie 377.
210. Vide caso Aloeboetoe et al vs. Suriname, sentencia de 10.09.1993, párr. 62.
211. Vide caso Velasquez Rodriguez vs. Honduras, sentencia de 21.07.1989, párr. 13.
212. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 195, nota al pie 386.
213. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 217, nota al pie 404.
214. Vide caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15.06.2005, parrs. 194 y 201. Vide también Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 220, nota al pie 406.
215. Vide Aloeboetoe et al vs. Suriname, sentencia de 10.09.1993, párr. 49.
216. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párrs 447 y 448, notas al pie 433 y 434.

Así, la SPI I utiliza los siguientes precedentes de la CIDH para definir dichos elementos:

(i) Caso Gonzalez et al *vs.* Mexico,[217] en lo relativo a la definición del concepto de *restitutio in integrum*;[218]

(ii) Caso de la Masacre de "Las Dos Erres" *vs.* Guatemala,[219] para afirmar que el concepto de indemnización debe incluir todas las formas de daño y pérdida posibles, incluyendo los daños materiales, físicos y psicológicos;[220]

(iii) Caso Velasquez Rodriguez *vs.* Honduras,[221] con respecto a la definición del daño físico a los efectos de cuantificar la indemnización;[222]

(iv) Casos Garrido y Baigorria *vs.* Argentina,[223] Masacre del Plan de Sanchez Massacre *vs.* Guatemala,[224] e Institución de Re-educación Juvenil *vs.* Paraguay,[225] para afirmar la inclusión dentro del concepto de indemnización de los daños inmateriales que resulten en un sufrimiento físico, mental y emocional;[226]

(v) Caso del Amparo *vs.* Venezuela,[227] con respecto a los daños materiales (incluyendo la pérdida de ingresos y oportunidades de trabajar, los salarios no percibidos, y otras formas de injerencia en la capacidad individual para trabajar y la pérdida de ahorros;[228]

---

217. Vide caso Gonzalez et al *vs.* Mexico, sentencia de 16.11.2009, párr. 450.
218. Vide Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 223, nota al pie 407.
219. Vide caso de la Masacre de "Las Dos Erres" *vs.* Guatemala, sentencia de 24.11.2009, párr. 226.
220. Vide Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 229, nota al pie 412.
221. Vide caso Velasquez Rodriguez *vs.* Honduras, sentencia de 29.07.1988, párrs. 156, 175, 187.
222. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (a), nota al pie 414.
223. Vide caso Garrido y Baigorria *vs.* Argentina, sentencia de 27.08.1998, párr. 49.
224. Vide caso de la Masacre del Plan Plan de Sanchez *vs.* Guatemala, sentencia de 19.11.2004, párrs. 80-89 y 117.
225. Vide caso de la "Institución de Reeducación Juvenil" *vs.* Paraguay, sentencia de 02.09.2004, párr. 295.
226. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (b), nota al pie 415.
227. Vide caso El Amparo *vs.* Venezuela, sentencia de 14.09.1996, párrs. 28-30.
228. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (c), nota al pie 416.

(vi) Casos Loayza Tamayo[229] y Cantoral Benavides[230] vs. Perú, en relación con la pérdida de oportunidades, incluyendo aquellas relativas al empleo, a la educación y a los beneficios sociales, así como la pérdida de posición social y la injerencia con derechos individuales (sin que ello haya de redundar en el mantenimiento de prácticas tradicionales discriminatorias);[231]

(vii) Casos Loayza Tamayo[232] y Barrios Altos[233] vs. Perú, con respecto con a las costas legales y otros gastos periciales, así como los relativos a servicios médicos, psicológicos y asistencia social (incluyendo cuando sea relevante la ayuda para jóvenes con respecto al virus HIV y el sida);[234]

(viii) Casos de la Masacres de Mapiripan[235] y La Rochela[236] vs. Colombia, y la Masacre del Plan de Sanchez vs. Guatemala,[237] para afirmar que el concepto de rehabilitación debe incluir la prestación de servicios y tratamientos médicos (sobre todo para tratar el virus VIH y el sida);[238]

(ix) Caso Barrios Altos vs. Perú,[239] para subrayar la necesidad de que las medidas para la rehabilitación y reintegración en la sociedad de antiguos niños soldados tienen que incluir a las comunidades a las que pertenecen en la medida en que los programas de reparación se desarrollen en dichas comunidades;[240]

---

229. Vide caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 27.11.1998, párrs. 147-148.
230. Vide caso Cantoral Benavides vs. Peru, sentencia de 03.12.2001, párr. 80.
231. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (d), nota al pie 418.
232. Vide caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 27.11.1998, párr. 129(d).
233. Vide caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 30.11.2001, párr. 42.
234. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 230 (e), nota al pie 419.
235. Vide caso de la Masacre de Mapiripan vs. Colombia, sentencia de 15.09.2005, párr. 312.
236. Vide caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia de 11.05.2007, párr. 302.
237. Vide caso de la Masacre del Plan Plan de Sanchez vs. Guatemala, sentencia de 19.11.2004, párr. 110.
238. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 233, nota al pie 422.
239. Vide caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 30.11.2001, párr. 42.
240. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 236, nota al pie 424.

(x) Casos Velasquez Rodriguez[241] y Juan Humberto Sánchez[242] vs. Honduras, Tibi vs. Ecuador,[243] y Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala,[244] para afirmar que la condena y la pena (particularmente de un tribunal internacional) constituyen ejemplos de reparación debido al significado que tienen para las víctimas, las familias y las comunidades.[245]

(xi) Caso Radilla-Pacheco vs. México,[246] para subrayar que la amplia publicación de la sentencia de condena puede servir también a llamar la atención de la opinión pública sobre el fenómeno delictivo de que se trate, y con ello constituir un paso importante para su prevención.[247]

10.8 En consecuencia, se puede concluir que la jurisprudencia de la CIDH ha tenido un impacto muy significativo en la manera en la que la CPI ha configurado por primera vez el contenido del derecho de las víctimas a la reparación previsto en el art. 75 del ER. Esto es particularmente relevante si se tiene en cuenta que la jurisprudencia de la CIDH ha atribuido al derecho de las víctimas a la reparación un contenido significativamente más amplio que la jurisprudencia de la CEDH.[248]

11. CONCLUSIÓN

11.1 Como hemos visto en las secciones anteriores, el art. 21 (3) del ER impone la obligación de interpretar el ER, las RPP y los EC de manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esto se ha traducido, hasta el momento, en un impacto notable de las decisiones de CIDH en ciertos ámbitos de la jurisprudencia de la CPI, tales como la adopción de un concepto amplio de daño (que además del daño material, incluye también el daño moral), a los efectos de la interpretación de la definición de victima prevista en la regla 85 RPP, o la inclusión dentro de la misma de las llamadas "víctimas indirectas".

---

241. Vide caso Velasquez Rodriguez vs. Honduras, sentencia de 29.07.1988, párr. 36.
242. Vide caso Juan Humberto Sanchez vs. Honduras, sentencia de 07.06.2003, párr. 172.
243. Vide caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 07.09.2004, párr. 243.
244. Vide caso de la Masacre del Plan Plan de Sanchez vs. Guatemala, sentencia de 19.11.2004, párr. 81.
245. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 237, nota al pie 426.
246. Vide caso Radilla-Pacheco vs. Mexico, sentencia de 23.11.2009, párrs. 345-347.
247. Decision establishing the principles and procedures to be applied in reparations, dictada por la SPI I el 07.08.2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 238, nota al pie 427.
248. Vide notas de pie de p. 118 y ss.

11.2 Así mismo, la jurisprudencia de la CIDH relativa a los derechos de la víctimas a la verdad y a la justicia ha tenido un papel muy notable en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo que se refiere al análisis de fondo realizado por la SCP I sobre si, tal y como requiere el art. 68 (3) del ER, ciertas fases procesales constituyen "fases convenientes" para la participación de las víctimas.

11.3 Pero, sin duda, donde más se ha dejado notar la influencia de las decisiones de la CIDH ha sido en la forma en la que la CPI ha configurado por primera vez el contenido del derecho de las víctimas a la reparación previsto en el art. 75 del ER.

11.4 En consecuencia, si bien existen ámbitos donde el impacto de las decisiones de la CIDH ha sido menor (como por ejemplo el relativo a la determinación del conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponden a la posición procesal de la víctima), no cabe sino afirmar que la jurisprudencia de la CPI se ha alineado hasta el momento con aquel sector de la doctrina que favorece una mayor impacto de las decisiones de la CIDH.

11.5 Entre estos autores, algunos ven en el impacto de la jurisprudencia de la CIDH y de la CEDH un vehículo de legitimidad para la aplicación de un derecho penal internacional que busca la protección de derechos fundamentales,[249] mientras que otros afirman que la jurisprudencia en materia de reparación de las víctimas por las violaciones a los derechos humanos (por ejemplo, cometidas por el "terrorismo de Estado" o por otros actores con la aquiescencia del Estado, como los grupos paramilitares) se ha convertido incluso en una nueva vía para el logro de los procesos de reconciliación.[250]

11.6 Por su parte, la opción acogida por la jurisprudencia de la CPI en aplicación del art. 21 (3) del ER, se ha desligado hasta el momento de aquel otro sector de la doctrina que propugna la limitación de la influencia de las decisiones de la CIDH en esta materia, porque a su entender constituye una amenaza para el debilitamiento de los principios orientadores del Estado de Derecho, especialmente, cuando se está inmerso en un proceso de transición.[251]

---

249. Vide FRONZA, Emanuela, Human Rights and Criminal Law: Reference to Case Law of Human Rights Bodies by International Criminal Tribunals, en KOLB, Robert; SCALIA DAMIEN (coord.), Droit International Pénal, Helbing Lichtenhan Verlag, Prècis, Munchen, 2012, p. 396.

250. Vide LEAN, Sharon, Is Truth Enough? Reparations and Reconciliation in Latin America, en John TORPEY (ed.), *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*, Rowman & Littlefield Publishers, UK-USA, 2003, p. 171.

251. Vide MALARINO, Ezequiel, Breves Reflexiones sobre la justicia de transición a partir de la experiencia latinoamericana, en AMBOS; MALARINO; ELSNER (eds.), *Justicia de transición*, cit., pp. 415 y ss., 422.

12. TABLA DE ABREVIATURAS

CADH – Convención Americana de Derechos Humanos

CDH – Comité de Derechos Humanos

CEDDHH – Comisión Europea de Derechos Humanos

CEDH – Corte Europea de Derechos Humanos

CEPDHLF – Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

CELS – Centro de Estudios Legales y Sociales

CIDDHH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDFP – Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

CIPSEVM – Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

CIPST – Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

CPI – Corte Penal Internacional

DADDH – Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre

EC – Elementos de los Crímenes

ECIDDHH – Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

ER – Estatuto de Roma

HRLR – Human Rights Law Review

OEA – Organización de Estados Americanos

ONU – Organización de Naciones Unidas

PACADHDESC – Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Cultural

PAR. – Parágrafo

PCADHAPM – Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativos a la Abolición de la Pena de Muerte

PIDCP – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

RCA – República Centro-Africana

RCIDDHH – Reglamento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos

RCIDH – Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

RDC – República Democrática del Congo
RegC – Regulations of the Court
RPP – Reglas de Procedimiento y Prueba
SA – Sala de Apelaciones
SCP – Sala de Cuestiones Preliminares
SPI – Sala de Primera Instancia

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também dos mesmos Autores

- Los primeros casos a nivel internacional de aplicación autónoma del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder los casos contra Omar Al Bashir, Muammar Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, de Héctor Olásolo Alonso – *RBCCrim* 92/369; e
- ¿La reparación del daño como "tercera vía" punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin, de Pablo Galain Palermo – *RBCCrim* 55/162.

63369

1 LAVAGEM DE DINHEIRO SEGUNDO A LEGISLAÇÃO ATUAL

Money laundry according to current legislation

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal. Advogado Criminalista.

LUCIANA DE OLIVEIRA MONTEIRO

Doutora em Direito Penal. Professora de Direito Penal. Advogada Criminalista.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este artigo apresenta-se como um estudo analítico e crítico da reforma sofrida pela Lei 9.613/1998, a Lei de Lavagem de Dinheiro, com a entrada em vigor da Lei 12.683/2012, no que tange aos seus aspectos penais. O estudo abrange a análise dos fatores que influenciaram na criminalização da lavagem de capitais, e nortearam a atual política criminal de combate a essa forma de criminalidade econômica. Além disso, examina as principais questões jurídico-dogmáticas relativas à técnica de tipificação, interpretação e aplicação prática das figuras delitivas constitutivas do crime de lavagem de dinheiro, com o propósito último de aportar argumentos à atual discussão na doutrina especializada acerca dos limites da intervenção do direito penal na tutela da ordem econômica e financeira.

ABSTRACT: This article presents itself as a critical and analytical study of the reform Law 9.613/1998 suffered by, the money laundering Law, with the entry into force of Law 12.683/2012, with regard to its criminal aspects. The study covers the analysis of the factors that influenced the criminalization of money laundering, and guided the current criminal policy to combat this form of economic crime. In addition, examines the main issues relating to legal-dogmatic type technique, interpretation and practical application of the money laundering crimes, in order to provide arguments to the current discussion in specialized doctrine about the limits of intervention of the criminal law in the protection of economic and financial order.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de lavagem de dinheiro - Interpretação - Limites da criminalização.

KEYWORDS: Money laundering crimes - Interpretation - Limitations of criminalization.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares - 2. Origem da criminalização e das políticas de combate à lavagem de dinheiro - 3. As fases da lavagem de dinheiro - 4. Bem jurídico tutelado - 5. Técnica legislativa na tipificação do crime de lavagem de dinheiro: 5.1 Pressuposto da criminalização da lavagem: a precedente prática de infração penal - 6. Ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (art. 1.º, *caput*, da Lei 9.613/1998, com redação dada pela Lei 12.683/2012): 6.1 Sujeitos do crime; 6.2 Tipo objetivo: adequação típica; 6.3 Tipo subjetivo: adequação típica; 6.4 Consumação e tentativa - 7. Formas equiparadas de lavagem de dinheiro: 7.1 Das condutas incriminadas no § 1.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998 (com redação dada pela Lei 12.683/2012): 7.1.1 Conversão de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal em ativos lícitos (§ 1.º, inc. I); 7.1.2 Receptação do produto das infrações penais antecedentes (§ 1.º, inc. II); 7.1.3 Importação ou exportação de bens com falsos valores (§ 1.º, inc. III); 7.2 Das condutas incriminadas no § 2.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998 (com redação dada pela Lei 12.683/2012): 7.2.1 Utilização do produto ilícito de infração penal em atividade econômico-financeira (§ 2.º, inc. I); 7.2.2 Participação em grupo, associação ou escritório que pratique lavagem de dinheiro (§ 2.º, inc. II) - 8. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A ampla reforma sofrida pela Lei 9.613/1998, com a entrada em vigor da Lei 12.683/2012, tem um objetivo claro e específico, qual seja, "tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro", segundo afirma textualmente o legislador nacional. Mas a simplicidade dessa mensagem, clara e direta, transmitida aos cidadãos brasileiros atende a uma conjuntura nacional e internacional complexa, intrinsecamente vinculada ao fenômeno da globalização da economia e da criminalidade que a ela está associada. Como veremos, neste trabalho, a legislação nacional pode ser vista como a aplicação, no âmbito do direito interno, das diretrizes básicas do direito penal econômico internacional na luta contra o fenômeno da lavagem de capitais.

Blanco Cordero,[1] a política criminal de combate à lavagem de dinheiro, traçada a partir de finais dos anos 80 do século passado, estava tradicionalmente caracterizada por uma insipiente regulação do sistema financeiro nacional dos Estados e dos mercados financeiros internacionais, como consequência do discurso hegemônico então vigente, em prol do ideal de máxima liberalização

1. Isidoro Blanco Cordero, Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica. *EGUZKILORE*, vol. 23, p. 117.

da economia de mercado. Os reflexos negativos dessa excessiva liberalização na persecução dos crimes praticados por meio do sistema financeiro, e o atual contexto de crise econômica mundial, vêm modificando essa tendência; na verdade, as maiores potências econômicas são levadas a repensar, já nos primeiros anos do século XXI, essa orientação, a ponto de reconduzir as políticas públicas no sentido diametralmente oposto, isto é, rumo a uma intensa e exaustiva regulação do sistema financeiro nacional e internacional, bem como das atividades dos agentes que nele participam.

Passou-se, por isso, da mera tipificação do crime de lavagem de dinheiro nos diversos países que participam na economia de mercado, à adoção de um conjunto complexo de normas administrativas destinadas à prevenção da prática do referido crime, para impedir que o dinheiro de origem ilícita finalmente ingresse no sistema financeiro. Um claro exemplo disso é a criação, em escala mundial, nos ordenamentos jurídicos dos países, de sistemas ou agências de inteligência financeira, as chamadas *Unidades de Inteligência Financeira* (UIF).[2] Na exposição dos motivos que justificam a criação das UIFs, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial defendem a importância de preservar a integralidade dos sistemas financeiros através do combate aos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Para tanto, sustentam a necessidade de que os próprios agentes do sistema financeiro respaldem as políticas públicas de combate à criminalidade, colaborando no cumprimento da lei e atendendo a uma série de princípios, especialmente o da *diligencia devida*, com a identificação de clientes, e o de notificação de transações suspeitas a uma UIF. E isso porque as instituições financeiras *manejam*, como reconhece o próprio FMI e o Banco Mundial, informação crítica sobre transações que podem ser utilizadas para ocultar ações criminosas. O que se pretende, na visão do FMI e do Banco Mundial, é que aquele tipo de informação, ainda quando se trate de informação sujeita a *regime de confidencialidade*, esteja à disposição das "forças da ordem" para o devido rastreamento dos canais de transporte de fundos vinculados ao crime.

No Brasil, a função da UIF é exercida pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), criado pela Lei 9.613/1998. Nos termos do art. 14

2. Na definição do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial, "uma UIF é una entidade nacional centralizada que se encarrega de receber, analisar e transmitir às autoridades competentes informação sobre operações suspeitas" (UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA, *Panorama general*. Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros, Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004. p. 9).

desse diploma legal "é criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades". Segundo o § 2.º do art. 14, "o Coaf deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores". Nos termos do § 3.º, "o Coaf poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas". E, como determina o art. 15, ao Coaf competirá, também, comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes ou de fundados indícios de sua prática.

As UIFs multiplicaram-se e hoje, mais de 100, inclusive o Coaf, encontram-se associadas no Grupo Egmont de UIF, associação internacional que congrega informalmente UIFs em reuniões periódicas em prol da cooperação em matéria de inteligência financeira, especialmente para a troca de informações, treinamento e compartilhamento de tecnologia e conhecimentos específicos.[3]

Além disso, a preocupação pela estabilidade do sistema financeiro deu lugar à criação do *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF), grupo de ação financeira contra a lavagem de dinheiro, também conhecido pelo seu nome em francês, *Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (Gafi). Trata-se de uma instituição intergovernamental criada no ano 1989 pelo então G7. O propósito da FATF-Gafi é precisamente o de *desenvolver políticas internacionais que ajudem a combater, em colaboração com seus atuais 36 membros, entre eles o Brasil, a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.*[4] O trabalho desenvolvido pela FATF-Gafi resultou, em 2003, na elaboração de um conjunto revisado de recomendações contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, que incluem pautas explícitas sobre o âmbito de incidência do crime de lavagem de dinheiro, a necessidade de sua tipificação no direito interno dos países, além da criação e o funcionamento das UIFs.[5]

---

3. THE EGMONT GROUP OF FINANCIAL INTELLIGENCE UNITS, About the Egmont Group. Disponível em: [www.egmontgroup.org]. Acesso em: 27.08.2012.

4. FATF-GAFI, About us. Disponível em: [www.fatf-gafi.org]. Acesso em: 27.08.2012.

5. FATF-GAFI, Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo. *As Quarenta Recomendações*. 20.06.2003. Disponível em: [www.unodc.org/pdf/brazil/Quarenta_Recomendacoes_sobre_Lavagem_de_Dinheiro.pdf]. Acesso em: 27.08.2012.

Esse conjunto de recomendações foi atualizado em um novo documento aprovado em Paris no ano de 2012.[6]

As alterações sofridas pela Lei 9.613/1998, com a entrada em vigor da Lei 12.683/2012, devem ser analisadas, portanto, levando em consideração o complexo contexto da política internacional de combate à lavagem de dinheiro que acabamos de resenhar. Esse estudo não deve, contudo, perder a perspectiva dos irrenunciáveis limites impostos ao poder punitivo estatal ao longo dos últimos 200 anos de desenvolvimento da Ciência do Direito Penal, que hoje se encontra vinculada aos valores e princípios característicos do Estado Democrático de Direito. Isso significa que as alterações introduzidas pela Lei 12.683/2012, para "tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro", devem passar pelo crivo dos princípios e critérios construídos pela dogmática jurídico-penal. Evidencia-se o ponto de partida metodológico na análise desses princípios, de modo a deixar claro até que ponto nosso ordenamento jurídico suporta o incremento da perseguição ao crime de lavagem de dinheiro, sem conflitar com os direitos e garantias individuais, nem com a concepção de Direito Penal, enquanto *ultima ratio* do sistema, cuja missão reside na proteção subsidiária de bens jurídicos.

2. ORIGEM DA CRIMINALIZAÇÃO E DAS POLÍTICAS DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

O legislador brasileiro adotou a terminologia *lavagem de dinheiro* para definir o crime tipificado no art. 1.º da Lei 9.613/1998, agora com redação dada pela Lei 12.683/2012, utilizando-a como sinônimo de *ocultação de bens, direitos e valores*.

A expressão *lavagem de dinheiro* tornou-se conhecida e popularizou-se a partir da expressão *Money laundering*, amplamente utilizada pela imprensa norte-americana quando se noticiavam as práticas de grupos mafiosos para o ocultamento de dinheiro obtido através da prática de crimes. Em Portugal utiliza-se a terminologia *branqueamento de capitais*; na Itália, *riciclaggio del denaro*; na Espanha, *blanqueo de dinero*; na França, *blanchiment d'argent*. O termo

6. FATF-GAFI, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations. Paris, 16.02.2012. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/documents/internationalstandardsoncombatingmoneylaunderingandthefinancingofterrorismproliferation-thefatfrecommendations.html]. Acesso em: 27.08.2012.

expressa, portanto, nos diferentes idiomas, o uso de práticas econômico-financeiras dirigidas a dissimular ou esconder a fonte criminosa de determinados ativos financeiros ou bens patrimoniais, de forma a que tais ativos entrem em circulação aparentando ser de procedência lícita. No início do século XXI, o tráfico ilegal de drogas, a criminalidade econômica relacionada com operações financeiras ilícitas, evasão fiscal e de divisas, e o contrabando constituem as principais fontes de dinheiro ilegal em escala mundial.[7] E, particularmente no Brasil, a corrupção também é indicada como uma das principais práticas criminosas associadas à lavagem de dinheiro.[8]

Segundo Blanco Cordero,[9] no seu estudo criminológico sobre a lavagem de dinheiro, a filosofia que se vem adoptando na luta contra esta forma de criminalidade está baseada na ideia expressa no idioma inglês, "follow the Money", e consiste em seguir o dinheiro de origem ilícita e promover o seu sequestro, "catch the Money", evitando assim que o crime de onde ele procede se torne uma atividade lucrativa. Pretende-se, assim, dissuadir os delinquentes de cometer crimes que geram grandes benefícios econômicos.

Posto isso, entende-se porque as normas internacionais estão dirigidas à imposição de obrigações às entidades do setor privado, especialmente bancos e instituições financeiras, que passam a assumir a importante função de "informantes internos" no sistema de prevenção da lavagem de dinheiro. Com efeito, sua tarefa consiste em detectar e informar a ocorrência de qualquer operação que possa estar vinculada à lavagem de dinheiro ou ao financiamento do terrorismo, sob a ameaça de sofrer a imposição de duras sanções.

O primeiro instrumento internacional de luta contra a lavagem de dinheiro é a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988, promulgada no Brasil pelo Dec. 154/1991. Outro importante instrumento internacional de luta contra o terrorismo é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000, promulgada no Brasil pelo Dec. 5.015/2004.

---

7. Isidoro Blanco Cordero, La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. *EGUZKILORE*, vol. 15, p. 9.
8. FATF-GAFI, Mutual Evaluation Report: Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. Federative Republic of Brazil. 2010. p. 11. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mutualevaluationreportofbrazil.html]. Acesso em: 02.10.2012.
9. Isidoro Blanco Cordero, Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales... cit., p. 118.

Além disso, contamos com as 40 Recomendações do FATF-Gafi, onde se encontram pautas específicas sobre o âmbito de incidência do crime de lavagem de dinheiro e a necessidade de sua tipificação no direito interno dos países.[10] O vasto espectro de recomendações acerca da necessidade de criminalização das diversas formas de lavagem de dinheiro e a ampliação da fiscalização e controle das operações financeiras representam hoje a essência da política criminal de combate às práticas de reciclagem de capitais. O impacto dessa ofensiva do Estado, para a diminuição dos índices desta específica forma de criminalidade econômica, ainda é desconhecido. Os dados que temos ao nosso alcance são as comunicações de operações suspeitas feitas pelas UIFs, sendo através destes que se vem analisando, de forma indireta e precária, a eficácia das medidas persecutórias adotadas.

3. AS FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A lavagem de dinheiro é um processo complexo, integrado por uma série de condutas dirigidas à conversão de bens e valores de origem criminosa, em ativos aparentemente lícitos, para possibilitar sua ampla disponibilidade e integração no circuito econômico.[11] Essa prática envolve múltiplas transações, usadas, como esclarece o Coaf,[12] "para ocultar a origem dos ativos financeiros e permitir que eles sejam utilizados sem comprometer os criminosos". A *dissimulação* é, nesse sentido, o fio condutor de toda operação de lavagem que envolva bens ou valores provenientes de uma infração penal. A finalidade, em suma, de todo o processo da lavagem de dinheiro consiste na *ocultação* da fonte dos benefícios de natureza econômica, obtidos através de atividades criminosas.

Diante dessa realidade, torna-se necessário identificar as diferentes fases ou etapas que compõem o referido processo de lavagem de dinheiro, sob pena de tornar ineficaz a luta contra essa perniciosa forma de criminalidade. Há um

10. FATF-GAFI, As Quarenta Recomendações cit., p. 2: "1. Os países deveriam tipificar a lavagem de dinheiro de acordo com o disposto na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988, e na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000".

11. Confira a respeito William Terra de Oliveira, A criminalização da lavagem de dinheiro (aspectos penais da Lei 9.613 de 1.º de março de 1998). *RBCCrim* 23/116; Isaac Martín Barbero, Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera. *Boletín Económico ICE*, n. 2.808, p. 26-27.

12. COAF, Lavagem de dinheiro. Um problema mundial. Cartilha. 1999, p. 1. Disponível em: [www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/cartilha-lavagem-de-dinheiro--um-problema-mundial/]. Acesso em: 27.08.2012.

amplo consenso acerca da existência de, pelo menos, três etapas fundamentais na lavagem de dinheiro:[13]

(a) A primeira fase é a da *colocação*, também referida como fase da *ocultação* ou *conversão*, que consiste na introdução no sistema econômico dos valores obtidos ilegalmente. Nessa etapa, o criminoso necessita transformar o dinheiro proveniente do crime ou contravenção penal em valores manejáveis, de menor visibilidade, de modo a evitar suspeitas. Para tanto, normalmente se realiza o ingresso do dinheiro de origem ilegal em contas bancárias, ou a troca por outra divisa, ou por notas de maior valor, ou a aquisição de objetos de grande valor, passíveis de serem comercializados facilmente (ouro, joias, pedras preciosas etc.).

(b) A segunda fase é a da *dissimulação*, *estratificação* ou *transformação*, que tem como finalidade desvincular o máximo possível o dinheiro de sua origem ilícita, dificultando seu rastreamento. Essa etapa é desenvolvida através de uma complexa sucessão de operações econômicas e financeiras, para dissimular a relação existente entre o dinheiro e sua procedência criminosa; dificulta-se a identificação do autor das infrações penais precedentes, com o fim de garantir o anonimato de quem as realizou, sua impunidade e, consequentemente, a lucratividade dos crimes e/ou contravenções penais praticadas. Nessa fase normalmente se realizam negócios envolvendo diversas pessoas e empresas, assim como investimentos no mercado de valores, transferências bancarias entre instituições financeiras, inclusive de países diferentes, remessas a paraísos fiscais, mobilizando paralelamente grandes quantidades de ativos, de forma rápida e segura, tornando quase impossível a identificação da origem ou o destino final de tais transações.

(c) A terceira fase é conhecida como a etapa da *integração*. Ela se desenvolve uma vez que os bens e valores de origem ilícita adquirem a aparência de capital lícito, e consiste na introdução deste no circuito econômico e financeiro legal através de negócios e investimentos. Essa fase é a de mais difícil investigação e comprovação, uma vez que o procedimento de lavagem está praticamente concluído e, em muitas ocasiões, o dinheiro lavado é utilizado juntamente com capitais lícitos para a realização de transações legais, como o investimento em empresas e negócios.

---

13. William Terra de Oliveira, op. cit., p. 116; COAF, op. cit., p. 4; Isaac Martín Barbero, op. cit., p. 28; INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN SOBRE SEGURIDAD INTERIOR, *El delito de blanqueo de capitales. Responsabilidad y comiso*, 2005, p. 2; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 23-25; entre outros.

4. Bem jurídico tutelado

A complexidade e diversidade das condutas que constituem o crime de lavagem de dinheiro conduzem à discussão acerca de qual seria o bem juridicamente ofendido. O debate não é isento de polêmica, especialmente porque se trata de identificar os motivos que justificam a perseguição penal dessa prática. Com efeito, como destaca Berdugo Gómez de la Torre,[14] devem existir motivos materiais que legitimem a intervenção do Direito Penal nesse âmbito, pois "se a lavagem de dinheiro não produzisse uma lesividade específica, não estaria justificada sua expressa criminalização".

Pode-se afirmar, desde logo, que o combate à prática de lavagem de dinheiro justifica-se para a prevenção dos potenciais efeitos nocivos que essa atividade criminosa produz sobre a credibilidade e estabilidade do sistema financeiro.[15] Essa proposição é, certamente, coerente, na medida em que os criminosos se valem de instituições financeiras nas diferentes fases do processo de lavagem de dinheiro. Entretanto, a afirmação é de difícil comprovação empírica, na medida em que ainda não foi demonstrado se as operações ilegais associadas à lavagem de dinheiro têm, ou não, relação direta com as recentes crises financeiras nacionais e internacionais.

As práticas especulativas que afetam perniciosamente a estabilidade do sistema financeiro, forçando a subida e caída artificial de preços e cotações nas bolsas de valores, com graves consequências para a economia interna dos países – como aconteceu na recente crise financeira internacional, precipitada pela falência do tradicional banco de investimento estadunidense Lehman Brothers –, não estão necessariamente vinculadas à negociação de ativos de origem ilícita.

Sustenta-se, ademais, que a prática de lavagem de dinheiro, especialmente quando se alcança a *etapa da integração*, pode produzir significativos impactos na livre concorrência. A esse respeito manifesta-se Blanco Cordero:[16] "O impac-

14. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, La "emancipación" del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español. *RBCCrim* 87/62, a tradução para o português é nossa.

15. William Terra de Oliveira, op. cit., p. 117; Isidoro Blanco Cordero, La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea cit., p. 15-18; Luiz Regis Prado, *Direito penal econômico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 360.

16. Isidoro Blanco Cordero, La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea cit., p. 18, a tradução para o português é nossa.

to do branqueamento de capitais incide, não tanto sobre o sistema financeiro, mas sobretudo sobre a liberdade de concorrência. Sob o ponto de vista microeconômico, numerosos estudos realizados na Itália analisaram a influência da atividade mafiosa na economia local. A conclusão mais importante é que o branqueamento de capitais coloca em risco a livre concorrência, que é a base do sistema de economia de mercado, e, com isso, a ordem econômica" (trad. livre).

O autor sustenta seu ponto de vista levando em consideração o fato de que a criminalidade organizada objetiva infiltrar-se na economia legal quando dispõe de grandes somas de capital, e que normalmente utiliza empresas para ocultar a procedência ilícita do dinheiro. Essa injeção de capitais colocaria as empresas utilizadas para a lavagem de dinheiro numa situação privilegiada em relação às demais, pois os custos dos recursos obtidos de forma criminosa são inferiores em relação aos recursos obtidos de fundos lícitos. A competitividade entre as empresas ver-se-ia, assim, afetada, pois aquela que conta com lastro do capital ilegal passa a situar-se numa posição muito mais vantajosa em comparação com a empresa que necessite buscar no mercado seus próprios meios de financiamento. As empresas legais careceriam, nesse panorama, da possibilidade de recorrer a um financiamento competitivo, frente à outra que se prevaleça de recursos ilegais, repercutindo diretamente no preço final dos produtos ou serviços ofertados. As empresas legais perderiam progressivamente seus clientes, sendo expulsas do mercado, que tenderia a ser abarcado pela empresa que é financiada com recursos ilícitos. A concorrência que se realiza nesse contexto é, sem sombra de dúvidas, uma concorrência desleal, na medida em que o agente da lavagem de dinheiro alcança, por meio de suas empresas, uma posição de privilégio em relação aos demais competidores no mercado. Tudo isso, segundo Blanco Cordero, repercute em todo o sistema financeiro, retirando a racionalidade econômica que deve existir nas relações comerciais e financeiras.[17] Entretanto, como o próprio autor reconhece, nem mesmo a afetação da livre concorrência pode em todos os casos ser demonstrada, pois nem sempre a etapa da integração do dinheiro lavado se dá por meio de empresas,[18] permanecendo a dúvida acerca do bem jurídico tutelado frente ao crime de lavagem de dinheiro.

Por outro lado, o combate à lavagem de dinheiro justifica-se porque dessa forma se dificulta que os crimes e contravenções penais que o antecedem se transformem em uma atividade atrativa em razão de sua lucratividade. Se a prática criminosa produz grandes quantidades de dinheiro e se esse dinheiro

17. Idem, p. 18-19.

18. Idem, p. 19.

circula livremente sem nenhuma dificuldade, torna-se uma atividade interessante e atrativa. Sob essa perspectiva, o rastreamento do dinheiro de origem criminosa, e a determinação de seu sequestro e perda em favor do Estado, têm como objetivo evitar que a prática de crimes e contravenções penais seja um negócio lucrativo.[19] Nesses termos, o combate à lavagem de dinheiro poderia ser visto, não como uma forma de tutela exclusiva da ordem econômica ou do sistema financeiro, mas como uma forma de tutela dos bens jurídicos lesados pelas condutas criminosas antecedentes. Assim, o branqueamento das ganâncias obtidas, por exemplo, com a prática da corrupção, lesaria a Administração Pública; a lavagem do dinheiro oriundo do tráfico ilícito de drogas ofenderia a saúde pública etc., justificando-se a previsão legal de um rol taxativo de crimes antecedentes. Como destacam Badaró e Bottini a esse respeito, "se o bem jurídico protegido é aquele lesionado pelo crime anterior, deverá o legislador se esforçar por indicar com precisão a lista de infrações passíveis de gerar produtos *laváveis*".[20] As críticas a esse posicionamento são, contudo, muitas, destacando-se o contra-argumento de que a criminalização do branqueamento de capitais, sob a justificativa de que dessa forma se protegem os bens jurídicos atingidos pela infração penal antecedente, representaria a cumulação de punições, pois estaríamos punindo duas vezes a lesão do mesmo bem jurídico, ferindo a proibição princípio do *bis in idem*.[21]

Levando ainda em consideração a preocupação de evitar que os crimes e contravenções penais antecedentes se transformem em uma atividade atrativa e lucrativa, seria possível deduzir que a criminalização da lavagem de capitais apresenta-se como uma forma de tutela da administração da justiça e da paz pública. A administração da justiça ver-se-ia protegida, de maneira similar ao que acontece através da criminalização das espécies de favorecimento (arts. 348 e 349 CP), na medida em que a lavagem de dinheiro dificulta a persecução das infrações penais antecedentes, e o seu efetivo combate promoveria a aplicação da justiça.[22] Sob essa perspectiva, os atos de lavagem não seriam penalmente significativos, se considerados isoladamente, exceto quando existisse, como observa

19. Isidoro Blanco Cordero, Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales... cit., p. 119.

20. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 50.

21. Confira a respeito a análise crítica de Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 50-52.

22. Nesse sentido também se manifestam Luiz Regis Prado, op. cit., p. 360; Marco Antonio de Barros, *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 43.

Pérez Manzano,[23] uma relação instrumental entre o comportamento do agente do branqueamento e a infração penal precedente. Nesses termos, somente haveria ação típica de lavagem na medida em que os atos de aquisição, transformação ou transmissão tivessem o sentido objetivo de ocultação ou encobrimento da origem criminosa de capitais. A persecução penal desta espécie delitiva serviria, portanto, à proteção da administração da justiça, como reforço da função preventiva da pena aplicável à infração penal antecedente.[24]

Esse entendimento sobre o bem jurídico protegido conduz a uma positiva interpretação restritiva do tipo penal, pois vincula a relevância dos comportamentos descritos no tipo à necessidade de demonstrar, no caso concreto, que sua prática está dirigida à finalidade da ocultação ou mascaramento de bens de origem ilícita.[25] Sem embargo, se realmente, esse fosse o objetivo da criminalização, não seria necessária a tipificação autônoma da lavagem de capitais, bastando a previsão legal de formas qualificadas de favorecimento, no bojo dos arts. 348 e 349 CP. Ademais, como veremos, é possível sustentar a interpretação restritiva do tipo penal que criminaliza a lavagem de capitais com outros fundamentos.

Por outro lado, a paz pública ver-se-ia protegida sempre e quando a luta contra a lavagem de dinheiro repercutisse na diminuição dos índices de criminalidade, em face da diminuição da lucratividade das infrações penais antecedentes. Contudo, essa alegação não seria, por si só, suficiente para justificar a gravidade das penas cominadas ao crime de lavagem de dinheiro.

Além dessas considerações, cabe reconhecer que a lavagem de dinheiro guarda grande semelhança com o crime de receptação, na medida em que neste tipo penal também se desenvolvem comportamentos que têm como precedente a prática de crime. Nesses termos, poder-se-ia afirmar que a criminalização da lavagem de dinheiro também oferece tutela ao patrimônio. Contudo, analisando as especificidades de cada um dos delitos, podem-se observar diferenças indicativas da autonomia de cada um deles, notadamente no que diz respeito aos motivos de sua previsão legal. Como esclarece Berdugo Gómez de la Torre,[26]

23. Mercedes Pérez Manzano. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. *La Ley Penal*, vol. 53, p. 9.

24. Idem, p. 8-10.

25. Confira a respeito Mercedes Pérez Manzano, op. cit., p. 8-10; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 55-57.

26. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, op. cit., p. 69, a tradução para o português é nossa.

o crime de lavagem de dinheiro "caracteriza-se por ser um processo longo, através do qual se distanciam progressivamente os ativos obtidos ilicitamente, de sua origem criminosa, com o objetivo de dotá-los da aparência de lícitos, *iter* por meio do qual esses ativos podem experimentar mudanças sucessivas. Consequentemente, para a lavagem não importa tanto a captação desses bens – o poder real sobre as coisas que caracteriza a receptação; a posse, o gozo ou o aproveitamento – como a intervenção que se pratica sobre o valor dos mesmos mediante uma sucessão de transformações – a realização de uma cadeia de atos dotados de relevância jurídico-econômica com a intervenção de uma série de sujeitos. (...) Enquanto a essência da receptação está na constituição ilícita da posse ou de um direito real sobre o produto do delito prévio, as condutas de lavagem pertencem ao âmbito da dinâmica patrimonial e do direito de crédito" (trad. livre). Acertadamente, referido autor ainda destaca que é justamente a influência desses fluxos de dinheiro sobre a economia que dota o processo de lavagem de capitais de específica lesividade.

Após a exposição dos diversos pontos de vista, entendemos que *a criminalização da lavagem de dinheiro de forma autônoma, e sua progressiva desvinculação das infrações penais antecedentes, deve ser interpretada sob a perspectiva de que essa forma de criminalidade apresenta substancialidade e lesividade próprias.* Os estudos realizados em escala mundial vêm indicando que o fenômeno da lavagem de capitais repercute negativamente na ordem econômica e financeira, pois implica na perturbação artificial do funcionamento da economia de mercado, vulnerando as regras da livre concorrência, provocando desequilíbrios e distorções que afetam as relações comerciais globalizadas. Com efeito, a desconfiança e as incertezas geradas pela participação de capitais de origem ilícita em operações financeiras e comerciais afastam a captação e permanência de investidores, fato que pode gerar a médio ou longo prazo a redução das atividades de um determinado setor da economia. Esse panorama reflete negativamente na estabilidade financeira, incrementando os índices de medição de riscos para investimentos estrangeiros, que, finalmente, se retraem ante o diagnóstico de baixa credibilidade financeira das instituições de um determinado país.[27] O *reconhecimento da ordem econômica e financeira como bem jurídico tutelado possibilita, nesses termos, uma interpretação restritiva do tipo penal*, pois se é assumido esse ponto de vista, torna-se necessário extremar as cautelas no momento de imputar o crime de lavagem de dinheiro, sob pena de errar

27. Confira a respeito, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, op. cit., p. 64; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 54-57.

na tipificação do crime. Quem não *transforma*, nem *dissimula* capitais ilegais, limitando-se a consumir e disfrutar diretamente do proveito de crime precedente, ou restringindo-se a ajudar outros a fazê-lo, não estaria propriamente *lavando capitais*, mas realizando um comportamento atípico, constitutivo de mero exaurimento da infração penal antecedente, ou, no máximo, praticando receptação ou favorecimento,[28] respectivamente. Ademais, somente um comportamento idôneo para afetar a ordem econômica e financeira, capaz de oferecer riscos à livre concorrência, à livre inciativa, aos direitos do consumidor, ou ao funcionamento racional das atividades econômicas e financeiras, pode ser relevante penalmente.

Por isso, ainda que a identificação de um único bem jurídico – a ordem econômica e financeira –, como objeto da tutela penal na perseguição do fenômeno criminoso que se categoriza como lavagem de dinheiro, não seja isento de polêmica, é necessário precisar os motivos que justificam sua incriminação de forma autônoma, para a correta subsunção dos fatos ao tipo legal. Estamos, nesse caso, diante de um *bem jurídico supraindividual, reconhecido no art. 170 da nossa CF/1988, e sobre o qual deve incidir a valoração sobre a ofensividade dos comportamentos incriminados pela Lei 9.613/1998*, como veremos no estudo dos tipos penais.

Não podemos, portanto, perder de vista a noção de *bem jurídico* e sua função crítica no exame da legitimidade do Direito Penal.[29] Como adverte Ana Elisa Bechara, "referido princípio da ofensividade obriga, assim, ao legislador a evitar a criminalização de injustos meramente formais e ao intérprete a construção teórica de cada tipo penal integrado à concreta afetação do bem jurídico".[30]

Os comportamentos que não tenham idoneidade para produzir danos reais ou potenciais à ordem econômica e financeira, nem mesmo a longo prazo, com a reiteração dos atos, não devem ser, por isso, considerados como típicos nos termos da Lei de Lavagem de Dinheiro, podendo ser punidos através de outros tipos de delito, que não possuam a referida significação econômico-financeira, como pode ser o caso da caracterização do crime de receptação ou do crime de favorecimento, pessoal ou real, desde que presentes os requisitos.

---

28. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, op. cit., p. 69.

29. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal. Parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1, p. 40-41.

30. Ana Elisa Liberatore S. Bechara. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: Alberto Silva Franco e Rafael Lira (coords.). *Direito penal econômico, questões atuais*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 57.

5. TÉCNICA LEGISLATIVA NA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O legislador penal descreve no art. 1.º da Lei 9.613/1998, com redação dada pela Lei 12.683/2012, os comportamentos constitutivos de lavagem de dinheiro. O faz através da descrição de uma figura principal, prevista no *caput* do art. 1.º, e de figuras equiparadas nos §§ 1.º e 2.º, situando todas elas no mesmo marco penal, isto é, submetendo-as à mesma cominação abstrata de pena, que é de 3 a 10 anos de reclusão e multa. Por meio dessa previsão legal pretendeu-se abarcar todas as etapas do processo de lavagem de dinheiro, atendendo, assim, às recomendações internacionais para o efetivo combate a esse fenômeno criminoso.

O legislador penal também se referiu expressamente à tipicidade e à punibilidade da tentativa no § 3.º, e a causas de aumento de pena no § 4.º. Além disso, estabeleceu requisitos para a diminuição da pena, sua substituição e, inclusive, o perdão judicial, no § 5.º.

Apesar da criminalização autônoma da lavagem de capitais, por esse diploma legal, ela se encontra vinculada à prática de uma infração penal antecedente para que as práticas de ocultação e dissimulação adquiram relevância penal. A doutrina refere-se, por isso, à existência de uma relação de *acessoriedade limitada* entre a infração penal antecedente e o crime de lavagem de dinheiro.[31] Essa relação de acessoriedade não implica na mesma relação de dependência existente entre os atos de autoria e os atos de participação no âmbito do concurso de pessoas no crime. Pois não estamos tratando da análise do comportamento de agentes no mesmo crime, mas do pressuposto da criminalização da lavagem de dinheiro. Pode parecer, inclusive, inapropriado o uso da mesma terminologia para tratar de questões diferentes, entretanto, o termo *acessoriedade limitada* vem sendo utilizado amplamente, de modo que cabe especificar aqui o sentido preciso que se lhe outorga no âmbito da lavagem de dinheiro.

Quando a doutrina se refere à relação de *acessoriedade limitada* existente entre a infração penal antecedente e os comportamentos posteriores de lavagem de dinheiro, pretende-se esclarecer quais são os atributos ou características necessários na infração penal antecedente para que o crime de lavagem seja punível. De maneira similar ao sentido do princípio da acessoriedade limitada da participação, *é necessário que a infração penal antecedente seja típica e antijurídica*. Esse entendimento é correto, pois, como o próprio legislador

31. Carlos Martínez Buján-Pérez, *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 326-327. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 80, preferem o uso da expressão "relação de acessoriedade material".

penal esclarece, a culpabilidade e a punibilidade do agente da infração penal antecedente não são requisitos para a caracterização e persecução dos atos de lavagem. Com efeito, de acordo com o art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/1998, a punibilidade do crime de lavagem de dinheiro independe da punibilidade do crime antecedente. A nova redação introduzida pela Lei 12.683/2012 determina que: "A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente". Por último, cabe destacar que a infração penal antecedente, que serve de pressuposto para o crime de lavagem, pode ser tanto consumada quanto tentada, na medida em que de ambos os casos pode advir algum tipo de proveito econômico "lavável".

5.1 Pressuposto da criminalização da lavagem: a precedente prática de infração penal

A Lei 9.613/1998 sofreu profundas alterações com a entrada em vigor da Lei 12.683/2012. As mais significativas, na seara penal, dizem respeito à eliminação do rol taxativo dos crimes que podem servir de pressuposto para a criminalização da lavagem de dinheiro e à possibilidade de que inclusive as contravenções penais possam ser consideradas para esse efeito.

Antes da reforma, somente o produto ilícito proveniente da prática de crimes graves, elencados nos incs. I a VIII (revogados) do art. 1.º, poderiam ser "laváveis". Dessa forma, era preciso constatar a prática precedente de algum dos seguintes crimes: I – tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II – terrorismo e seu financiamento; III – contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV – extorsão mediante sequestro; V – crime contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI – crime contra o sistema financeiro nacional; VII – crime praticado por organização criminosa; e VIII – crime praticado por particular contra a Administração Pública estrangeira.

Contávamos, portanto, com um rol taxativo de crimes antecedentes, combinado com a cláusula de abertura do inc. VII, que permitia a caracterização da lavagem quando se tratasse da ocultação ou dissimilação dos ganhos provenientes de crime, qualquer um, praticado por *organização criminosa*. Esse modelo, digamos, restritivo foi substituído por um modelo incriminador mais amplo, onde se prevê que *todas as infrações penais*, tanto os crimes quanto as contravenções penais, podem servir de antecedente do crime de lavagem de dinheiro.

Essa maximização do âmbito de punibilidade provocado pela entrada em vigor da Lei 12.683/2012 deve ser, contudo, contrastada com os limites interpretativos impostos pela concepção de Direito Penal mínimo e garantista, pautado na noção de bem jurídico e sua função dogmática na delimitação do âmbito de alcance de cada figura típica. Como acertadamente defende Ana Elisa Bechara "num contexto democrático não caberia mesmo ao Direito Penal Econômico buscar a máxima eficácia possível, mas, tão somente, a mínima prevenção imprescindível, deixando aos outros instrumentos de controle social a disciplina da ordem econômica".[32]

6. OCULTAÇÃO OU DISSIMULAÇÃO DE BENS, DIREITOS OU VALORES PROVENIENTES DE INFRAÇÃO PENAL (ART. 1.º, CAPUT, DA LEI 9.613/1998, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.683/2012)

"Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa."

6.1 Sujeitos do crime

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de lavagem de capitais, tratando-se, por tanto, de crime comum, que não exige qualidade ou condição especial do agente. Contudo, o estudo sobre o comportamento do sujeito ativo e sua conexão com a infração penal antecedente é de grande interesse para a caracterização do tipo penal em questão. Referimo-nos à relevância penal da autolavagem (*selflaudering*).

A Lei 9.613/1998, mesmo após a ampla reforma introduzida pela Lei 12.683/2012, não tipificou expressamente a *autolavagem*. A redação do tipo não impede, contudo, que a norma incriminadora seja interpretada no sentido de sua admissibilidade, de modo que caberia, em tese, a imputação do crime de lavagem de dinheiro à mesma pessoa que praticou a infração penal antecedente. Esse entendimento vem sendo esposado em alguns julgados do STF, como foi o caso da decisão proferida no HC 92.279/RN, publicado no *DJe* no dia 19.09.2008, onde se afirmou que "a lavagem de dinheiro é crime autônomo, não se constituindo em mero exaurimento do crime anteceden-

32. Ana Elisa Liberatore S. Bechara, op. cit., p. 66.

te". No episódio, considerou-se que as condutas praticadas para o branqueamento do dinheiro não constituíam mero exaurimento do crime contra o sistema financeiro praticado pelo mesmo agente. No mesmo sentido, vem se posicionando o STJ, como ocorreu na decisão proferida no REsp 1.234.097/PR, publicado no *DJe* no dia 17.11.2011: "Não há que falar em consunção entre o crime de evasão de divisas e do de lavagem de capitais, mas em condutas autônomas, caracterizadoras de lavagem de dinheiro. A lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de delito anterior, sendo próprio do delito que esteja consubstanciado em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma. Conforme a opção do legislador brasileiro, pode o autor do crime antecedente responder por lavagem de dinheiro, dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos e à autonomia deste delito".

Na doutrina brasileira também existe um claro posicionamento a favor da tipicidade da autolavagem sob o argumento de que a autonomia material do crime de lavagem de capitais, em relação à infração penal que o antecede, possibilita o concurso material de crimes, quando praticados pelo mesmo agente, sem que configure *bis in idem*.[33] A questão, contudo, não está isenta de divergências, tendo sido alvo de grandes discussões a razoabilidade desse entendimento, especialmente porque em tipos penais assemelhados, como é o caso da receptação e do favorecimento real, está expressamente indicado que o sujeito ativo desses crimes não poderá coincidir com o sujeito ativo do crime antecedente, nem mesmo a título de participação.[34]

Argumenta-se que a desvinculação necessária existente entre o sujeito ativo do crime precedente, e a prática da receptação, decorre da identidade do bem jurídico afetado em ambos os crimes, o patrimônio. Constituiria uma violação ao princípio do *ne bis in idem* punir o autor do crime original também como receptador do produto do crime. De outra parte, apesar de o favorecimento real possuir autonomia material em relação ao crime precedente (o bem jurídico protegido é distinto), justifica-se a decisão legislativa de desvincular o sujeito ativo do favorecimento do crime precedente, não sendo, portanto, típicos, os comportamentos de *autofavorecimento*, sob o argumento de que seria inexigível ao agente do delito prévio o dever de abster-se de tomar medidas destinadas ao proveito do próprio crime.[35]

---

33. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 68.

34. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, op. cit., p. 75-76.

35. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 68.

Por que esse último raciocínio não pode ser também utilizado para a solução dos casos de autolavagem?

Observe que a existência, ou não, de autonomia material entre os crimes não constitui argumento suficiente para explicar a desvinculação dos mesmos relativamente ao sujeito ativo. Caso fosse esse o critério, levaria a soluções legislativas distintas no que diz respeito à receptação e ao favorecimento real. Entretanto, para ambos os crimes entende-se que o sujeito ativo do crime antecedente não pode ser também sujeito ativo da receptação e do favorecimento real. De acordo com o nosso entendimento, somente as peculiaridades e lesividade específicas da lavagem de dinheiro podem explicar a caracterização típica da autolavagem, isto é, a possibilidade de punição autônoma de crime precedente e da lavagem de dinheiro subsequente, praticadas pelo mesmo agente.

Sujeito passivo é a coletividade que tem interesse na regularidade econômico-financeira. A identificação do sistema econômico-financeiro, como bem jurídico protegido, permite-nos identificar a coletividade de cidadãos como sujeito passivo do crime de lavagem de dinheiro.[36]

6.2 *Tipo objetivo: adequação típica*

No *caput* do art. 1.º o legislador penal utiliza os verbos *ocultar* e *dissimular* como descritivos do núcleo essencial do comportamento criminoso. *Ocultar* significa, numa primeira acepção, não deixar ver, esconder, subtrair às vistas, mas, também pode significar *sonegar*, calar, não revelar e até mesmo *dissimular*. Este último significa, em suas diversas acepções, *disfarçar*, suprimir a aparência, não dar a perceber, não deixar aparecer, encobrir, e, também, esconder ou ocultar.

As condutas incriminadas vêm sendo analisadas pela doutrina como distintas e, por isso, constitutivas de um tipo penal de ação múltipla ou de conteúdo variado.[37] Embora não se questione essa classificação, na medida em que o legislador utiliza-se de dois verbos na descrição típica, não consideramos, no entanto, adequado o entendimento de que *ocultar* e *dissimular* expressem, necessariamente, sentidos distintos para a caracterização do crime de lavagem. A questão é pertinente porque precisamos: (a) diferenciar claramente o âmbito de aplicação dos crimes de receptação e favorecimento real, em relação ao *caput* do art. 1.º da Lei 9.613/1998, com redação dada pela Lei 12.683/2012; (b)

36. Carlos Martínez Buján-Pérez, op. cit., p. 324.

37. Marco Antonio de Barros, op. cit., p. 64-65; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 63.

delimitar os casos em que o crime de reciclagem pode ser considerado consumado, em relação às hipóteses de mera tentativa.

No nosso entendimento ambos os verbos, a rigor, são empregados com um significado análogo, para descrever o comportamento criminoso de quem mascara a realidade para dar uma aparência distinta ao produto de uma infração penal. Nesses termos, o verbo *ocultar* utilizado no *caput* do art. 1.º não deve ser interpretado simplesmente como esconder, pois esse comportamento seria, isoladamente, insuficiente para caracterizar a lavagem com as especificidades que justificam a sua criminalização autônoma.[38] Ademais, quando o objeto "escondido" é produto direto de crime antecedente, coincidiria com o significado do verbo *ocultar* no crime de *receptação*, dificultando a diferenciação objetiva dos tipos penais, havendo ainda a possibilidade de caracterizar *favorecimento real* quando o proveito do crime antecedente não provém de crime contra o patrimônio. E mesmo quando a *ocultação* tenha por objeto "esconder" bens, direitos ou valores diretamente provenientes de infração penal com a finalidade de mascará-los, não é suficiente a demonstração desta finalidade para punir o crime de lavagem como consumado, pois a *ocultação* que se dá na lavagem de capitais, inclusive para efeito de diferenciação do crime de *favorecimento real*, vai além do mero ato de subtrair às vistas o produto de infração penal antecedente.

É necessário, com efeito, que a ocultação ao menos caracterize a primeira etapa do processo de lavagem, isto é, que se realizem práticas de efetivo distanciamento dos bens, direitos ou valores de sua origem criminosa. A *ocultação* constitutiva de lavagem consumada dar-se-ia, por exemplo, mediante a efetiva utilização do sistema bancário e financeiro, de serviços de câmbio, de investimentos em bolsas, transações imobiliárias, aquisições de objetos valiosos, como joias, obras de arte. Essas práticas, como evidencia Barros,[39] têm "o objetivo de encobrir a natureza, localização, fonte, propriedade e o controle dos recursos obtidos ilicitamente". Sendo assim, a *ocultação* no crime de lavagem realiza-se por meio das práticas de *dissimulação* descritas, tendo estas por finalidade encobrir a origem ilícita do capital.

Com isso pretendemos desde já demonstrar que *o simples ato de esconder* fisicamente o *produto ou proveito direto* de uma infração penal é, em si mesmo, um comportamento atípico, quando praticado pelo próprio agente da infração penal antecedente, pois nesse caso não passa de mero exaurimento. Quando a

38. Discordamos, nesse aspecto, da postura de Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 65, quando sustentam que o simples ato de esconder pode ser considerado lavagem de dinheiro do ponto de vista objetivo.

39. Marco Antonio de Barros, op. cit., p. 49.

ocultação física do produto direto é praticada por um terceiro, estaremos diante da possibilidade de configurar o *crime de receptação*, tipificado no art. 180 do CP (ou mesmo de *favorecimento material*, dependendo do caso). Somente quando a ocultação física do produto direto da infração penal antecedente é praticada com a finalidade de reciclagem, para futura colocação daquele no sistema econômico, é que estaremos diante da possibilidade de caracterizar, propriamente, o *crime de lavagem*. Entretanto, para que esse crime seja punível na sua forma consumada, é preciso que se consubstancie alguma das práticas de dissimulação descritas, como veremos mais adiante.

No que diz respeito à *dissimulação*, a interpretação que vem se consolidando na doutrina[40] é no sentido de que ela corresponde à segunda etapa do processo de lavagem. Nesse sentido, manifestam-se, por exemplo, Badaró e Bottini,[41] para os quais "*dissimulação* é o ato – ou conjunto de atos – posterior à *ocultação*". Sob essa perspectiva os atos de *dissimulação* consubstanciam-se no "movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada" ou na "operação efetuada para aprofundar o escamoteamento, e dificultar ainda mais o rastreamento dos valores". No nosso entendimento, porém, a *dissimulação* pode operar-se já na primeira etapa do processo de reciclagem, quando o comportamento caracteriza-se pela prática dos primeiros atos tendentes a disfarçar a procedência ilícita do capital. Sem embargo, compreendemos o sentido específico que se busca atribuir ao verbo *dissimular*, qual seja, esclarecer que o *caput* do art. 1.º alcança, inclusive, as sucessivas operações financeiras e comerciais orquestradas para distanciar progressivamente o capital de sua origem ilícita. Também aqui é necessário constatar que as práticas de dissimulação foram efetivamente concretizadas, pois a mera intenção de realizá-las não é suficiente para a caracterização do crime de lavagem consumado.[42]

Não é demais destacar, reiterando, que o uso do produto do crime não caracteriza lavagem, ao contrário de equivocada interpretação dada em determinados momentos no julgamento da APn 470/MG, mas, pelo contrário, representa somente simples exaurimento da infração penal antecedente.

Quanto ao *objeto material* sobre o qual recai o comportamento criminoso, os atos de *ocultação* ou *dissimulação* incidem sobre a *natureza, origem, localização, disposição, movimentação* ou *propriedade* de bens, direitos ou valores pro-

40. Idem, p. 75.

41. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 64.

42. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, op. cit., p. 69-70; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., 65.

venientes de infração penal. Tratam-se de coisas que possuam alguma espécie de valor passíveis de ser expressadas em termos monetários.

De acordo com Barros,[43] a *natureza* representa a própria especificidade ou as características estruturais ou intrínsecas dos bens, direitos ou valores; enquanto a *origem* liga-se à procedência ou à forma de sua obtenção. Por *localização*, entende-se onde possa o objeto da lavagem ser encontrado; e, *disposição*, o local em que os bens, direitos ou valores estariam acomodados ou organizados, ou, ainda, a forma como seriam utilizados. A *movimentação* abrange os atos de deslocamento, circulação, investimento e aplicação do objeto da lavagem. E, por fim, a *propriedade* diz respeito ao título que confere o exercício das faculdades do uso, gozo, fruição e disposição de bens móveis ou imóveis que integrem o patrimônio proveniente da infração penal antecedente.

Além disso, o legislador penal especifica a necessidade de que ditos bens sejam provenientes, *direta* ou *indiretamente*, de *infração penal*; logo, somente o produto ou o proveito decorrente ou derivado de crime ou contravenção penal pode ser objeto material de lavagem de dinheiro. *Bens diretamente provenientes de infração penal* são aqueles que decorrem imediatamente da infração praticada, como, por exemplo, o dinheiro auferido na corrupção, no tráfico de drogas, no estelionato, no jogo do bicho, ou as joias furtadas. Enquanto que *bens indiretamente provenientes da infração penal* são aqueles derivados da transformação ou substituição dos originais, como, v.g., os imóveis, ações, ou títulos adquiridos com os proventos da infração penal antecedente. Com essa previsão, o texto legal pretende que todos os envolvidos no processo de lavagem de capitais sejam alcançados e punidos.

A importância da verificação das práticas dirigidas ao distanciamento dos bens, direitos ou valores de sua origem criminosa conduz à discussão acerca dos elementos que integram o tipo penal, especificamente, ao questionamento de se o resultado é elemento do crime de lavagem tipificado no *caput* do art. 1.º. Em outras palavras, estamos, afinal, diante de um crime de resultado ou de mera conduta?

A ocultação e a dissimulação, quando praticadas, produzem uma alteração no estado do objeto do delito. Como o próprio legislador refere, a ocultação ou dissimulação incidirá na "*natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade* de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal". Se, na análise de um caso concreto, não houver prova da transformação da natureza, origem, localização, disposição,

43. Marco Antonio de Barros, op. cit., p. 75.

movimentação ou propriedade do produto de infração penal antecedente, não será possível afirmar que houve ocultação ou dissimulação. Em consequência, não se poderá atribuir a prática do crime de lavagem na sua forma consumada. Nesses termos, da análise da estrutura do tipo penal cabe deduzir que o texto legal descreve, como elemento do tipo penal, a ocorrência de um resultado material, devendo, por isso o tipo penal descrito no *caput* do art. 1.º ser classificado como crime de resultado.[44]

A afirmação precedente produz como efeito dogmático a necessidade de demonstrar o *nexo de causalidade* entre a alteração do estado do objeto da lavagem (o produto da infração penal antecedente), e as práticas de ocultação e de dissimilação perpetradas pelo agente. Esse será o primeiro aspecto a levar em consideração para a imputação objetiva do resultado ao agente, cabendo ainda demonstrar que o objeto da ocultação ou dissimulação é, realmente, produto de infração penal antecedente, ainda que não seja esta punível, nos termos do § 1.º do art. 2.º da Lei 9.613/1998, com redação dada pela Lei 12.683/2012. A questão é relevante em muitos aspectos. Por exemplo: a transformação dos instrumentos utilizados para a lavagem de capitais não é, em si mesma, constitutiva de crime, pois sua existência, como destacam Badaró e Bottini,[45] não está necessariamente relacionada com a prática de infração penal antecedente.

De outra parte, a mescla de capital ilícito com capital lícito não afasta a caracterização do crime de branqueamento, mas é necessário determinar a quantidade e a origem do capital sujo, e em que consistiu a conduta de lavagem.[46] Ademais, é necessário que o dinheiro ou valores lavados tenham ingressado na esfera de disposição do agente como consequência da prática da infração penal antecedente. Se o agente procura, por exemplo, ocultar bens ou parte de seu patrimônio, obtido licitamente, para reduzir ou suprimir o pagamento de tributo, não estará praticando lavagem de dinheiro. Entretanto, o proveito decorrente da sonegação de tributos poderá ser objeto de lavagem, isto é, a parcela que corresponderia ao valor do tributo a ser pago e que foi economizada pelo agente em função da sonegação, assim como eventual devolução indevida de dinheiro pelo Fisco. Contudo, a relevância penal da lavagem de dinheiro dependerá da significância do crime contra a ordem tributária, que, como

44. Nesse sentido também se manifestam Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 66-67. De maneira similar o voto do Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, como relator no RHC 80.816-6/SP.

45. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 69.

46. Idem, p. 74.

já demonstramos em outra publicação,[47] deverá ser igual ou superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais). Além disso, é necessário que o crime contra a ordem tributária esteja claramente caracterizado, isto é, que exista um juízo mínimo de certeza, a ser considerado após o término do processo administrativo-fiscal.

Discutível seria a relevância da lavagem de dinheiro, quando o proveito obtido através da sonegação de tributos fosse objeto de regularização fiscal. A questão é relevante porque o fato de o pagamento do tributo extinguir a punibilidade do crime contra a ordem tributária não significa que a lavagem não tenha sido praticada, mas, somente, que o proveito inicialmente obtido foi transferido à Fazenda Pública, que ostenta a legítima pretensão de auferi-lo. As dúvidas porventura existentes foram dissipadas pelo próprio legislador penal ao estabelecer, no art. 2.°, § 1.°, da Lei 9.613/1998, que a punibilidade do crime de lavagem de dinheiro independe da punibilidade do crime antecedente. Com efeito, a nova redação introduzida pela Lei 12.683/2012 determina que: "A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente".[48]

Na verdade, para concluir, isenção de pena e extinção da punibilidade não se confundem com excludentes da tipicidade ou da própria ilicitude (ou antijuridicidade, como preferimos). Considerando que o texto legal limita-se a tornar irrelevante, para manutenção da punibilidade da lavagem, somente a *isenção de pena* ou a *extinção da punibilidade*, havendo fundamentos que afastem a ilicitude ou a própria tipicidade não se poderá falar em crime ou contravenção penal precedente; consequentemente, nesses casos, falta o pressuposto do crime de lavagem e, como tal, não poderá ser imputado ao agente. Com efeito, afastando-se a tipicidade, o comportamento não adquire relevância penal, e excluindo-se a antijuridicidade, a conduta não tem caráter de ilícita, inexistindo, consequentemente, crime ou contravenção penal. A relação de *acessoriedade limitada* entre a infração penal antecedente e o crime de lavagem de capitais inviabiliza a caracterização deste último, ante a ausência de seu pressuposto.

---

47. Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro, *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013 (no prelo).

48. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 72, manifestam entendimento diverso, sustentando, mesmo após a reforma introduzida pela Lei 12.683/2012, que a regularização fiscal retira o caráter ilícito dos bens, impedindo que estes possam vir a constituir objeto material da lavagem de dinheiro.

6.3 *Tipo subjetivo: adequação típica*

O crime de lavagem de capitais somente é punível em sua modalidade dolosa, o que requer por parte do agente, conhecimento e vontade de realizar o comportamento descrito na norma penal. *Dolo* é a *consciência* e a *vontade* de realização da conduta descrita em um tipo penal. O dolo, puramente natural, constitui o elemento central do *injusto pessoal* da ação, representado pela *vontade consciente* de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo, no caso, ocultar ou dissimular a ilicitude do objeto (bens, direitos ou valores) a ser reciclado.

A *consciência* elementar do dolo deve ser *atual*, efetiva, ao contrário da *consciência da ilicitude*, que pode ser *potencial*. Mas a *consciência do dolo* abrange somente a representação *dos elementos integradores do tipo penal*, ficando fora dela a *consciência da ilicitude*, que hoje, como elemento normativo, está deslocada para o interior da culpabilidade. É desnecessário o conhecimento da configuração típica, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica. Sintetizando, em termos bem esquemáticos, *dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto.*

A aferição do elemento subjetivo do tipo ajudará na caracterização do crime de lavagem, diferenciando-o de outras espécies delitivas, como o favorecimento real ou a receptação, pois naquele é necessário constatar que o comportamento do agente visa "conferir uma *aparência lícita* aos bens obtidos pelo crime",[49] enquanto nestes objetiva-se assegurar o proveito do crime, aguardando o melhor momento para usufruí-lo, ou transmitir de forma ilícita a posse ou direito real sobre o produto de crime antecedente, respectivamente.[50]

Para melhor compreendermos o que estamos sustentando, exemplifiquemos da seguinte forma: o agente que enterra dinheiro proveniente da prática de crime, ou o esconde em fundos falsos, realiza, do ponto de vista objetivo-formal, ocultação. Esse comportamento será em si mesmo atípico se o próprio agente do *crime antecedente* o faz, constituindo-se em mero exaurimento deste. Se a ocultação é perpetrada por terceiro, poderá, dependendo das circunstâncias, caracterizar receptação ou, subsidiariamente, favorecimento real. *Contudo*, como sustentam Badaró e Bottini,[51] se o agente enterra o dinheiro e envia uma missiva solicitando os serviços de um doleiro para realizar uma transação

49. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 65.

50. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, op. cit., p. 69; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 65.

51. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 65-66.

dólar cabo, com o objetivo de dispor de equivalente soma em moeda estrangeira, normalmente dólares ou euros, estará atuando com a finalidade de praticar o crime de lavagem de dinheiro. A manifestação dessa intenção, no exemplo dado, servirá de prova para demonstrar que houve início da execução do crime, entretanto, divergindo, *venia concessa*, da postura de Badaró e Bottini, não restará caracterizado o crime de lavagem de dinheiro na sua forma consumada, pois, além da ocultação, seria necessário comprovar que a transação realmente efetivou-se através da disponibilização dos valores em moeda estrangeira, em conta no exterior.

Não há previsão legal da punibilidade da modalidade culposa, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na Espanha, onde esta modalidade aparece expressamente tipificada no art. 301.3 do Código Penal espanhol.[52]

6.4 Consumação e tentativa

Para a determinação do momento da consumação do crime de lavagem de dinheiro e dos limites da tentativa punível é necessário esclarecer, como indicamos nas anteriores epígrafes, alguns aspectos de sua classificação doutrinária. Esse não é ainda um tema pacificado na doutrina,[53] nem na jurisprudência,[54] havendo significativas divergências e discussões acerca dos elementos que compõem a sua estrutura típica, gerando dúvidas acerca da necessidade, ou não, da produção de resultado material; bem como sobre o momento em que se pode considerá-lo consumado. Nesses termos, discute-se, por um lado, se estamos diante de um crime material ou de mera conduta; e, de outro, se estamos diante de um crime instantâneo, permanente, ou instantâneo de efeitos permanentes.

Já esclarecemos que o tipo penal requer a constatação da realização de resultado material para considerar-se consumado, de modo que, na nossa concepção, estamos diante de um crime de resultado. Nesses termos, não é, em princípio,

---

52. Para uma aproximação ao estudo da legislação penal espanhola e às formas de *blanqueo de capitales* puníveis, confira Carlos Martínez Buján-Pérez, op. cit., p. 318-360; Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*. 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 553-559.

53. Confira a respeito Marco Antonio de Barros, op. cit., p. 52-53 e 65-68; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 75-80.

54. O STF afirmou expressamente no Inq 2.471/SP, *DJe* 01.03.2011, não haver ainda fixado a natureza do crime de lavagem de dinheiro no que diz respeito ao momento de sua consumação.

suficiente a mera detenção de bens, direitos ou valores provenientes, diretamente, de infração penal antecedente para a consumação do crime de lavagem. Com efeito, *a mera detenção ou ocultação de produto diretamente proveniente de crime precedente pode, no máximo, caracterizar o crime de receptação ou de favorecimento real*, sendo necessário demonstrar, para tipificar o crime de lavagem consumado, que houve uma efetiva transformação de seu estado de ilícito para lícito. Basta, contudo, que essa alteração ocorra ao menos uma vez para que o crime se concretize. Imagine-se, por exemplo, que o proveito econômico do tráfico de drogas seja convertido em ações de uma determinada empresa. Comprovada a compra das ações, pode-se punir a lavagem de dinheiro como crime consumado.

Imagine-se, agora, que após a compra das ações, os títulos que a representam sejam armazenados no cofre de uma terceira pessoa com o objetivo de ocultá-las. Observe que aqui não se trata da mera detenção do produto da infração penal antecedente, mas do objeto da lavagem em si. Caberia a dúvida sobre a tipificação do comportamento do agente da ocultação, concretamente, se neste último exemplo não estaria caracterizado o crime de favorecimento real. Com efeito, nessa hipótese, a mera detenção do produto obtido com a lavagem (isto é, os títulos que representam as ações adquiridas com o proveito econômico proveniente do tráfico de drogas) seria constitutiva do crime tipificado no *caput* do art. 1.º, na sua forma consumada? Ou haveria a possibilidade de tipificar o favorecimento real quando se auxilia o agente que pratica lavagem de dinheiro?

O agente que oculta os títulos das ações em seu cofre, realiza objetivamente o comportamento de ocultar bens, direitos ou valores provenientes indiretamente da prática de um crime, entretanto, o injusto penal específico do crime de lavagem de capitais requer que o comportamento do agente esteja materialmente dirigido ao processo de reciclagem. Não havendo indícios suficientes que apontem para essa finalidade, o correto é tipificar o favorecimento real, pois a gravidade do injusto não pode ser presumida. A ofensividade específica ao bem jurídico tutelado, o sistema econômico-financeiro, precisa ser demonstrada sob pena de desvirtuar a aplicação da norma penal, transformado o Direito Penal num odioso instrumento repressivo aleatório. No nosso entendimento, cabe, portanto, em tese, a possibilidade de caracterização de *favorecimento real*, quando a infração penal antecedente é lavagem de dinheiro, pois somente quando estiver demonstrada a finalidade de integrar o processo característico da reciclagem de capitais poderá justificar-se a criminalização autônoma do crime de lavagem, em razão da maior gravidade do comportamento.

Questão também relevante em relação à consumação é o momento em que ela ocorre, pois, dependendo de estarmos diante de *um crime instantâneo* ou de *um crime permanente*, distinto será o início da contagem do prazo prescricional, nos

termos do art. 111 do CP, repercutindo, ainda, na solução dos casos de conflito da lei penal no tempo, em razão das alterações introduzidas pela Lei 12.683/2012.

Como já manifestamos no nosso *Tratado de Direito Penal*,[55] crime instantâneo é o que se esgota com a prática da conduta descrita no tipo (para os crimes de mera conduta) ou o que se concretiza com a ocorrência do resultado (para os crimes materiais). *Instantâneo* não significa praticado rapidamente, mas significa que uma vez realizados os seus elementos nada mais se poderá fazer para impedir sua ocorrência. Ademais, o fato de o agente continuar beneficiando-se com o resultado, como no furto, não altera a sua qualidade de instantâneo. *Permanente* é aquele crime cuja consumação alonga-se no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, seqüestro etc.). Nessa linha de raciocínio, *crime permanente* não pode ser confundido com *crime instantâneo de efeitos permanentes* (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente.

O verbo ocultar, em princípio, pode ser interpretado como constitutivo de um comportamento permanente, no sentido de que a conduta está sendo praticada enquanto o objeto oculto permanecer escondido ou camuflado. Mas também pode ser interpretado como caraterístico de um comportamento instantâneo, no sentido de que a conduta se aperfeiçoa no exato momento em que o objeto é subtraído das vistas de outras pessoas, e cujos efeitos se prolongam sem que a permanência dependa da ação do agente, quando, por exemplo, o objeto passa por sucessivas transações no processo de lavagem (instantâneo de efeitos permanentes). O mesmo raciocínio pode ser empregado em relação à dissimulação.

Em razão da especificidade do processo de lavagem de capitais, da possibilidade de que esse fenômeno delitivo se desenvolva em varias etapas, e pela forma como é incriminada cada uma destas, o mais adequado parece ser o entendimento de que estamos diante de um *crime instantâneo*. Essa interpretação, contudo, conduz a um incremento do âmbito da punibilidade, pois a cada prática de ocultação ou de dissimulação estaríamos diante de um novo crime, o que não ocorreria se o interpretássemos como crime permanente.

A interpretação mais razoável, no nosso entendimento, é a de que se trata de crime permanente enquanto o processo de lavagem estiver em andamento segundo o plano do agente, e não houver finalizado. Dessa forma, enquanto o produto da infração penal antecedente estiver sendo reciclado, estaremos diante do mesmo e único crime de lavagem de dinheiro, cuja execução se protrai no tempo enquanto não for finalizado ou interrompido. Consequentemente, os intervenientes na diferentes fases do processo de lavagem deverão ser trata-

55. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal. Parte geral* cit., p. 273.

dos de acordo com as normas que disciplinam o concurso de pessoas no crime. No entanto, somente quando *um novo processo de reciclagem* for iniciado, para a ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes de outra infração penal, é que será possível caracterizar um novo fato punível autônomo, constitutivo de outro crime de lavagem de dinheiro. Nessa última hipótese, estaremos diante uma autêntica reiteração criminosa à qual, dependendo das circunstâncias, será aplicável a causa de aumento de pena prevista no § 4.º do art. 1.º, cuja análise é feita mais adiante.

Cabe, por último, esclarecer, que a permanência se ajusta aos casos mais sofisticados de lavagem de dinheiro, sendo possível a caracterização instantânea dessa espécie criminosa quando realizada em modalidades mais elementares, sem requintes de engenharia financeira.

No que diz respeito à *tentativa*, não há maiores dificuldades para a sua caracterização. Ela se consubstancia quando o agente dá início à execução, realizando atos inequivocamente direcionados à prática da reciclagem, e é interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade, sem que haja conseguido alterar o estado dos bens, direitos ou valores provenientes de infração penal. O próprio legislador indicou expressamente esta possibilidade no § 3.º do art. 1.º: "A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal". Manifestação, em princípio, desnecessária, em razão da previsão do art. 12 do CP, cujo texto, não raro, é olvidado pelo legislador contemporâneo.

7. FORMAS EQUIPARADAS DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O texto legal incrimina, ainda, nos §§ 1.º e 2.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998, uma série de comportamentos que podem vir a integrar o processo delitivo de lavagem de capitais. No § 1.º estão previstas, como formas equiparadas de lavagem, as seguintes hipóteses: *conversão* de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal em ativos lícitos; *receptação* do produto das infrações penais antecedentes; e *importação ou exportação* de bens com falsos valores. Enquanto que no § 2.º do mesmo artigo são elencadas as seguintes hipóteses: *utilização do produto ilícito de infração penal* em atividade econômico-financeira; e *participação em grupo*, associação ou escritório que pratique lavagem de dinheiro. Vejamos as principais características de cada uma dessas espécies delitivas.

7.1 Das condutas incriminadas no § 1.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998 (com redação dada pela Lei 12.683/2012)

"§ 1.º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: [redação dada pela Lei 12.683/2012]

I – os converte em ativos lícitos;

II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros."

No § 1.º o legislador penal tipificou *formas de ocultação ou dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal*, indicando-as taxativamente. O objetivo desse dispositivo legal, nesse aspecto, pode ter sido ampliar, à falta de maiores explicações, o alcance dos verbos *ocultar* e *dissimular* utilizados no *caput* do art. 1.º, considerando os comportamentos descritos nos incs. I, II e III, como *fases do processo de lavagem de capitais* e, por isso, criminalizado-os. Nesses termos, optou-se pela utilização da expressão "incorre na mesma pena quem, *para ocultar ou dissimular*" (os destaques são nossos) e, dessa forma, destacou que a relevância das condutas elencadas neste § 1.º, para efeito de caracterização do crime de lavagem, está intrinsicamente vinculada à finalidade de progressivo distanciamento do produto de infração penal de sua origem ilícita.

São aqui aplicáveis as considerações feitas anteriormente acerca do sentido dos verbos *ocultar* e *dissimular*, com a especificidade de que somente será aplicável o § 1.º, para os casos em que restar demonstrada a realização de alguma das formas de ocultação ou de dissimulação indicadas nos respectivos incisos. Observe que o texto legal ressalva que os verbos *ocultar* e *dissimular* incidem sobre a *utilização* de bens, direitos ou valores "provenientes de infração penal". *Utilizar* é sinônimo de fazer uso, aplicar, empregar, podendo também ter o sentido de aproveitar, beneficiar, dispor, de modo que as condutas aqui incriminadas somente estão referidas àqueles que, no processo de lavagem, ocultam ou dissimulam o uso, emprego ou aproveitamento do *produto de infração penal*. Nesses termos, o § 1.º possui um âmbito de incidência mais restrito e específico em comparação com o *caput* do art. 1.º. Além disso, não é demais reiterar que a utilização do produto de crime ou de contravenção penal, por si só, não caracteriza lavagem, pelo contrário, representa somente simples exaurimento da infração penal antecedente. Para que a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal seja um comportamento típico de lavagem de capitais é necessário demonstrar que sua destinação é diferente da mera fruição, gozo ou consumo, passando a integrar um efetivo processo de reciclagem. Nesses termos, para que as condutas descritas nos incs. I, II e III do § 1.º sejam constitutivas de crime é necessário demonstrar sua inequívoca idoneidade para integrar o processo de reciclagem.

A diferença da técnica de redação deste § 1.º em relação ao *caput* do art. 1.º consiste em que não é necessário aqui comprovar a efetiva *ocultação ou dissimulação* para a consumação. Observe que o legislador utilizou a expressão "*para ocultar ou dissimular*". Estaríamos, então, diante de um crime de mera conduta? Vejamos. O que se pretende ocultar ou dissimular é a "*utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal*"; o termo *utilização* enquanto substantivo significa ato ou efeito de utilizar. Com essa redação, ainda que o texto legal não exija que a ocultação ou dissimilação estejam consumadas, é necessário constatar que a utilização seja efetiva, do contrário não há que se falar da ocorrência do efeito do uso. E não é só, pois na medida em que estamos tratando de comportamentos ofensivos ao sistema econômico-financeiro, é preciso que a utilização seja idônea para integrar o processo de lavagem. Dessa forma, os comportamentos descritos nos incs. I, II e III devem concluir-se para a consumação do crime, materializando-se os efeitos das ações típicas, e estar claramente dirigidos à reciclagem.

Aqui também são aplicáveis as considerações feitas relativamente ao objeto material da conduta: *bens, direitos e valores provenientes de infração penal*. Cabe, contudo, realçar que, na redação do § 1.º o legislador somente se referiu à ocultação ou dissimulação da utilização de *bens, direitos e valores provenientes de infração penal*, sem empregar os advérbios *direta e indiretamente* presentes no *caput* do art. 1.º. Levando em consideração que a interpretação da norma penal incriminadora deve ser sempre restritiva,[56] para assim limitar o alcance da punibilidade, entendemos que somente poderão ser considerados típicos, para efeito de aplicação do § 1.º, aqueles comportamentos que recaiam sobre a utilização de bens, direitos ou valores *diretamente* provenientes de infração penal. Isso porque, à falta de expressa menção ao advérbio *indiretamente*, não se pode presumir que bens, direitos ou valores substituídos ou transformados possam vir a ser objeto material dos comportamentos descritos nos incs. I, II e III, caso contrário, estaríamos admitindo a aplicação extensiva da norma incriminadora para casos não contemplados no texto legal. Nesse sentido, é possível afirmar que o § 1.º possui um objeto material mais limitado em relação ao *caput* do art. 1.º.[57]

Além dessas considerações gerais acerca dos elementos objetivos comuns que integram o § 1.º do art. 1.º, é necessário analisar as formas descritas nos incs. I, II e III, para assim estabelecer os limites de cada uma das figuras típicas.

56. Idem, p. 193.

57. Nessa linha de entendimento manifestam-se Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 104.

7.1.1 Conversão de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal em ativos lícitos (§ 1.º, inc. I)

"§ 1.º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: [redação dada pela Lei 12.683/2012]

I – os converte em ativos lícitos"

a) Sujeitos do crime

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do crime de lavagem de capitais na modalidade do § 1.º, I, tratando-se, portanto, de crime comum, que não exige qualidade ou condição especial do agente. É, contudo, controvertida a possibilidade de caracterização de autolavagem nesse caso.

Como já indicamos, a Lei 9.613/1998, mesmo após a ampla reforma introduzida pela Lei 12.683/2012, não tipificou expressamente a imputação do crime de lavagem de dinheiro à mesma pessoa que praticou a infração penal antecedente. Ainda assim parece não haver divergência acerca da admissibilidade em termos gerais da autolavagem, como demonstramos na análise do *caput* do art. 1.º. As dúvidas acerca da relevância penal da autolavagem na modalidade específica do § 1.º, I, contudo, aparecem, pois a simples conversão em ativos lícitos pode ser significativa de mero exaurimento da infração penal precedente.

Com efeito, se o próprio agente utiliza o proveito econômico obtido com a infração penal precedente para comprar, por exemplo, imóveis, que são utilizados para seu próprio desfrute, não terá praticado o crime de lavagem de dinheiro. Dessa forma, é preciso demonstrar, para a criminalização da autolavagem na hipótese do § 1.º, I, que o agente atuou com finalidade de proceder o progressivo distanciamento do produto de infração penal de sua origem ilícita. Isto é, que após a conversão, havia ainda a intenção de continuar transacionando com os mesmos, dando continuidade ao processo de reciclagem.

Sujeito passivo é a coletividade que tem interesse na regularidade econômico-financeira. A identificação do sistema econômico-financeiro como bem jurídico protegido permite-nos identificar, conforme indicamos supra, a coletividade de cidadãos, na linha do entendimento majoritário, como sujeito passivo do crime de lavagem de dinheiro.

b) Tipo objetivo: adequação típica

O inc. I do § 1.º do art. 1.º prevê como *forma de ocultação ou dissimulação* da utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, a sua conversão em ativos lícitos. Esse comportamento consiste na *transformação*

do produto *diretamente proveniente de infração penal* em bens, valoráveis economicamente. Com efeito, o termo *ativo* é normalmente utilizado na linguagem contábil e financeira para expressar o conjunto de bens, valores, créditos, direitos e assemelhados que formam o patrimônio de uma pessoa, singular ou coletiva, passíveis de serem valorados economicamente. Como vimos no estudo das fases da lavagem de dinheiro, a *transformação do produto* de infração penal em ativos lícitos é uma de suas etapas e, normalmente se utiliza, para que os agentes da infração penal antecedente possam posteriormente usufruir dos ganhos obtidos ilicitamente, com a negociação dos ativos transformados no mercado.

Cabe, contudo, ressaltar, que não se caracteriza o crime de branqueamento de capitais quando o próprio agente da infração penal antecedente adquire bens para o próprio consumo, hipótese em que se configuraria o mero exaurimento da infração penal antecedente. Dessa forma, a conversão somente será constitutiva do crime de lavagem *quando praticada por terceira pessoa que sabe serem os objetos convertidos produto de infração penal praticada por outrem, e nos casos de autolavagem*, isto é, *quando o próprio agente da infração penal antecedente transforma o produto ilícito em ativos lícitos, para dispor deles em futuras operações.*[58]

c) Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do tipo é o *dolo*, representado pela consciência e vontade de converter em ativos lícitos bens, direitos ou valores que se sabe diretamente proveniente de infração penal. O *dolo* projeta-se, portanto, sobre a *realização de ação idônea para transformar* bens, direitos ou valores, com o *conhecimento* sobre sua procedência ilícita e *vontade* de dotá-los de aparência lícita.

Questão que merece ser discutida é a possibilidade de o crime ser cometido com dolo eventual. Defende a doutrina,[59] de um modo geral, que não há pelo conteúdo do texto legal o uso de qualquer expressão alusiva à admissibilidade do dolo eventual, como seria o caso, por exemplo, do termo "deve saber", presente no crime de perigo de contágio venéreo (art. 130 do CP), na receptação qualificada (art. 180, § 1.º, do CP) e no excesso de exação (art. 316, § 1.º, do CP). Analisamos o significado da expressão "deve saber" quando do comentá-

58. De maneira similar também se manifestam Marco Antonio de Barros, op. cit., p. 52-53 e 65-68; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 107.

59. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., 2012, p. 96-99 e 109-110.

rio do crime de receptação, para onde remetemos o leitor.[60] Retomaremos aqui somente os principais aspectos dessa questão.

Dolo é o conhecimento e a vontade da realização do tipo penal.[61] Todo dolo tem um aspecto intelectivo e um aspecto volitivo. O aspecto intelectivo abrange o conhecimento atual de todas as circunstâncias objetivas que constituem o tipo penal. Para a configuração do dolo, exige-se a *consciência* daquilo que se pretende praticar. Essa consciência, no entanto, deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. É insuficiente, segundo Welzel,[62] a *potencial consciência* das circunstâncias objetivas do tipo, uma vez que prescindir da consciência atual equivale a destruir a linha divisória entre dolo e culpa, convertendo aquele em mera ficção. A *previsão*, isto é, a representação ou consciência, deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais do tipo, sejam eles descritivos ou normativos. Mas essa *previsão* constitui somente a consciência dos elementos integradores do tipo penal, ficando fora dela a *consciência da ilicitude*, que, com o advento da concepção normativa da culpabilidade, está deslocada para o interior da culpabilidade.

É desnecessário o *conhecimento da proibição da conduta*, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição do tipo. A Lei 9.426/1996, ao disciplinar o *crime de receptação*, utilizou as expressões "'sabe' ser produto de crime" (art. 180, *caput*, do CP) e "'deve' saber ser produto de crime" (§ 1.º do mesmo dispositivo). A *velha doutrina*, ao analisar as expressões "sabe" e "deve saber", via em ambas a identificação do elemento subjetivo da conduta punível: o *dolo direto* era identificado pela elementar "sabe" e o *dolo eventual* pela elementar "deve saber" (alguns autores identificavam, nesse caso, a culpa).[63] Aliás, foi provavelmente com esse sentido que se voltou a utilizar essas expressões, já superadas, na Lei 9.426/1996.

---

60. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal. Parte especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 3, p. 343 e s.

61. Sobre o conceito de dolo e suas espécies, confira Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal. Parte geral* cit., p. 347-352. Também favoráveis, mais recentemente, à tese de que o tipo penal em questão somente é punível quando praticado com dolo direto, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 109.

62. Hans Welzel, *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970. p. 96.

63. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal. Parte especial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. 1; Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 5, p. 405; Damásio Evangelista de Jesus, *Direito Penal. Parte especial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 2, 148, todos analisando o art. 130 do CP.

Na hipótese do "sabe" – afirmavam os doutrinadores –, há plena certeza da origem delituosa da coisa. Nesse caso, não se trata de mera suspeita, que pode oscilar entre a dúvida e a certeza, mas há, na realidade, plena convicção da origem ilícita da coisa receptada. Assim, a suspeita e a dúvida não servem para caracterizar o sentido da elementar "sabe". Logo – concluíam –, trata-se de *dolo direto*.

Na hipótese do "deve saber", a origem ilícita do objeto material, afirmavam, significa somente a possibilidade de tal conhecimento, isto é, a potencial consciência da ilicitude do objeto. Nas circunstâncias, o agente deve saber da origem ilícita da coisa, sendo desnecessária a ciência efetiva: basta a possibilidade de tal conhecimento. Dessa forma, na mesma linha de raciocínio, concluíam, trata-se de *dolo eventual*.[64]

No entanto, essa interpretação indicadora do dolo, por meio do "sabe" ou "deve saber", justificava-se quando vigia, incontestavelmente, a *teoria psicológico-normativa da culpabilidade*, que mantinha o dolo como elemento da culpabilidade, situando a *consciência da ilicitude* no próprio dolo. Contudo, a sistemática hoje é outra: a elementar "sabe que é produto de crime" significa *ter consciência da origem ilícita* do que está comprando, isto é, ter consciência da ilicitude da conduta, e a elementar "deve saber", por sua vez, significa a *possibilidade de ter essa consciência* da ilicitude. Logo, considerando que esse *elemento normativo* – consciência da ilicitude – integra a culpabilidade, encontrando-se, portanto, fora do dolo, somos levados a concluir, em princípio, que as elementares referidas são indicativas de graduação da culpabilidade, e não do dolo, como entendia a velha doutrina. Em contrapartida, a *consciência do dolo* – seu elemento intelectual –, não se refere, em regra, à *ilicitude do fato*, devendo abranger somente os elementos objetivos, descritivos e normativos do tipo. Ademais, o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, ao contrário da consciência da ilicitude, tem de ser *atual*, sendo insuficiente que seja *potencial*, sob pena de destruir a linha divisória entre dolo e culpa, como referia Welzel. Em sentido semelhante manifesta-se Muñoz Conde,[65] afirmando que: "O conhecimento que exige o dolo é o conhecimento atual, não bastando um meramente potencial. Quer dizer, o sujeito deve saber o que faz, e não haver devido ou podido fazer" (trad. livre).

64. Damásio Evangelista de Jesus, O "sabe" e o "deve saber" no crime de receptação. Boletim do IBCCrim 52/5-7.

65. Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 268.

Acontece que se as expressões "sabe" e "deve saber" são utilizadas pelo legislador na descrição do comportamento criminoso, como ocorre na descrição do tipo de receptação simples e qualificada, devemos indagar sobre sua função sistemática dentro da tipicidade. Ou seja, se elas são *elementares típicas*, devem ser necessariamente levadas em consideração já no *juízo de tipicidade*. E qual o efeito de dita consideração? Em primeiro lugar, se ditas expressões nos remete a uma valoração acerca da *ilicitude* (concretamente sobre a consciência da ilicitude ou sobre a possibilidade de alcançá-la), pode-se concluir que estamos diante de um *elemento normativo do tipo*. Ocorre que admitir referidas expressões como *elementares típicas* produz um indesejável paradoxo: como valorar sob a ótica do dolo, que requer conhecimento atual, real, concreto acerca dos elementos do tipo, o potencial conhecimento da ilicitude?

A fim de evitar complicações sistemáticas, a doutrina vem optando por conceituar a expressão "deve saber" como identificadora do dolo eventual. No entanto, a admissão da elementar "deve saber" como identificadora de *dolo eventual* impede que se demonstre *in concreto* a impossibilidade de ter ou adquirir o conhecimento da origem ilícita do produto receptado, na medida em que tal conhecimento é *presumido*. E essa *presunção legal* outra coisa não é que autêntica responsabilidade objetiva: *presumir o dolo onde este não existe*. No entanto, reconhecendo-se a elementar "deve saber" como indicadora de *potencial consciência da ilicitude*, isto é, como *elemento integrante da culpabilidade*, independentemente de sua previsão no próprio tipo penal, poder-se-á demonstrar, quando for o caso, sua inocorrência ou mesmo a *existência de erro de proibição*, permitindo melhor adequação da aplicação da lei.

Com efeito, ante a reelaboração efetuada por Welzel do conceito de consciência de ilicitude, introduzindo-lhe o *dever de informar-se*, flexibilizou-se esse elemento, sendo suficiente a potencial consciência da ilicitude. No entanto, não basta, simplesmente, não ter consciência do injusto para inocentar-se. É preciso indagar se havia possibilidade de adquirir tal consciência e, em havendo essa possibilidade, se ocorreu negligência em não adquiri-la ou falta ao dever concreto de procurar esclarecer sobre a ilicitude da conduta praticada.[66]

A expressão "deve saber", como elementar típica, é pura *presunção*, incompatível com o direito penal da culpabilidade. Pois, ou existe conhecimento atual dos elementos típicos, e o agente com esse conhecimento dirige-se contra o bem jurídico, seja de forma direta, ou assumindo o risco de lesá-lo; ou o agente atua com violação das normas de cuidado quando é previsível a ocorrência do resultado típico, caso em que poderia ser punido a título de culpa.

66. Cezar Roberto Bitencourt, *Teoria geral do delito*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 206.

Por derradeiro, constar de texto legal a *atualidade* ou *potencialidade* de consciência do ilícito é erronia intolerável, uma vez que a ciência penal encarregou-se de sua elaboração interpretativa. A constatação de sua atualidade ou mera possibilidade fundamentará a maior ou menor reprovabilidade da conduta proibida, a ser avaliada no momento de aplicação da pena, e jamais como identificadora do dolo no próprio tipo penal.

Concluindo, a previsão, isto é, o *conhecimento*, deve abranger todos os elementos objetivos e normativos da descrição típica. E *esse conhecimento deve ser atual*, real, concreto, e não meramente *presumido*. Agora, a *consciência da ilicitude*, essa sim pode ser potencial, mas será objeto de análise somente no exame da *culpabilidade*, que também é predicado do crime.

De todo o exposto, conclui-se que as elementares "sabe" e "deve saber" não são – ao contrário que sustentava a antiga doutrina penal brasileira – indicativas da *espécie de dolo* (direto ou eventual), mas configuram tão somente *elementos normativos do tipo*, que estabelecem a graduação da maior ou menor censura da conduta punível. Enfim, ignoramos completamente a existência das elementares "sabe" e "deve saber", para efeito de classificação das *espécies de dolo*, no crime de receptação dolosa, até porque o *dolo eventual* não se compõe da simples *possibilidade de consciência* (deve saber), como sustentava a *teoria da probabilidade*.

O *grau de reprovação* – para concluir – sobre quem age *sem saber*, apenas *podendo saber*, e sobre quem *age efetivamente sabendo*, isto é, *consciente da ilicitude* da sua conduta, não pode ser o mesmo. Manifesta-se Jescheck[67] admitindo uma diferença material entre o *atuar conscientemente* contra o direito e a sua *infração inconsciente*, consequente de *erro vencível*. Não se pode reprovar quem não sabia, mas apenas *podia saber*, igualmente a quem efetivamente sabia, isto é, a quem tinha a real consciência da ilicitude. Sem dúvida alguma a conduta de quem tinha real consciência da ilicitude é muito mais censurável. E é em virtude dessa *diferença no grau de reprovação* que, embora punindo-se *quem age com consciência potencial*, deve diminuir a pena aplicável, *proporcionalmente* ao menor juízo de reprovação. Diminui-se a pena aplicável, mas não se afasta a culpabilidade, que, nas circunstâncias, pode ser reconhecidamente diminuída.

A ausência, portanto, de expressões como "sabe" ou "deve saber", não é suficiente para determinar se o crime do art. 1.º, § 1.º, I, da Lei 9.613/1998

67. H. H. Jescheck, *Tratado de derecho penal*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. p. 628. Jescheck cita, na nota 19, Binding, o criador da teoria do dolo, que admitia a distinção "entre a oposição consciente ao Direito e à lei moral e a desatenção inconsciente daquele ou desta".

com redação dada pela Lei 12.683/2012, é, ou não, punível quando praticado com dolo eventual.

No nosso entendimento, a conclusão de que o crime de lavagem tipificado no art. 1.º, § 1.º, I somente é punível quando praticado com dolo direto pode ser alcançada com base em outro argumento. Com efeito, da leitura do disposto no § 1.º pode-se observar que o legislador requer que os comportamentos incriminados sejam realizados com a "finalidade" de *ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal*, de modo que a sua conversão em ativos lícitos deve estar dirigida à finalidade específica de reciclagem. O tipo possui, portanto, um *elemento subjetivo especial do injusto*, e sua presença é nitidamente indicativa de que o agente atua com dolo direto.[68]

d) Consumação e tentativa

A conversão descrita no inc. I somente se consuma com a efetiva transformação de bens, direitos ou valores diretamente provenientes de infração penal, em ativos lícitos. Sem a constatação da ocorrência desse resultado material, não se pode afirmar que houve efetiva consumação. É necessário demonstrar, portanto, que a operação foi concretizada, normalmente mediante a aquisição de bens que podem ser negociáveis no mercado (compra de ações, ouro, pedras preciosas, obras de arte, imóveis para investimento etc.). Não é, em contrapartida, necessário demonstrar que o agente logrou a efetiva ocultação ou dissimulação da utilização de bens direitos ou valores provenientes de infração penal, como consequência da conversão em ativos lícitos. Isto é, não é preciso demonstrar a finalização, nem o êxito do processo de lavagem, bastando que se realize o comportamento descrito no inc. I com a efetivação da conversão.

Não existem maiores problemas para a caracterização da tentativa na medida em que os crimes de resultado admitem fracionamento. O próprio legislador indicou expressamente esta possibilidade no § 3.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998: "A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal". Manifestação, em princípio, desnecessária, em razão da previsão do art. 12 do CP. Pode-se, contudo, compreender a preocupação do legislador penal em evidenciar a relevância típica da tentativa, com o fim de eliminar as dúvidas acerca de sua significância e autonomia típica em relação à infração penal antecedente. Deve-se, entretanto, demonstrar que a consumação não se

68. Também favoráveis à tese de que o tipo penal em questão somente é punível quando praticado com dolo direto, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 109.

deu por circunstâncias alheias à vontade do agente, e que os atos de execução praticados tinham a *finalidade de reciclagem*, diferenciando-se dos casos em que o agente limitava-se a tentar consumir os ganhos ilícitos de infração penal antecedente, caso em que se configuraria simples exaurimento impune desta.

A mera ideação ou planejamento do crime, inclusive a cogitação em conversas ou reuniões, sobre como praticar lavagem de dinheiro, e sua preparação, não são puníveis, nem mesmo como tentativa. Como já demonstramos na "Parte geral" do nosso *Tratado de direito penal*,[69] nem todas as fases do *iter criminis* interessam ao Direito Penal. Somente quando o agente penetra propriamente no campo da ilicitude é que o seu atuar constitui um perigo de violação ou violação efetiva de um bem jurídico, começando a realizar-se a figura típica do crime. Em regra, o momento em que o comportamento humano adquire relevância típica consiste, em razão da exigência inscrita no art. 14, II, do CP, no *início da execução*. Nesses termos, a fase da *cogitatio* – pura elaboração mental da resolução criminosa –, e a de *preparação* – realização de atos externos de organização dos elementos necessários para a prática futura de crime –, não entram no âmbito da tentativa. No entanto, algumas vezes, o legislador transforma atos, que seriam meramente "preparatórios", em tipos penais especiais, fugindo à regra geral, como ocorre, por exemplo, com "petrechos para falsificação de moeda" (art. 291 do CP), ou "atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento" (art. 238 do CP). À falta de tipificação expressa, referidos comportamentos seriam apenas *atos preparatórios* do crime de falsificação de moeda (art. 289 do CP) e de simulação de casamento (art. 239 do CP), respectivamente. De sorte que esses atos, em tese, meramente preparatórios, passam a constituir figuras delituosas autônomas, em razão da expressa previsão legal. Essa técnica legislativa não está, sem embargo, presente na Lei 9.613/1998, em relação ao art. 1.º, § 1.º, de modo que a relevância típica dos comportamentos aqui incriminados depende da prática inequívoca de *atos de execução*.

Alguns autores chegaram, contudo, a admitir como puníveis os *atos preparatórios*, se os agentes são indivíduos criminalmente perigosos. Mas não foi essa a orientação adotada pelo Código Penal brasileiro, que assume, como regra geral, entendimento contrário, nos seguintes termos: "O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado" (art. 31 do CP). Na verdade, falta-lhes a tipicidade, em geral, também a antijuridicidade, características essenciais de todo fato punível. A ausência desses dois caracteres da

69. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal. Parte geral* cit., p. 522-523.

conduta é suficiente, no nosso ordenamento jurídico-penal, para tornar, em regra, os atos preparatórios indiferentes para o Direito Penal.

7.1.2 Receptação do produto das infrações penais antecedentes (§ 1.º, inc. II)

"§ 1.º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: [redação dada pela Lei 12.683/2012]

(...)

II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere."

a) Sujeitos do crime

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do crime de lavagem de capitais na modalidade do § 1.º, II, tratando-se, também aqui, de *crime comum*, que não exige qualidade ou condição especial do agente. Cabe, contudo, analisar a possibilidade de caracterização de *autolavagem* ante as hipóteses de comportamento descritas no tipo, isto é, em que casos seria procedente a imputação do crime de lavagem de dinheiro tipificado no art. 1.º, § 1.º, II, à mesma pessoa que praticou a infração penal antecedente. Essa apreciação requer o estudo do significado e alcance dos elementos do tipo, como veremos adiante.

Sujeito passivo é a coletividade que tem interesse na regularidade econômico-financeira.

b) Tipo objetivo: adequação típica

O inc. II do § 1.º do art. 1.º prevê como forma de ocultação ou dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal o comportamento de quem os *adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere.*

Aquisição é a obtenção da coisa a título de domínio, em definitivo. Somente se aperfeiçoa com a efetiva tradição da coisa. Na aquisição onerosa é indiferente que o preço pago seja vil ou justo. O preço vil vem sendo considerado pelos Tribunais como indício legal de que o objeto material adquirido é bem de origem ilícita. Mas não há necessidade da constatação da desproporcionalidade do preço para a caracterização do crime. A *normalidade* ou *justeza do preço*, por si só, não afasta a possibilidade da lavagem de dinheiro. A segunda figura tipificada está representada pelo verbo *receber*, que tem sentido mais abrangente; pode significar aceitar o que lhe é oferecido ou entregue; recolher, entrar na posse da coisa que lhe é entregue etc.

A *troca* pode ser definida como a recíproca transmissão de bens, objetos ou coisas, também pode ser entendida como uma operação comercial não monetária, ou como sinônimo de permuta. *Negociar* é o mesmo que comercializar, comprar, vender, ou ajustar. A ação de *dar ou receber em garantia* implica na vinculação de certo bem ao pagamento de uma obrigação; o sujeito obrigado (devedor) é quem dá o bem em garantia, enquanto que o credor é quem recebe. *Guardar* significa ter consigo sem ser, necessariamente, o proprietário da coisa; *ter em depósito* é o mesmo que conservar, em nome próprio ou alheio, a título gratuito ou oneroso. Nessas duas modalidades o delito é de natureza permanente. *Movimentar* significa imprimir movimento, deslocar, entretanto a vinculação desse comportamento ao processo de lavagem de capitais, com potencialidade lesiva para afetar o bem jurídico sistema econômico-financeiro, permite-nos deduzir que o seu significado aqui é o de colocar em circulação econômica, mediante movimentação bancária ou no mercado financeiro. Nessa mesma linha de raciocínio, *transferir* deve ser entendido como movimentar capitais entre contas bancárias diferentes, do mesmo titular ou de titulares diferentes; ou movimentar capitais entre instituições financeiras diferentes. Transferir pode também ser interpretado no sentido de transmitir, alcançando a transferência da titularidade de bens móveis e imóveis.

Os verbos utilizados pelo legislador penal são, em princípio, indicativos da atuação de quem não participou da prática da infração penal antecedente, pois não teria sentido que o possuidor dos bens diretamente provenientes de origem ilícita os adquirisse, ou os recebesse. Além disso, quando o próprio agente da infração penal antecedente realiza a conduta de *guardar* ou *ter em depósito*, consideramos que esses comportamentos são constitutivos de mero exaurimento do primeiro, resultado, por isso, impunes. Entretanto pode ocorrer, nas longas cadeias de lavagem de dinheiro, que o agente da infração penal antecedente adquira ou receba o mesmo produto do crime, após sucessivas transações, justamente com a finalidade de dotá-lo de uma aparência lícita. Ademais, é possível que o próprio agente da infração penal antecedente troque, negocie, dê em garantia, movimente ou transfira o produto criminoso, com a finalidade de reciclagem. Dessa forma, a modalidade típica do inc. II pode ser realizada tanto por terceira pessoa que não tenha relação com a prática da infração penal antecedente, como pelo próprio agente desta, hipótese em que estaria caracterizada a autolavagem.

Questão polêmica diz respeito ao comportamento de quem recebe valores diretamente provenientes de infração penal como remuneração pela prestação de serviços, sabendo que lhe foi entregue, como pagamento, valor adquiri-

do pela prática criminosa. A conduta do advogado, no entanto, somente será constitutiva de crime quando receber dinheiro sujo, com a finalidade de encobrir ou dissimular a sua procedência ilícita, isto é, quando houver participado da cadeia de reciclagem.[70]

c) Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do tipo é o *dolo*, representado pela consciência e vontade de realizar os comportamentos descritos no inc. II, sabendo que eles incidem sobre bens, direitos ou valores diretamente provenientes de infração penal. Também aqui é possível afirmar que a redação do tipo indica que somente é punível o comportamento praticado com dolo direto, sendo válidas as considerações feitas quando do estudo do inc. I, uma vez que o tipo possui o mesmo *elemento subjetivo especial do injusto*; esse elemento consiste na finalidade de *ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal*, de modo que a aquisição, recebimento, troca, negociação, dação ou recebimento em garantia, guarda ou posse para depósito, movimentação ou transferência devem estar dirigidas à finalidade específica de reciclagem de valores, bens ou capitais.

d) Consumação e tentativa

A consumação do crime sob essa modalidade ocorre com a efetiva realização dos comportamentos descritos no tipo, isto é, nas hipóteses de aquisição, recebimento, troca, dação ou recebimento em garantia, guarda, detenção para depósito, movimentação e transferência de bens provenientes de infração penal. É indispensável que se execute alguma dessas operações para que o crime de lavagem de dinheiro se consume.

Não há maiores problemas para a caracterização da tentativa na medida em que os comportamentos descritos admitem *fracionamento*. O próprio legislador indicou expressamente esta possibilidade no § 3.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998: "A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal". Previsão, aliás, absolutamente desnecessária, em razão do conteúdo do art. 12 do CP, sendo válidas aqui as demais considerações feitas acerca da tentativa, quando do comentário do inc. I. Ademais, a configuração da tentativa não decorre dessa desnecessária e inadequada previsão legal, mas da própria natureza da infração penal, que é plurissubsistente.

70. Nesse sentido se manifesta Marco Antonio de Barros, op. cit., p. 162-163.

7.1.3 Importação ou exportação de bens com falsos valores (§ 1.º, inc. III)

"§ 1.º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: [redação dada pela Lei 12.683/2012]

(...)

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros."

Cumpre, em primeiro lugar, destacar que *não se trata de qualquer importação ou exportação de bens* (com falsos valores), como pode parecer à primeira vista, mas trata-se tão somente de *importação ou exportação de bens produtos de crime antecedente*, e com valores que não correspondam aos que seriam verdadeiros. Assim, por exemplo, o agente efetua a *exportação* de bens ou mercadorias resultantes de crime anterior, v.g., de furto, roubo, receptação, estelionato etc., e lhes atribui valor não condizente ao que valeria tais bens ou mercadorias. Em outros termos, não se configura essa modalidade de lavagem de dinheiro quando o indivíduo importa ou exporta bens ou mercadorias lícitas, normais, próprias das operações de importação e exportação (isto é, que não são produtos de crime), mas o faz com valores diferentes dos que correspondem ao efetivo valor de tais operações, para mais ou para menos, indiferentemente. Com efeito, nesses casos, a *importação* (ou *exportação*) não seria de bens ou mercadorias de origem criminosa; consequentemente, não haveria o crime precedente, e a irregularidade ou ilegalidade dos valores atribuídos poderia caracterizar a própria infração penal, mas não a *lavagem de dinheiro* prevista no dispositivo *sub examine*: falta-lhe o pressuposto básico, qual seja, um *crime precedente* do qual se tenha originado o material objeto da importação (ou exportação). Dar-se-ia o mesmo no sentido inverso, ou seja, importação, que demandaria que tais bens fossem produto de crime.

Registre-se, por fim, que o inc. III refere-se expressamente apenas a *importação ou exportação de "bens"*, omitindo-se, portanto, em relação a *direitos* e *valores*, logicamente, pela própria *impropriedade* dos mesmos para serem objeto de importação e exportação. Por isso, na hipótese improvável de alguém lograr "importar" ou "exportar" "direitos" ou "valores", mesmo adquiridos criminosamente, não tipificará essa modalidade esdrúxula de lavagem de dinheiro, por absoluta inadequação típica (por falta de previsão legal).

a) Sujeitos do crime

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do crime de lavagem de capitais na modalidade do § 1.º, III, tratando-se, também aqui, de crime comum, que não

exige qualidade ou condição especial do agente. Não existem maiores dificuldades para a caracterização da autolavagem, podendo coincidir, portanto, o agente da infração penal precedente com o agente da importação ou exportação de bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. Pode-se chegar a essa conclusão facilmente, uma vez que importar e exportar não representam o mero exaurimento da infração penal antecedente. Com efeito, referidas operações comerciais em nada se assemelha ao consumo do proveito econômico obtido com a infração penal precedente.

Sujeito passivo é a coletividade que tem interesse na regularidade econômico-financeira.

b) Tipo objetivo: adequação típica

O inc. III tipifica o comportamento de quem importa ou exporta *bens* com valores declarados não correspondentes aos verdadeiros com a finalidade de operar lavagem de capitais. *Importar*, em linguagem simples, é o mesmo que fazer entrar no País bens ou mercadorias, e *exportar*, dele fazer sair. Os comportamentos incriminados incidem sobre bens, diretamente provenientes de infração penal e tais operações, para serem constitutivas desta modalidade de lavagem, devem ser realizadas com valores não correspondentes aos verdadeiros: seja através da sobrevalorização do valor real do objeto importado ou exportado; ou de sua infravalorização. Através dessas práticas seria possível, por exemplo, realizar grandes remessas de dinheiro para o estrangeiro, ou receber grandes quantias do estrangeiro, como pagamento pela importação e exportação de bens produto de crime, é bom que se frise, de forma aparentemente lícita, com a finalidade de reciclagem.

Esta modalidade de lavagem não se confunde com o contrabando nem com o descaminho. Como afirmamos no vol. 5 do nosso *Tratado de direito penal*,[71] *contrabando* consiste em *importar* (fazer entrar no País) ou *exportar* (dele fazer sair) mercadoria proibida; enquanto que o *descaminho* significa iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria permitida. Na primeira hipótese, significa trazer mercadoria de fora para dentro do País, ou levar para fora dele, cuja comercialização é proibida, e configura o contrabando próprio. Na segunda, o *descaminho*, que é a importação ou exportação de mercadoria permitida, o ob-

71. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal. Parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 5, p. 128-131.

jeto é frustrar, total ou parcialmente, o pagamento de direito ou imposto, que caracteriza o contrabando impróprio.

Dado que o objetivo da modalidade de *lavagem de dinheiro* aqui descrita é ocultar ou dissimilar a utilização de *bens* (o texto legal não se refere a direitos ou valores) provenientes de infração penal, o mais provável é que o agente realize a importação ou exportação pagando os tributos devidos com base no valor declarado, até mesmo para não levantar suspeitas da Receita Federal sobre a procedência do que é importado ou exportado. Nesses termos, parece claro que o agente somente atuaria através da importação ou exportação de mercadoria permitida, pois se a exportação ou importação fosse de mercadoria proibida, não seria possível dar aparência lícita à transação, frustrando a finalidade da reciclagem. Com efeito, a prática de *contrabando* é, em si mesma, criminosa. Seria muito amadorismo por parte do agente pretender dar aparência de licitude a uma operação valendo-se de uma prática em si mesma constitutiva de crime, como é o caso do contrabando.

c) Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do tipo é o *dolo*, representado pela consciência e vontade de introduzir no território nacional ou dele fazer sair *bens provenientes de infração penal*, com valores não correspondentes aos verdadeiros. Também aqui é possível afirmar que a redação do tipo é indicativa de que somente é punido o comportamento praticado com dolo direto, sendo válidas, portanto, as considerações feitas quando do estudo do inc. I, uma vez que o tipo possui um *elemento subjetivo especial do injusto*, que consiste na finalidade de *ocultar ou dissimular a utilização de bens provenientes de infração penal*, de modo que o comportamento incriminado deve estar dirigido à finalidade específica de reciclagem.

d) Consumação e tentativa

A consumação ocorre quando os bens dissimulados ingressam no País (importação) ou quando ultrapassam a zona alfandegária, deixando o território nacional (exportação). A realização dessas atividades comporta fracionamento sendo, por isso, admissível a tentativa. O próprio texto legal, repetindo, destaca expressamente essa possibilidade no § 3.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998: "A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal". Manifestação absoluta desnecessária em razão da previsão do art. 12 do CP, sendo também válidas aqui as demais considerações feitas acerca da tentativa, quando do comentário do inc. I.

7.2 Das condutas incriminadas no § 2.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998 (com redação dada pela Lei 12.683/2012)

"§ 2.º Incorre, ainda, na mesma pena quem: [redação dada pela Lei 12.683/2012]

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; [redação dada pela Lei 12.683/2012]

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei."

No § 2.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998, com redação dada pela Lei 12.683/2012, o legislador penal especificou outras formas de comportamento que podem ser constitutivas do crime de lavagem de dinheiro. A preocupação em abarcar todas as etapas do processo de reciclagem parece ter sido o *leitmotiv* da previsão legal dos incs. I e II do § 2.º. Contudo, como veremos no estudo das figuras típicas, o excesso punitivo terminou por contaminar o texto finalmente aprovado, ampliando em demasia o âmbito da punibilidade.

7.2.1 Utilização do produto ilícito de infração penal em atividade econômico-financeira (§ 2.º, inc. I)

a) Sujeitos do crime

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do crime de lavagem de capitais na modalidade do § 2.º, I, tratando-se, também aqui, de crime comum, que não exige qualidade ou condição especial do agente. Cabe, ainda, a possibilidade de caracterização de autolavagem, isto é, a imputação do crime de lavagem de dinheiro na modalidade descrita neste § 2.º, I, à mesma pessoa que praticou a infração penal precedente. Pode-se chegar a essa conclusão facilmente, uma vez que a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal em atividade econômico-financeira não representa o mero exaurimento da infração penal antecedente. Com efeito, a integração dos ganhos ilícitos na atividade econômico-financeira configura um injusto específico que em nada se assemelha ao mero consumo pessoal do proveito econômico obtido com a prática de crimes.

Sujeito passivo é a coletividade que tem interesse na regularidade econômico-financeira.

b) Tipo objetivo: adequação típica

O comportamento incriminado é, em tese, constitutivo da *fase de integração* do processo de lavagem de capitais. Como já destacamos, essa etapa desenvol-

ve-se, *normalmente*, dando aos bens e valores de origem ilícita a aparência de capital lícito, e consiste na sua introdução no circuito econômico e financeiro legal através de negócios e investimentos. O texto legal parece, contudo, outorgar um âmbito mais restrito ao alcance da tipicidade, pois descreve como típico a *utilização de bens, direitos ou valores provenientes da infração penal, na atividade econômica ou financeira*, sem empregar expressamente os advérbios "direta ou indiretamente" presentes no *caput* do art. 1.º.

Utilizar é fazer uso do objeto, empregá-lo em alguma finalidade ou utilidade, é, enfim, valer-se do objeto para fins que lhe são úteis. Reiterando os comentários que fizemos sobre a utilização de bens de origem ilícita, quando da análise do § 1.º, entendemos que a interpretação da norma penal incriminadora deve ser sempre restritiva[72] para assim limitar o alcance da proibição, de modo que somente poderão ser considerados típicos, para efeito de aplicação do § 2.º, I, aqueles comportamentos que recaiam sobre a utilização de bens, direitos ou valores *diretamente* provenientes de infração penal. Isso porque, à falta de expressa menção ao advérbio *indiretamente*, não se pode presumir que a utilização na atividade econômica ou financeira de bens, direitos ou valores substituídos ou transformados, seja constitutiva dessa específica modalidade de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, é possível afirmar que o § 2.º, I, possui um objeto material mais limitado em relação ao *caput* do art. 1.º.[73]

Atividade econômica consiste na prática de ações relacionadas com a produção, transformação, distribuição, circulação e consumo de bens e serviços, tendo como finalidade a geração de riqueza e a satisfação de necessidades humanas. E *atividade financeira* versa sobre a prática de ações relacionadas com a captação, obtenção, gestão e aplicação de recursos financeiros, como investimentos, empréstimos entre outros.

Pode parecer que o legislador incorreu num deslize ao não mencionar expressamente o advérbio *indiretamente*, mas consideramos que atuou com consciente cautela, a fim de não obstaculizar a atividade econômico-financeira das empresas, caso previsse abstratamente a criminalização de um comportamento que, possivelmente, pode acontecer com alguma frequência, mas é de difícil identificação e evitação. Essa dificuldade existe, inclusive, para o empresário comprometido com o cumprimento das normas legais, posto que, em muitas ocasiões, o dinheiro lavado acaba sendo utilizado, por inescrupulosos, junta-

72. Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de direito penal. Parte geral cit., p. 193.

73. Nessa linha de entendimento manifestam-se Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 110-111.

mente com capitais lícitos para a realização de transações legais, como o investimento em empresas e negócios lícitos.

Dessa forma, no momento de realizar o *juízo de adequação* entre o comportamento praticado e o tipo incriminador do § 2.°, I, é necessário, sob a perspectiva objetiva, esclarecer se os bens, direitos ou valores utilizados na atividade econômica ou financeira são diretamente provenientes de infração penal. Estando excluídos do âmbito da tipicidade, para efeito de aplicação do referido preceito legal, a utilização de valores que já foram previamente transformados em ativos de diferente natureza em relação ao produto originário da infração penal precedente. Assim, se, por exemplo, os relógios, joias e pedras preciosas obtidos com o roubo de uma joalheria são vendidos e o dinheiro dessa transação é utilizado na atividade econômica ou financeira, não seria aplicável o § 2.°, I, salvo se for de conhecimento do agente econômico ou financeiro, sob pena de adotar-se autêntica responsabilidade objetiva. Não significa, contudo, que fato semelhante não seja constitutivo de lavagem, pois seu enquadramento típico pode ser feito através da aplicação do *caput* do art. 1.°, ou seja, o aplicador dos recursos obtidos com a venda do produto de furto ou roubo responde pela dissimulação ou ocultação desse produto de origem ilícita.

Ademais, é preciso distinguir a aplicação do presente tipo em relação à receptação qualificada, prevista no art. 180, § 1.°, do CP. A receptação qualificada é *crime próprio*, exigindo do sujeito ativo uma *qualidade especial*, qual seja, tratar-se de comerciante ou industrial, que deve praticá-lo no exercício de seu *mister* profissional, mesmo que irregular ou clandestino. O tipo penal do § 2.°, I, do art. 1.° da Lei 9.613/1998, com redação dada pela Lei 12.683/2012, ao contrário, é *crime comum*, podendo ser praticado, em tese, por qualquer pessoa que decida realizar uma operação econômica e financeira.

A receptação qualificada é composta por um tipo misto alternativo, isto é, de conteúdo variado, e os verbos nucleares são os seguintes: "adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda e utilizar". Possui em comum com o § 2.°, I, da Lei 9.613/1998, com a redação da Lei 12.683/2012, a tipificação da utilização de "coisa" que é proveniente de crime. Existem, entretanto diferenças entre ambas as figuras. O objeto material sobre o qual recai a conduta incriminada, na receptação é limitado a "coisa", enquanto nesta modalidade de lavagem é "bens, direitos ou valores"; ademais, na receptação, o objeto material de "utilizar" é somente o produto de crime, enquanto que na lavagem de dinheiro é possível que a *utilização* recaia sobre o produto de crime ou de contravenção penal. Além disso, a utilização no crime de receptação qualificada se faz *no âmbito mais restrito de atividade comercial ou industrial*, enquanto que para a

caracterização da lavagem de capitais, a utilização pode acontecer em qualquer atividade econômica ou financeira. Por último, sob a perspectiva objetiva, cabe observar que o agente da receptação não pode coincidir com o agente do crime que a precede; enquanto que cabe a punibilidade da *autolavagem*, podendo coincidir o agente da infração penal antecedente com o agente dos atos de reciclagem.

c) Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do tipo é o *dolo*, representado pela consciência e vontade de utilizar na atividade econômico-financeira bens, direitos ou valores diretamente provenientes de infração penal. A doutrina[74] também discute com grande interesse sobre a (im)possibilidade de realização dessa modalidade de lavagem de dinheiro com *dolo eventual*. A questão torna-se aqui mais palpitante porque a reforma introduzida pela Lei 12.683/2012 modificou o texto do inc. I do § 2.º, eliminando a frase "que sabe serem provenientes". O que isso quer dizer? Acaso essa supressão expressa o desejo do legislador penal de punir tanto o comportamento praticado com dolo direto, como o praticado com dolo eventual?

Vamos por partes. Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que o dolo somente se projeta sobre os elementos descritos no tipo, ademais, é preciso levar em consideração que não há no § 2.º qualquer menção à necessidade de que o comportamento criminoso esteja especificamente dirigido à finalidade de alguma forma de ocultação ou dissimulação, distinguindo-se, portanto, do disposto no *caput* do art. 1.º, e do previsto no seu § 1.º. Isso, em princípio, significa que bastaria que o agente soubesse da procedência criminosa dos bens, direitos ou valores, e que os utilizasse intencionalmente na atividade econômica ou financeira. Contudo, apesar da ausência expressa de um *elemento subjetivo especial de injusto*, entendemos que todas as modalidades de lavagem devem estar dirigidas à finalidade de reciclagem, caso contrário haveria uma intolerável ampliação do âmbito de punibilidade dessa espécie delitiva, e uma dissociação entre o *juízo de adequação típica* e o sentido da incriminação que pauta a interpretação da norma. Em outros termos, na nossa concepção, as distintas modalidades de lavagem trazem *implícito* o elemento subjetivo especial do injusto, qual seja, a *finalidade* de branqueamento de capitais, que, ademais, tem a função de torná-lo distinto de infrações similares. Esse posicionamento

74. Confira a respeito Marco Antonio de Barros, op. cit., p. 165-166; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 112-114.

justifica-se para que seja possível resolver algumas hipóteses de *conflito aparente de normas*, quando se torna necessário confrontá-lo com casos de receptação ou de favorecimento real.

Sob essa perspectiva, deve-se, em segundo lugar, precisar se seria constitutiva de crime a utilização de bens, direitos ou valores na atividade econômica ou financeira quando existe, por parte do agente, fundadas suspeitas sobre a provável procedência ilícita daqueles. Esse comportamento seria punível a título de dolo eventual? Há um autêntico consentimento por parte do agente, acerca da prática desta específica modalidade de lavagem, quando simplesmente duvida sobre a procedência dos bens, direitos ou valores que são utilizados?

Ora, se o sentido material da incriminação dos comportamentos descritos na Lei 9.613/1998 está intrinsecamente vinculado à *finalidade de reciclagem*, seria absurdo punir como autor de um crime de lavagem, aquele que sequer possui *um mínimo de certeza* acerca da procedência ilícita do objeto "lavável". Seria uma contradição intolerável para um direito penal da culpabilidade que não convive com dúvidas. Bem distinta seria a hipótese de o agente consentir na utilização de bens que sabe ser de origem ilícita, mas sem preocupar-se com o resultado de referido comportamento, isto é, com a realização da reciclagem. Nesse caso, certamente, estaríamos diante da possibilidade de configurar a específica modalidade do crime de lavagem de capitais, previsto no art. 1.º, § 2.º, I, com dolo eventual.

d) Consumação e tentativa

Para a consumação da presente modalidade típica é necessário que o agente efetivamente empregue em atividade econômica ou financeira, recursos que sabe serem diretamente provenientes de infração penal. Como indicamos *supra*, as distintas formas de lavagem trazem *implícito* o elemento subjetivo especial do injusto, qual seja: a *finalidade* de branqueamento de capitais. Nesses termos, apesar de a reforma introduzida pela Lei 12.683/2012 ter retirado a exigência "saber ser proveniente" do texto do inc. I do § 2.º, consideramos que a presente modalidade típica somente se consuma quando o agente efetivamente emprega em atividade econômica ou financeira, recursos que sabe serem diretamente provenientes de infração penal. A realização dessas atividades comporta fracionamento, sendo, portanto, admissível a tentativa. Lembrando, novamente, que o próprio legislador indicou expressamente essa possibilidade no § 3.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998: "A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal". Manifestação, repetindo, desnecessária, em razão da previsão do art. 12 do CP, sendo também válidas aqui as demais considerações feitas acerca da tentativa.

7.2.2 *Participação em grupo, associação ou escritório que pratique lavagem de dinheiro (§ 2.º, inc. II)*

A norma incriminadora do inc. II tipifica, como delito autônomo, comportamento constitutivo de *mera participação* em grupo, associação ou escritório que pratique lavagem de dinheiro. A redação do tipo não poderia ser mais infeliz, pois nesse dispositivo o legislador penal, lamentavelmente, demonstrou seu profundo desapreço pelos institutos consagrados na dogmática jurídico-penal. Os termos e expressões utilizados destacam-se, negativamente, pela ausência de técnica na descrição dos elementos constitutivos do tipo, possibilitando, para quem não esteja atento aos limites irrenunciáveis do poder punitivo estatal, uma interpretação ampliadora do alcance da norma penal incriminadora.

a) Sujeitos do crime

Sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, tratando-se de crime comum. O tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial do sujeito ativo, podendo qualquer pessoa integrar um grupo, associação ou escritório que pratique o crime de lavagem. Há, ainda, a possibilidade de caracterização de autolavagem, isto é, a imputação do crime de lavagem de dinheiro na modalidade descrita neste § 2.º, II, à mesma pessoa que praticou a infração penal precedente.

Sujeito passivo é a coletividade que tem interesse na regularidade econômico-financeira.

c) Tipo objetivo: adequação típica

O comportamento incriminado consiste em *participar* de grupo, associação ou escritório, que pratique crime de lavagem. Partindo de uma interpretação objetivo-formal do texto da lei, chegamos à conclusão de que foi erigido à categoria de crime autônomo o simples fato de alguém ser integrante de uma coletividade (grupo, associação ou escritório), independentemente de contribuir de alguma forma para a realização das atividades por ela desenvolvidas. Com efeito, o verbo que, teoricamente, constituiria o núcleo do tipo é *participar*, que significa agir, auxiliar, colaborar ou atuar junto com outros em um evento ou atividade. No entanto, como não há complemento verbal, como devia, indicando o conteúdo ou significado do ato de participar – como, de que forma – fica extremamente aberto, não oferecendo a menor segurança jurídica quanto a interpretação de sua abrangência. Pela redação do inc. II, o agente é membro ou integrante de *grupo, associação ou escritório*, isto é, de uma coletividade ou "reunião de pessoas", sem a definição do que consiste a sua "partici-

pação", o que realiza, executa ou faz, aliás, que deveria ser o autêntico objeto de incriminação. Admitindo-se a aplicação literal do dispositivo em questão, pode-se chegar ao absurdo de caracterizar, como agente do crime de lavagem de dinheiro, até mesmo os empregados da limpeza de uma empresa ou sociedade que pratique lavagem de dinheiro. A ausência da descrição da qualidade da intervenção, ou, dito de outra forma, da ação realizada pelo agente, transforma o tipo penal em um tipo aberto e indeterminado, com grave afronta aos limites impostos pelo princípio da legalidade, além de dificultar a valoração do concreto desvalor da conduta, como elemento material da antijuridicidade. Na realidade, o texto legal ignora princípio elementar da dogmática penal de que o indivíduo deve responder pelo que faz e, por isso, deve-se *criminalizar* condutas, ações ou comportamentos, que são sempre representados por verbos nucleares do tipo penal incriminador.

No entanto, a técnica de tipificação utilizada representa um verdadeiro retrocesso frente aos avanços da dogmática jurídico-penal, que é agravada em razão de sua evidente falta de compromisso com a função garantidora, interpretativa e limitadora da noção de bem jurídico tutelado.[75] Na medida em que o legislador descreve um comportamento criminoso, desvinculando-o por completo do sentido material da incriminação, manifesta seu profundo descaso em relação aos princípios da ofensividade, lesividade e proporcionalidade transformando, assim, o Direito Penal numa ferramenta asséptica e avalorativa a serviço de interesses espúrios do Estado. Criticamos duramente esse movimento de administrativização do Direito Penal, que os setores mais radicais do funcionalismo sistêmico vêm edificando através da compreensão do delito como mera *infração do dever* de fidelidade às normas, com a consequente relativização da noção de bem jurídico.[76]

c) Tipo subjetivo: adequação típica

A segunda parte do inc. II parece querer referir-se ao elemento subjetivo do tipo, quando textualmente descreve – "tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei" –. Entretanto, o mero conhecimento das atividades realizadas pelo grupo, associação ou escritório, nada diz sobre a *finalidade da participação*. Não havendo descrição objetiva da natureza, qualidade ou finalidade da ação de

75. Sobre os princípios limitadores do poder punitivo estatal e a concepção de bem jurídico, confira Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal. Parte Geral, cit., p. 40-69.

76. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal. Parte geral* cit., p. 40-41.

participar, como é possível sobre ela projetar os elementos cognoscivos e volitivos do dolo? Estaria, então, o legislador prevendo a punição do agente pelo que ele sabe?

Há muito tempo que se expurgou do Direito Penal a possibilidade de criminalizar alguém com base no que pensa ou no que sabe. A norma penal busca incidir sobre o comportamento humano, levando em consideração seu desvalor ético-social, por isso que se fala *de Direito Penal do fato* e não mais de Direito Penal de autor. *O simples saber das atividades ilegais perpetradas por outrem não pode, a priori, legitimar a pretensão punitiva do Estado*, a menos que estejamos diante de alguém garantidor que tenha o *dever de agir* para evitar que o resultado criminoso aconteça. Nesse caso a *omissão* terá relevância penal, em face do conhecimento do agente. Mas esse não é a hipótese do inc. II, pois o texto da lei não determina que aquele que participa de uma coletividade tenha o dever legal de delatar. É evidente, portanto, que participar de uma coletividade, isto é, figurar pura e simplesmente como um de seus integrantes, é um fato, por si só, carente de significância penal. Somente quando a participação implique em alguma espécie de colaboração à prática criminosa de outrem poderemos admitir sua relevância penal, nos termos dos arts. 29, 30 e 31 do CP. Dessa forma, os atos de *efetiva participação* somente serão puníveis se o crime de lavagem de dinheiro chega, pelo menos, ser tentado.

A doutrina mais atualizada[77] já vem se manifestando com acerto a esse respeito, postulando que somente sejam punidos pelo crime de lavagem de dinheiro aqueles que, propriamente, ostentem a qualidade de autores ou partícipes na atividade criminosa, de acordo com as normas gerais aplicáveis ao concurso de pessoas.

Alguns autores, entretanto, defendem a aplicabilidade do inc. II como forma de combate à "criminalidade de perfil organizado, fundado em grupos ou associações altamente especializados"[78] outorgando-lhe um sentido similar ao

77. Marco Antonio de Barros, op. cit., p. 166-168; Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, op. cit., p. 114-115. Em sentido oposto ao que defendemos no texto, Luiz Regis Prado considera que, apesar do inc. II do § 2.º permitir a imputação típica ao sujeito que não pratica atos característicos de lavagem ou de ocultação, "a responsabilidade penal é consequência natural do concurso de pessoas (art. 29, CP) e do princípio da culpabilidade – imputação subjetiva –, que veda a responsabilidade objetiva (arts. 18-19)" (op. cit., p. 367-368). No nosso entendimento, *venia concessa*, referido autor incorre em uma grande contradição, porque quem não pratica atos de lavagem, não pode ser visto e punido como partícipe do crime.

78. William Terra de Oliveira, op. cit., p. 127.

conceito de organização criminosa, originariamente formulado no art. 2.º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Protocolo de Palermo).[79] Nesses termos, sustentam a possibilidade de completar a tipicidade fazendo prova de elementos subjetivos do tipo que não constam expressamente do texto da Lei, como a *finalidade comum* dos que participam no grupo, associação ou escritório de praticar lavagem de dinheiro, e a efetiva adesão aos planos coletivos. Mas pode o intérprete usurpar a função do legislador *criando* critérios para a incriminação? Na nossa concepção, decididamente, não. Na verdade, a postura mais coerente com a finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos, e a concepção do Direito Penal como *ultima ratio*, consiste em *interpretar o inc. II de forma restritiva*, nos termos que acabamos de formular, isto é, *limitando a relevância penal da participação à prática de atos de efetiva colaboração, conscientemente dirigida ao processo de reciclagem*. Dessa forma observam-se também as regras estabelecidas pelo próprio legislador para o concurso de pessoas, nos arts. 29 a 31 do CP, que, nos termos do art. 12, do mesmo diploma legal, são aplicáveis aos fatos incriminados por lei especial.

d) Consumação e tentativa

Admitindo-se como possível a aplicação literal da norma do inc. II, o crime estaria consumado com a simples admissão do agente como integrante – a qualquer título e para o exercício de qualquer função – de um grupo, associação ou escritório, sabendo que este pratica lavagem de dinheiro. Estaríamos diante de um crime de mera conduta, de consumação instantânea. Sem embargo, no nosso entendimento, o inc. II não pode ser aplicado se não restar demonstrado que o agente realizou efetivos atos de participação no processo de reciclagem de capitais. Com isso deixamos claro que *a punição como crime autônomo da participação em coletividade*, que tenha por atividade a prática da lavagem de dinheiro, *somente se legitima quando o agente realiza algum comportamento que efetivamente represente uma colaboração, conscientemente dirigida ao processo de reciclagem.*

A participação seria, em tese, possível, caso o sujeito tentasse participar em uma coletividade dessas características, mas seria um absurdo conceber seme-

79. O art. 2.º do Protocolo de Palermo, promulgado pelo Dec. 5.015/2004 define *grupo criminoso organizado* como: "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material".

lhante expansão da punibilidade, se admitíssemos punir também aquele que quer participar em um futuro e eventual projeto criminoso.

8. BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BADARÓ, Jenniffer Cristina Ariadne Falk. Lavagem de dinheiro: estudo crítico da tipificação da modalidade culposa. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coords.) *Direito penal econômico, questões atuais*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coords.) *Direito penal econômico, questões atuais*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. La "emancipación" del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 87. p. 57-83. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. *Tratado de direito penal. Parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1.

_____. *Tratado de direito penal. Parte especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 3.

_____. *Tratado de direito penal. Parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 5.

_____; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013 (no prelo).

BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica. *EGUZKILORE*. vol. 23. p. 117-138. San Sebastián, dez. 2009.

_____. La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. *EGUZKILORE*. vol. 15. p. 7-38. San Sebastián, dez. 2001.

BUJÁN-PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

CALLEGARI, André Luís. Problemas pontuais da Lei de Lavagem de Dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 31. p. 183-200. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2000.

CANTARERO BANDRÉS, Rocío. *Problemas penales y procesales del delito continuado*. Barcelona: PPU, 1990.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado, enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

COAF. Lavagem de dinheiro. Um problema mundial. Cartilha. 1999. Disponível em: [www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/cartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial/]. Acesso em: 27.08.2012.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal. Curso completo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FATF-GAFI. About us. Disponível em: [www.fatf-gafi.org]. Acesso em: 27.08.2012.

_____. Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo. As Quarenta Recomendações. 20.06.2003. Disponível em: [www.unodc.org/pdf/brazil/Quarenta_Recomendacoes_sobre_Lavagem_de_Dinheiro.pdf]. Acesso em: 27.08.2012.

_____. Mutual Evaluation Report: Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. Federative Republic of Brazil. 2010. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mutualevaluationreportofbrazil.html]. Acesso em: 02.10.2012.

_____. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations*. Paris, 16.02.2012. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/documents/internationalstandardsoncombatingmoneylaunderingandthefinancingofterrorismproliferation-thefatfrecommendations.html]. Acesso em: 27.08.2012.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORRALLO, Enrique (eds.) *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte especial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. 1.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 5.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. vol. 7.

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN SOBRE SEGURIDAD INTERIOR. *El delito de blanqueo de capitales. Responsabilidad y comiso*. 2005.

JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte especial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 2.

_____. O "sabe" e o "deve saber" no crime de receptação. *Boletim do IBCCrim*. vol. 52. São Paulo: IBCCrim, mar. 1997.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000.

MARTÍN BARBERO, Isaac. Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera. *Boletín Económico ICE*. n. 2.808, p. 25-34. 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da lavagem de dinheiro (aspectos penais da Lei 9.613 de 1.º de março de 1998). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 23. p. 111-129. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1998.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. *La Ley Penal*. vol. 53. p. 1-32. out. 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

THE EGMONT GROUP OF FINANCIAL INTELLIGENCE UNITS. About the Egmont Group. Disponível em: [www.egmontgroup.org]. Acesso em: 27.08.2012.

UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA. *Panorama general*. Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros, Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004. Disponível em: [www.imf.org/external/pubs/ft/fiu/esl/fius.pdf]. Acesso em: 28.08.2012.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970.

ZAGREBELSKI, Vladimiro. *Reato continuato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1976.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Criminal compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal, de Carla Rahal Benedetti – *RDB* 59/303;
- *Criminal compliance* e as novas feições do direito penal econômico, de Luciano Anderson de Souza e Regina Cirino Alves Ferreira – *RDB* 59/281; e
- O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012), de Luiz Regis Prado – *RT* 926/40.

63370

APONTAMENTOS SOBRE O CRIME DE MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR SEM DECLARAÇÃO ÀS AUTORIDADES BRASILEIRAS

2

Notes on the crime of maintaining bank deposits abroad without declaring them to Brazilian authorities

MÁRCIO FERRO CATAPANI

Doutor em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. Foi pesquisador bolsista no Instituto para a Unificação do Direito Privado – Unidroit (Roma). Juiz Federal Substituto da 2.ª Vara Federal Criminal de São Paulo, especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem de ativos.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual; Financeiro e Econômico

RESUMO: O tipo penal de manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades brasileiras competentes (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986) consiste em norma penal em branco, que deve ser completada por normas extrapenais. Não ocorre esse delito se o sócio, administrador, instituidor ou beneficiário de uma pessoa jurídica estrangeira deixa de declarar os depósitos que esta mantém no exterior. Ademais, o crime somente se caracteriza se não forem declarados depósitos bancários, não abrangendo outros tipos de investimentos ou ativos financeiros. O crime em questão não é permanente, mas instantâneo, e admite o arrependimento posterior como causa de redução da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Evasão de divisas – Depósitos bancários – Pessoa jurídica – Autonomia patrimonial.

ABSTRACT: The rule that defines the crime of keeping deposits abroad without declaration to the competent Brazilian authorities (article 22, sole paragraph, of Law no. 7.492 of 1986) shall be supplemented by non-criminal regulations. Such offense does not occur if the member, administrator, settlor, or beneficiary of a foreign legal entity fails to declare that the latter keeps deposits abroad. Moreover, the crime is only characterized if bank deposits are not declared, not including other types of investments or financial assets. Such crime is not permanent, but rather instantaneous, and is compatible with later change of mind as a cause for reduction of sentence.

KEYWORDS: Money evasion – Bank deposits – Legal entity – Patrimonial autonomy.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a tipificação legal – 2. A manutenção de depósitos por pessoas jurídicas *offshore* – 3. A data base para a apresentação da declaração e o crime permanente – 4. A declaração extemporânea e o arrependimento posterior – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO: A TIPIFICAÇÃO LEGAL

Entre os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a Lei 7.492/1986 tipifica a manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente (art. 22, parágrafo único, segunda figura). Trata-se, claramente, de norma penal em branco, que demanda a sua integração por comandos jurídicos não penais – como, de resto, acontece com todos os tipos penais estruturados nesse mesmo artigo de Lei.

A formulação dos três tipos penais cristalizados no art. 22 da Lei 7.492/1986 – um no *caput* e dois no parágrafo único – exige a ocorrência de um ilícito administrativo para que a tipicidade seja verificada. Com efeito, a operação de câmbio deve ser "não autorizada", a remessa de moeda ou divisa para o exterior há de ocorrer "sem autorização legal" e, no que tange aos depósitos, deve existir um dever jurídico de declará-los que possa ser descumprido. Neste último caso, ademais, faz-se necessário o recurso a institutos e conceitos de Direito Comercial, para a adequada compreensão sobre quais são os depósitos mencionados na norma e quem é o seu efetivo titular.

A necessidade de integração do dispositivo de que ora se cuida com normas de outra natureza dá ensejo a algumas reflexões sobre o real conteúdo de tal tipo penal, as quais têm significativa influência em processos criminais. É a tais reflexões que se dedica este breve artigo.

2. A MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS POR PESSOAS JURÍDICAS *OFFSHORE*

Em diversos casos, sócios, fundadores, beneficiários ou representantes legais são denunciados pela manutenção de depósitos em contas correntes de titularidade de pessoas jurídicas estrangeiras. Na maior parte das vezes, estas últimas possuem domicílio em jurisdições ditas *offshore*.

Para analisar tal situação, em primeiro lugar faz-se necessário delimitar o que se entende por jurisdições *offshore*. Segundo o Fundo Monetário Internacional ("FMI") (2000), "Uma definição mais prática de Centro Financeiro *Offshore* (OFC) é um centro no qual o grosso da atividade do setor financeiro é *offshore* em ambos os lados do balanço (isto é, as contrapartes da maioria das operações passivas e ativas das instituições financeiras são não residentes),

onde as transações são iniciadas em outros lugares, e onde a maioria das instituições envolvidas é controlada por não residentes".[1]

Ainda de acordo com o FMI (2000), são três as características principais dos Centros Financeiros *offshore*, a saber:

a) são jurisdições que possuem um número relativamente alto de instituições que efetuam precipuamente negócios com não residentes;

b) possuem sistemas financeiros com passivos e ativos no exterior em desproporção frente à intermediação financeira doméstica destinada a custear atividades econômicas internas; e

c) são centros que propiciam alguns ou todos os seguintes serviços: tributação baixa ou inexistente; regulação financeira moderada ou leve; sigilo bancário e anonimato.

Apesar de, muitas vezes, a inserção de pessoas jurídicas sediadas em jurisdições *offshore* estar ligada à prática de delitos, em especial o de lavagem de dinheiro, não se pode concluir que um ativo ou operação seja ilícito pela só existência de uma sociedade, fundação ou *trust* desse gênero em uma cadeia negocial ou de propriedade.[2] Por exemplo, a realização de planejamento tributário, desde que lícito, é uma decorrência natural e lógica da racionalidade dos agentes econômicos[3] e até mesmo uma necessidade, quando se trata de empresas que concorrem entre si no mercado e devem, por consequência, lançar mão de todos os mecanismos admitidos em direito para a redução de seus custos.

---

1. Tradução livre do seguinte original: "A more practical definition of an OFC is a center where the bulk of financial sector activity is offshore on both sides of the balance sheet, (that is the counterparties of the majority of financial institutions liabilities and assets are non-residents), where the transactions are initiated elsewhere, and where the majority of the institutions involved are controlled by non-residents". Esse mesmo relatório, contudo, expressa que a definição de centros ou jurisdições *offshore* não é uma questão simples ou incontroversa.

2. Nesse ponto, vale transcrever a lição de Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49): "A existência de uma *offshore company* não é, necessariamente, indício de ocorrência de fraude. Trata-se de instrumento legítimo para a realização de determinadas operações mercantis, legais sob o ponto de vista do direito brasileiro, com o objetivo de planejamento tributário ou fluxo de pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira".

3. Ainda que seja limitada, como bem ressalta a doutrina econômica, tal racionalidade é, nas fronteiras do possível, um dos fundamentos de uma ordem econômica capitalista, como aquela adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O próprio Direito moderno é, sob a ótica weberiana, qualificado por sua racionalidade.

Em suma, a existência de eventual fraude não pode ser pressuposta, mas deve ser provada pela parte que a alega, seja em processo penal, seja no âmbito administrativo ou cível.

Neste ponto, deve-se notar que a Res. CMN 3.854/2010, estabelece os parâmetros da declaração que deve ser prestada ao Banco Central do Brasil ("Bacen"), referente a bens mantidos no exterior, comumente referida como Censo de Capitais Brasileiros no Exterior. No que tange ao sujeito passivo, tal dever é imposto às "pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária" (art. 1.º, *caput*, da Res. CMN 3.854/2010). Ademais, quase todos os tipos de bens devem ser levados em consideração para efeitos de verificar a necessidade de se efetuar a declaração: "depósito, empréstimo em moeda, financiamento, arrendamento mercantil financeiro, investimento direto ou em portfólio, aplicação em instrumentos financeiros derivativos e outros investimentos, incluindo imóveis e outros bens" (art. 3.º, incisos, da Res. CMN 3.854/2010). A cláusula genérica de fechamento "outros bens" demonstra de modo bastante claro a intenção do regulador: todos e quaisquer ativos ou direitos economicamente avaliáveis detidos no exterior devem ser informados ao Bacen.

Assim, desde logo se deve perceber a existência de uma distinção significativa entre o disposto na Resolução do CMN e o conteúdo da norma penal: para a primeira, a generalidade dos bens deve ser informada ao Bacen, sem exceções; já a esfera criminalmente relevante é muito mais restrita, ao menos no que tange ao delito de que ora se cuida. De acordo com o disposto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, tão somente os depósitos não declarados são aptos a caracterizar crime.

Não se pode olvidar que o legislador penal, ao optar por criminalizar a conduta de "manter depósitos não declarados à repartição federal competente", pinçou um instituto típico do Direito Privado – o contrato de depósito –, relegando ao campo do penalmente irrelevante[4] todas as demais figuras, ainda que assemelhadas. Nesse sentido é que, por exemplo, não configura o crime em questão a manutenção de outros tipos de ativos financeiros, ainda que atrelados a uma conta de depósito mantida em banco múltiplo. É o caso do indivíduo que possui conta corrente em instituição financeira no exterior, mas cujo saldo está zerado, pois todo o numerário lá existente foi investido em títulos da dívida pública, ações ou quotas de fundos de investimento. Tal sujeito não possui exatamente depósitos no exterior e, como tal, sua conduta não é abrangida pela norma em comento.

4. Ao menos para os fins dessa norma e desse tipo penal, como se verá mais adiante.

Os depósitos a que se refere o tipo penal em questão devem ser, necessariamente, aqueles efetuados em conta corrente mantida em instituição financeira ou equiparada, assim conceituada pelo art. 1.º da Lei 7.492/1986. Ainda que a norma incriminadora em análise não traga essa restrição, ela decorre da circunstância de que outros tipos de depósito não afetam nem estão de algum modo relacionados ao Sistema Financeiro Nacional. Portanto, ainda que o Código Civil brasileiro traga conceito de depósito bastante mais amplo,[5] que não necessariamente envolve uma instituição ou transação financeira, o tipo penal refere-se àquele que a doutrina denomina de depósito bancário – e que, sob a perspectiva teórica, pode mesmo não ser tido como verdadeiro contrato de depósito.[6]

Nesse ponto onde o Direito Penal cruza-se de modo incindível com o Direito Privado, os princípios de cada um não podem ser deixados de lado, sob pena de perverter-se o caráter sistêmico do qual o ordenamento jurídico deve necessariamente ser dotado. Assim, hão de ser respeitadas as formas e os institutos do segundo, pois as transações comerciais e financeiras são feitas com base neles. Entre tais institutos, encontra-se, como já visto, o da autonomia patrimonial das sociedades. Por outro lado, no que diz respeito à seara estritamente penal, tem-se a proibição da analogia para ampliar conteúdos jurídicos proibitivos. Se o tipo penal inserto no art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/1986 restringe a incriminação a depósitos, outras figuras, ainda que próximas, não são aptas a caracterizar a tipicidade.

Uma vez mais, ressalte-se: *nem todo descumprimento do dever imposto na mencionada Resolução é dotado de tipicidade penal.* E, para o que interessa ao presente tema, a titularidade de uma participação societária, se não informada adequadamente às autoridades federais competentes, não se amolda a esse tipo penal.

Com efeito, é sempre importante ter em mente que o Direito Societário[7] possui, como um dos seus fundamentos, o princípio da autonomia patrimonial

5. Art. 627 do CC/2002: "Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame".

6. Acerca da discussão sobre a natureza jurídica do depósito bancário, vide SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 227-233; COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 72-78; e ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. Atual. por Carlos Henrique Abrão. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 114-116. Para Eduardo Salomão Neto (*Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 228-229), as dúvidas que se levantam acerca do tema "(...) vêm da doutrina estrangeira e não se sustentam no direito brasileiro", perante o qual se trata de depósito irregular de coisas fungíveis regido pelas regras aplicáveis ao mútuo.

7. Para os fins do presente artigo, toma-se o Direito Societário em uma acepção bastante ampla, englobando tanto as corporações – sociedades, associações e figuras equipara-

das sociedades e demais pessoas jurídicas, pelo qual, em enunciação bastante simples, os patrimônios da sociedade e o dos sócios não se confundem.[8] Sob outra perspectiva, os direitos e obrigações da pessoa coletiva são diversos daqueles dos membros que a compõem.

Assim, o depósito mantido em conta corrente por uma pessoa jurídica não pode ser confundido com depósito mantido pelo sócio – seja ele controlador ou não – dessa pessoa jurídica, por seu instituidor ou beneficiário, e, muito menos, por seu representante legal, administrador ou procurador. No caso de depósitos mantidos no exterior por sociedades *offshore* ou entidades assemelhadas, o que se tem, precisamente, sob a ótica do Direito Privado, é que (a) a pessoa jurídica é titular de depósitos e (b) seus sócios, de participações societárias (ações, cotas ou instrumentos próprios previstos em cada ordenamento jurídico).[9] Tais participações societárias não possuem, ademais, o valor exato dos depósitos, mas devem ser mensuradas levando-se em consideração todo o patrimônio da pessoa jurídica tomada em consideração, com suas posições jurídicas ativas e passivas

---

das – como as fundações e outras figuras organizativas da propriedade e titularidade de direitos sem paralelo no Direito brasileiro, a exemplo dos *trusts*. Tal postura teórica justifica-se pelo fato de que não existem diferenças relevantes entre tais pessoas jurídicas e entidades para os fins da verificação da tipicidade do delito em questão. Acerca da abrangência do Direito Societário, vide, ainda, os comentários de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França a texto de Herbert Wiedemann (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Excerto do Direito Societário I – Fundamento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 143, ano XLV, p. 66-67).

8. Cite-se, a título de exemplo, a lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (*Direito de empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137): "Um terceiro efeito da personificação é a *autonomia patrimonial*. (...) Autonomia patrimonial da sociedade significa patrimônio distinto e inconfundível com o de seus sócios. Ou seja, os sócios não são condôminos ou coproprietários dos bens que formam o patrimônio social. Os bens que os sócios trazem para a formação do patrimônio social deixam de lhes pertencer, transferindo-se à sociedade a título de propriedade, salvo ajuste diverso". O autor explicita ainda mais o significado de tal princípio nos seguintes termos: "(...) quando o sócio transfere dinheiro para a sociedade, recebe, em contrapartida, um quinhão de participação no capital social (quotas ou ações), que lhe confere direitos pessoais e patrimoniais, figurando dentre os últimos o direito aos dividendos e ao acervo social, quando da liquidação da sociedade. Referido quinhão substitui, portanto, os bens de que desfez o sócio e passa a integrar o seu patrimônio pessoal – nele, portanto, é que seus credores podem buscar a garantia do pagamento de seus créditos".

9. No caso de fundações ou *trusts*, não há de se falar exatamente em participações societárias, visto que não há sociedade propriamente dita, mas interesse jurídico de outra natureza que deve ser analisado em cada caso. De qualquer modo, a natureza dos direitos detidos pelos beneficiários ou instituidores nunca há de ser a de depósito.

sendo consideradas em conjunto[10] – patrimônio esse que é, essencialmente, dinâmico e cuja equivalência monetária varia de modo constante.

A situação é ainda mais flagrante quando a denúncia é oferecida em face de alguém que, segundo os próprios termos acusatórios, é meramente representante legal, administrador ou mesmo procurador da entidade estrangeira. Nesse caso, nem indiretamente, abstraindo-se da existência da pessoa jurídica, se pode afirmar que o imputado é titular dos recursos detidos no exterior. Assim, o fato descrito em tal espécie de denúncia é, segundo nos parece, claramente atípico. Inferir-se da simples posição de representante legal de alguém tem disponibilidade pessoal sobre o uso e gozo de valores depositados no exterior não é compatível com as normas mais basilares do Direito Comercial.

O mesmo se diga quando a acusação recai sobre o beneficiário de uma fundação ou *trust*. O *trust* é instituto típico dos direitos de matiz anglo-saxã, cujo delineamento é assim descrito por Eduardo Salomão Neto (1996, p. 20-21):

"Implica o *trust* a transferência de propriedade ou titularidade sobre um bem corpóreo, móvel ou imóvel, ou incorpóreo, como os direitos, a um terceiro denominado *trustee*, a quem incumbe exercer os direitos adquiridos em benefício de pessoas designadas expressamente no instrumento criador do *trust*, ou indicadas pela lei ou jurisprudência na falta de tal instrumento, chamadas beneficiários ou *cestui que trust*. Alternativamente, podem se constituir *trusts* não em benefício de pessoas determinadas, mas com vistas à perseguição de determinados objetivos."

10. Em exemplo bastante simples, imagine-se uma sociedade limitada *offshore* que seja utilizada exclusivamente para realizar investimentos financeiros e mantenha uma única conta corrente em um banco no exterior. O patrimônio dessa sociedade inclui não só os depósitos por ela mantidos, mas também eventuais investimentos financeiros (ações, títulos de dívida públicos ou privados, posições em contratos derivativos etc.) de sua titularidade e interesses em quaisquer ativos (por exemplo, por meio de *collaterals*). Todos esses ativos podem ser aglomerados na conta corrente em questão, sempre se lembrando que os bancos costumam oferecer uma gama bastante ampla de serviços e produtos financeiros a seus clientes. Além disso, para o cálculo do valor do patrimônio líquido dessa sociedade – que deve orientar a análise de qual o valor efetivo da participação societária –, devem ser subtraídas eventuais dívidas suas, como as taxas e honorários que anualmente devem ser pagos para a sua regular manutenção, se ainda não quitados, bem como os valores devidos à instituição financeira pela prestação de serviços. Conclui-se, em suma, de maneira bastante simples, que depósitos mantidos por uma sociedade não traduzem o seu patrimônio, que é naturalmente formado por múltiplas posições jurídicas. E, consequentemente, os depósitos não traduzem sequer a expressão monetária exata da participação de sócios no patrimônio da sociedade, em caso de liquidação.

Nesse sentido é que tal autor afirma que os *trusts* "permitem a uma determinada pessoa ter o gozo de um determinado bem sem figurar nominalmente como sua proprietária ou titular" (SALOMÃO NETO, 1996, p. 19).[11] Ora, percebe-se claramente que se o beneficiário do *trust* não é o titular dos direitos respectivos – e pode nem mesmo corresponder ao titular anterior ou posterior à sua instituição –, não tem ele o dever de prestar declarações ao Bacen sobre depósitos mantidos no exterior pelo *trustee*.

Os direitos do beneficiário certamente são passíveis de avaliação pecuniária. Se o resultado dessa avaliação superar o montante mínimo constante da legislação brasileira, surge o dever de declarar os direitos que detém às autoridades pátrias. Mas tais direitos não podem ser confundidos com depósitos mantidos no exterior por terceiro, o *trustee*, em seu nome e em benefício de terceiros. Deve-se sempre lembrar que o *trust* é um instituto legítimo e, em algumas hipóteses, até mesmo mandatório, constituído independentemente da vontade das partes. Ainda que ele não exista diretamente no Direito brasileiro, negar os seus efeitos seria contrariar as formas e normas a que as partes estão sujeitas para a celebração de negócios no exterior, o que não se pode admitir.

As considerações feitas para o *trust* valem, ainda, para fundações instituídas no exterior, que conforme a legislação de alguns países podem ser utilizadas para fins privados e quase empresariais.

Outro ponto importante a ser ressaltado diz respeito aos sujeitos passivos do dever de informar regulado na Res. CMN 3.854/2010, bem como nos atos normativos que a antecederam.[12] Tal dever recai sobre "as pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária". Ou, sob outra perspectiva, pessoas físicas ou jurídicas que, nos termos da legislação tributária, tenham seu domicílio ou sede no exterior estão obviamente isentas do dever jurídico de prestar informações às autoridades brasileiras.

Por outro lado, se, por exemplo, as ações dessa pessoa jurídica pertencem a um brasileiro, este não tem o dever de declarar depósito algum, mas tão somente

---

11. Eduardo Salomão Neto (op. cit., p. 21-24) ainda descreve as diversas tipologias de *trusts*, os quais podem se dividir em relativos a propósitos ou finalidades genéricas (*purpose trusts*) ou privados. Estes últimos, por sua vez, subdividem-se em expressos, interpretativos e resultantes. Essas classificações são importantes para os fins do presente estudo porque permitem visualizar que, mesmo se abstraído o critério formal, o beneficiário do *trust* não corresponde necessariamente ao seu instituidor – como no caso dos *purpose trusts* ou mesmo nos *trusts* resultantes. Nestes, "os benefícios derivados do *trust* para seus beneficiários retornam parcial ou totalmente para o seu instituidor" (idem, p. 24).

12. Os quais serão mencionados mais adiante.

a participação societária que detém[13] – o que, como visto, para fins administrativos é indiferente, mas produz consequências penais bastante diversas.

Em suma, além de o sócio ou representante legal de uma pessoa jurídica constituída no exterior, assim como o instituidor e o beneficiário de um *trust* ou fundação estrangeira, não possuir o dever de declarar depósitos mantidos no exterior por tais entidades, também estas não são sujeitos passivos do dever em questão frente às autoridades brasileiras. Com efeito, uma companhia constituída sob as leis de Cayman, da Suíça ou do Estado norte-americano de Delaware não possui qualquer sujeição à Administração Pública Federal brasileira, devendo prestar contas unicamente às autoridades de seus países de origem ou daqueles nos quais atuem. Um vínculo de sujeição surge exclusivamente no caso de a entidade atuar, de alguma maneira, no Brasil. Mas, mesmo nessa hipótese, não há o dever de prestar a declaração ao Bacen, nos termos da Res. CMN 3.854/2010, pois esta somente se aplica às pessoas "residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária", o que não seria o caso.

Portanto, nem mesmo reflexamente pode-se alegar que os sócios, representantes legais ou beneficiários deixariam de cumprir um dever que fosse imposto às entidades estrangeiras com as quais possuem laços.

E, ainda pelas razões expostas, não se pode pretender por algum modo aplicar à hipótese a norma inserta no art. 173, § 5.º, da CF/1988. Esse dispositivo cuida da possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas pela prática de alguns crimes específicos. Contudo, no caso ora analisado, a conduta das sociedades ou entidades *offshore* nada tem em si de criminoso ou mesmo ilícito: manter depósitos em contas correntes é ação perfeitamente aceita pelos ordenamentos jurídicos mundo afora e que se coaduna com o objeto social da quase totalidade das organizações empresárias ou simples; além disso, elas não possuem o dever de prestar qualquer informação às autoridades brasileiras. Assim sendo, não se pode vislumbrar que elas pratiquem qualquer tipo de delito pela mera manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades brasileiras.

13. Até porque, nunca é demais repetir, a sua participação ou interesse societário não possui o mesmo valor dos depósitos mantidos no exterior pela pessoa jurídica correspondente. O valor dessa participação ou interesse pode ser apurado por um dos métodos conhecidos pela legislação societária, como o patrimonial, o de mercado ou o econômico (cf., v.g., os arts. 45 e 254-A da Lei 6.404/1976). Em qualquer caso, ele não equivalerá, salvo alguma coincidência eventual, ao valor dos depósitos mantidos pela pessoa jurídica.

Pode-se alegar, por outro lado, que a existência da pessoa jurídica tem como única finalidade a prática de operações irregulares, sendo que a respectiva personalidade é utilizada para acobertar a ilicitude. Nesse caso, sob a ótica do Direito Comercial, é cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida sob o título de *disregard of the legal entity doctrine*.

Ademais, no curso da atividade da pessoa jurídica, esta também pode ser utilizada diretamente para a prática de fraudes, ou pode ocorrer, por parte de seus sócios ou administradores, abuso de direito, atuação além dos poderes definidos na legislação e no contrato social ou estatuto, ou confusão patrimonial. Ainda que tais fatos não possam ser tratados estritamente sob os contornos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é certo que eles acarretam a responsabilidade pessoal dos sócios ou administradores envolvidos.

Nas hipóteses de ambos os parágrafos anteriores, sob a ótica do Direito Privado, eventuais depósitos existentes em contas correntes no exterior, cuja titularidade formal pertença à pessoa jurídica, podem ser imputados diretamente a seus sócios ou administradores, conforme o caso.[14] E, consequentemente, se houver prova de fraude, violação à lei, contrato social ou estatutos, confusão patrimonial ou circunstância que demande a desconsideração da personalidade jurídica, em tese surge para o responsável, seja ele sócio ou administrador, o dever de declarar às autoridades brasileiras competentes depósitos mantidos no exterior, como se seus fossem. Tal dever, por óbvio, produz reflexos na esfera penal, no que diz respeito ao crime objeto deste estudo.

A correção jurídica desse raciocínio, contudo, esbarra em questão de prática forense: são praticamente inexistentes denúncias que descrevem qual a irregularidade perpetrada no âmbito da constituição ou desenvolvimento das atividades da pessoa jurídica, limitando-se a concluir que o simples fato de alguém ser sócio, representante legal ou beneficiário de entidade sediada em jurisdição *offshore* constitui fraude. No âmbito do Direito Privado, tal presunção de ilicitude não é admissível, tendo em vista que essas entidades podem perfeitamente ser criadas e utilizadas para o atingimento de fins lícitos. Com mais razão, na seara penal não se pode presumir a existência de fraudes ou outras condutas contrárias ao direito, que devem ser descritas de modo adequado na denúncia e provadas no curso do processo. Por tal razão, se a denúncia simplesmente imputa a um sujeito o dever de declarar depósitos mantidos no

14. Ainda que o tema não seja tratado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, diante da virtual inexistência de casos que sejam analisados por nossos operadores do Direito, as conclusões podem, com os cuidados devidos, ser também estendidas aos beneficiários de *trusts* e fundações.

exterior em conta corrente de titularidade de entidade *offshore*, pelo simples fato de aquele ser sócio, representante legal ou beneficiário desta, tal peça processual é flagrantemente inepta e, como tal, deve ser rejeitada.

Note-se que o simples fato de uma pessoa jurídica possuir dois sócios com relações estreitas entre si – marido e mulher, por exemplo – não afasta a sua personificação jurídica nem a autonomia patrimonial. Essa é, aliás, a realidade de boa parte das sociedades empresárias brasileiras, sem que desse puro fato se possam extrair consequências negativas. Do mesmo modo, nas jurisdições em que isso é admitido, sequer a existência de um único acionista afeta tal autonomia. Se as normas do local da constituição e operação da sociedade foram obedecidas, o ato é juridicamente perfeito e produz todos os seus efeitos típicos.[15]

Neste ponto, não se pode deixar de mencionar que a presente concepção do Direito Penal apresenta-o como conformado pelos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade. Assim, apenas devem ser objeto de repressão penal algumas condutas, tidas como socialmente mais danosas. Se assim é, não se pode admitir que, sem a descrição ou prova de algum ato que possa ser caracterizado como ilícito sob a ótica civil, comercial ou administrativa, seja um crime imputado a alguém. Em especial tratando-se de tipo penal que consiste em norma penal em branco: se, para as demais normas que a complementam, não há ilícito de qualquer natureza, é inadmissível afirmar-se a ocorrência de crime.

Obviamente, isso não implica afirmar de modo categórico que o fato de se deixar de informar uma participação societária é penalmente irrelevante. Tal fato muito provavelmente caracterizará o delito inserto no art. 1.°, I, ou no art. 2.°, I, da Lei 8.137/1990, com a diferença de que nesse caso a declaração é devida exclusivamente à Secretaria da Receita Federal do Brasil ("RFB"). Na prática, se uma pessoa dolosamente deixa de informar um fato ao Bacen, é porque não quer que as autoridades, de um modo genérico, dele tenham conhecimento. E, consequentemente, é altamente improvável que tal fato – a titularidade de uma participação societária, paras os fins que ora nos interessam – seja comunicado ao Fisco.

De qualquer modo, no cotidiano forense, se foi oferecida uma denúncia pela prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, não pode, na maioria das vezes, haver condenação em virtude da prova de crime contra a ordem tributária. Isso porque uma das elementares do tipo desta última – qual seja, o objetivo

15. Lembre-se que para a constituição de sociedades vale o brocardo *locus regit actum*. No Brasil, sob o ângulo do Direito Internacional Privado, a matéria é regulada pelo art. 11 da LINDB.

de eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo – em geral não está descrita na denúncia e, portanto, não integra o objeto do processo. O que pode ocorrer, nesses casos, é a aplicação do disposto no art. 384 do CPP, com o aditamento à denúncia. Se se tratar do delito tipificado no art. 2.°, I, da Lei 8.137/1990, que é de menor potencial ofensivo, haverá a posterior remessa dos autos ao Juizado Especial competente, para que o feito seja processado sob o rito próprio. Já no caso do crime previsto no art. 1.°, I, do mesmo diploma legal,[16] apresenta-se ainda a necessidade de constituição definitiva do crédito tributário, com esgotamento da via administrativa, com a possibilidade de extinção ou suspensão da pretensão punitiva se houver o pagamento ou parcelamento.

3. A DATA BASE PARA A APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO E O CRIME PERMANENTE

As informações a que o parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986 se refere devem ser prestadas tanto ao Bacen quanto à RFB.[17]

A competência do Bacen fundamenta-se no art. 1.° do Dec.-lei 1.060/1969, *in verbis*:

"Art. 1.° Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil os bens e valores que possuírem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição.

Parágrafo único. A declaração deverá ser atualizada sempre que houver aumento ou diminuição dos bens, dinheiros ou valores, com a justificação do acréscimo ou da redução."

O art. 5.° da MedProv 2.224/2001, por sua vez, conferiu ao CMN a competência para regulamentar a matéria atinente à declaração de capitais detidos por brasileiros no exterior. Nesse contexto, o CMN editou a Res. 2.911/2001, revogada posteriormente pela Res. 3.540/2008, delegando ao Bacen a atribuição de fixar os limites nos quais a declaração em tela deveria ser prestada.

Já o Bacen estabeleceu os critérios para apresentação da referida declaração, os quais variaram no tempo, do seguinte modo:

---

16. E, para alguns, também daquele tipificado no art. 2.°, I, da Lei 8.137/1990.

17. É esse o entendimento do autor do presente artigo. Desde já se ressalte, contudo, que a jurisprudência tende a se firmar no sentido de que apenas o Bacen é a repartição federal competente mencionada na norma penal sob análise. De qualquer modo, para a determinação da data base dos depósitos a ser considerada, como se verá, qualquer postura adotada levará ao mesmo resultado.

a) o art. 4.º da Circular 3.071/2001, com a redação dada pela Circular 3.110/2002, dispensava da declaração os titulares de ativos que não somassem o correspondente a R$ 200.000,00;

b) esse limite mínimo foi aumentado, para o ano-base de 2002, para R$ 300.000,00, pelo art. 3.º da Circular 3.181/ 2003;

c) o limite mínimo foi alterado mais uma vez, para o ano-base de 2003 e seguintes, para US$ 100.000,00, pelo art. 3.º da Circular 3.225/2004. Esse valor foi mantido pelo art. 2.º da Res. 3.854/2010 do CMN.

Ademais, todos esses atos normativos estabeleceram que as declarações de capitais mantidos por brasileiros no exterior devem ter como base o valor existente no dia 31 de dezembro de cada ano.[18]

O mesmo ocorre com relação às informações que devem ser prestadas à RFB. A declaração de ajuste anual a ser apresentada pelas pessoas físicas deve informar os bens de titularidade do declarante em 31 de dezembro do ano anterior (art. 25 da Lei 9.250/1995).[19]

Nesse sentido, a movimentação financeira ocorrida no correr do ano é irrelevante para o fim de caracterização do dever de prestar informações quer ao Bacen quer à RFB. Consequentemente, tal movimentação também é irrelevante sob a ótica penal, que só se ocupa, em virtude das normas que complementam o tipo incriminador em questão, dos saldos existentes ao fim de cada ano civil. Em outras palavras, o que vale não é o aspecto dinâmico da movimentação da conta corrente, mas uma fotografia – estática, portanto – do seu saldo no último dia do ano.

Com base nesse raciocínio, pode-se concluir que a conduta tipificada não é a de manter ao longo do tempo depósitos não declarados em contas correntes no exterior, mas simplesmente não informar aqueles detidos em um dia específico do calendário.

Tais ponderações são essenciais para averiguar se o crime de que ora se cuida possui caráter permanente ou instantâneo.

---

18. No caso de o montante dos ativos mantidos no exterior ser superior a US$ 100.000.000,00, a declaração deve ser efetuada trimestralmente, tendo como base os valores detidos em 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano (art. 2.º, § 1.º, da Res. CMN 3.854/2010).

19. Eventualmente, se se discutir a ausência de declaração de depósitos em conta corrente mantidos no exterior por uma pessoa jurídica brasileira, note-se que esta deve apresentar ao Fisco federal declaração de rendimentos auferidos no ano civil anterior, acompanhada de "cópia do balanço patrimonial do início e do encerramento do período de apuração" (art. 812, I, do Dec. 3.000/1999, com base no art. 38, *a*, do Dec.-lei 5.844/1943).

O E. STF já decidiu pela natureza permanente do delito, como se depreende do seguinte acórdão:

"Ação penal. Pretensão punitiva. Prescrição. Não ocorrência. Crime permanente. Depósito, no exterior, de valores não declarados à repartição competente. Art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei Federal 7.492/1986. Cessação da permanência à data da omissão na declaração à Receita. Incidência no art. 109, IV, c/c art. 111, III, do CP. HC denegado.

Embargos rejeitados. Nos crimes permanentes, como o de depósito, no exterior, de valores não declarados à Receita Federal, a prescrição conta-se do dia em que cessou a permanência, o que, no exemplo, ocorre à data da omissão na declaração de renda" (STF, EDcl no HC 87.208/MS, 2.ª T., j. 19.05.2009, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 07.08.2009).

O mesmo entendimento é esposado pelo E. STJ:

"Embargos de declaração. Penal. Crime contra o Sistema Financeiro. Art. 22, parágrafo único, última parte, da Lei 7.492/1986. Natureza permanente. Lapso prescricional. Consumação. Inocorrência.

1. O delito tipificado no art. 22, parágrafo único, última parte, da Lei 7.492/1986 (manter depósitos não declarados à repartição federal competente) é de natureza formal e permanente, razão pela qual, enquanto mantidos os depósitos não declarados, não se inicia a fluência do lapso prescricional, segundo a regra do art. 111, III, do Código Penal. Precedente do Supremo Tribunal Federal. (...)" (STJ, EDcl no HC 132.826/MS, 6.ª T., j. 22.11.2011, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 16.12.2011).

Tal entendimento baseia-se na análise do núcleo do tipo penal em questão, que é o verbo "manter" e, como tal, transmite a noção de uma ação continuada no tempo, que não se esgota em um único momento.

Não obstante isso, entendemos que esse não é o posicionamento mais adequado. Como visto, apesar do verbo nuclear do tipo, a conduta punida não é dinâmica ou prolongada no tempo, mas estática e pontual: refere-se ao saldo existente em 31 de dezembro de cada ano e não declarado. Os recursos podem ter sido movimentados livremente durante o ano, o que não gera qualquer necessidade de declaração e, consequentemente, não gera efeitos penais. Uma vez mais se tem de lembrar que o tipo penal em tela é veiculado por norma penal em branco, que não pode ser interpretada sem recurso às demais regras jurídicas que lhe completam e complementam o significado.

Sob outra ótica, a conduta tipificada não é, ao contrário do que a leitura do tipo poderia indicar, manter os depósitos no exterior – ação essa que, em si, é

inteiramente lícita. O que a norma penal pune é simplesmente o não cumprimento do dever de declarar tais depósitos à repartição pública federal competente no prazo previsto na legislação aplicável. Esse descumprimento do dever de informar nada tem de permanente, podendo ser definido no tempo de modo bastante preciso e limitado.

Por tal razão, o crime em questão é instantâneo e não permanente. Ademais, justamente por isso, ele pode ser cometido em continuidade delitiva. Se um determinado agente deixa de informar os depósitos que detém em 31 de dezembro de dois ou mais anos seguidos, poderá ter praticado diversos delitos ou apenas um crime continuado – questão essa que deverá ser verificada pela análise das circunstâncias do delito e dos requisitos do art. 71 do CP.[20]

4. A DECLARAÇÃO EXTEMPORÂNEA E O ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Quais as consequências, no âmbito penal, se o agente apresenta a declaração às autoridades competentes após o prazo legal para fazê-lo?

Se a declaração é formalizada antes do recebimento da denúncia, deve ser aplicada a norma referente ao arrependimento posterior, veiculada pelo art. 16 do CP. A doutrina pátria discute se essa causa de redução de pena somente seria aplicável aos crimes que gerem efeitos patrimoniais, uma vez que, para a sua incidência, faz-se necessário que seja "reparado o dano ou restituída a coisa". Entretanto, entendemos que o termo "dano" pode e deve ser entendido de modo mais amplo, de forma a englobar, por exemplo, o prejuízo – de modo geral, não passível de avaliação pecuniária – à formulação adequada da política cambial e econômica brasileira ou, mais amplamente ainda, às atividades estatais de atuação na e sobre a economia.

Nesse sentido, ademais, já decidiu o E. STJ, *in verbis*:

"Penal. Recurso especial. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Manutenção no exterior de depósitos não declarados. Lei 7.492/1986. Re-

20. Se, por exemplo, trata-se da mesma conta corrente, na mesma instituição financeira, estando envolvidos os mesmos agentes, é bastante razoável falar-se em crime continuado.
Mas o importante é sempre notar que, mesmo que a conta corrente tenha permanecido sem saldo, ou até mesmo com saldo negativo na maior parte do ano, para a caracterização do delito deve-se levar em conta a situação existente em 31 de dezembro de cada ano. Destarte, não se pode admitir que a conduta imputada se protraia no tempo, de forma a caracterizar um crime permanente.

tificação de declaração de imposto de renda para constar os depósitos não declarados, com pagamento dos tributos respectivos. Afastamento do crime fiscal e financeiro. Parecer ministerial pelo desprovimento do recurso. Recurso especial provido.

1. O crime de manutenção no Exterior de depósitos não declarados (art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.496/1986) visa a tutelar a higidez do sistema financeiro e do sistema tributário, resguardando reservas monetárias do País e ensejando o controle das riquezas dos súditos nacionais pelas repartições federais competentes. Para a sua consumação, é necessário sejam omitidos dados referentes a ativos financeiros mantidos no Exterior, independentemente de sua origem lícita ou ilícita.

2. O princípio da proporcionalidade não autoriza que, corrigidas as irregularidades administrativas e já fora de perigo quaisquer dos bens jurídicos protegidos pela norma penal, perdure a reprovabilidade criminal do fato" (STJ, REsp 1.205.870/SC, 5.ª T., j. 31.06.2011, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 30.08.2011).

Por certo, para atuar como causa de redução de pena, a declaração deve ser acompanhada do pagamento de eventuais penalidades, em especial multa, e tributos devidos, sem o qual o objetivo da norma não seria atingido e não estaria presente a necessária reparação integral do dano.

Não há de se falar em arrependimento eficaz, na medida em que o delito, por ser omissivo,[21] consuma-se com o esgotamento do prazo previsto na legislação para a apresentação de declaração sem que o agente tenha adimplido o seu dever. Vencido o prazo, o crime já se consumou e não é cabível a aplicação da figura do arrependimento eficaz, que tem como característica justamente o impedimento à consumação do delito.

Por outro lado, se a declaração for efetuada após o recebimento da denúncia, não produz nenhum efeito automático. De modo geral, sequer caracterizará a atenuante prevista no art. 65, III, *b*, do CP, na medida em que a atuação do agente, nesse momento, não é mais necessária para prover o Poder Público das informações necessárias à boa atuação do Estado na e sobre a economia e à adequada formulação da política cambial e econômica. Com o reconhecimento da existência dos depósitos no exterior não declarados,

21. Como já visto, a conduta tipificada não é manter os depósitos em conta corrente no exterior, mas deixar de declará-los às autoridades competentes no prazo regulamentar.

essencial para o recebimento da denúncia, cessa qualquer interesse em obter tal informação diretamente do agente, o que torna impossível que este busque reparar o dano. Tal fato pode, contudo, ser tido como elemento favorável relacionado às circunstâncias do delito, a ser valorado na fixação da pena, na fase do art. 59 do CP.

5. Conclusão

Pode-se, do exposto, concluir que:

a) o tipo penal inserto na segunda parte do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986 abrange apenas depósitos bancários e não outras modalidades de investimentos ou ativos financeiros, tais como ações, títulos de dívida públicos ou privados, quotas de fundos de investimento e interesses em *collaterals*;

b) o crime em questão não é cometido pelo sócio, representante legal, instituidor ou beneficiário de pessoa jurídica estrangeira, se os depósitos no exterior, de titularidade desta, não são declarados por aquele às autoridades brasileiras;

c) eventual fraude, violação à lei ou ao contrato social, confusão patrimonial ou fato que permita a desconsideração da personalidade jurídica deve ser descrito na denúncia e provado no curso do processo;

d) o crime analisado é instantâneo, podendo ser cometido sob a forma continuada; e

e) tal crime admite o arrependimento posterior como causa de diminuição de pena.

6. Referências bibliográficas

Abrão, Nelson. *Direito bancário*. Atual. por Carlos Henrique Abrão. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Banco Central do Brasil. *Circular 3.071, de 07.12.2001.*

_____. *Circular 3.110, de 15.04.2002.*

_____. *Circular 3.181, de 06.03.2003.*

_____. *Circular 3.225, de 12.02.2004.*

Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Conselho Monetário Nacional ("CMN"). *Res. 3.854, de 27.05.2010.*

Covello, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1999.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Excerto do Direito Societário I – Fundamento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 143. ano XLV. p. 66-67. São Paulo: Malheiros, jul.-set. 2006.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Offshore Financial Centers – IMF Background Paper. 2000*. Disponível em: [www.imf.org/external/np/mae/oshore/2000/eng/back.htm#I]. Acesso em: 26.07.2012.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Código Civil brasileiro – Lei 10.406, de 10.01.2002*.

_____. *Código de Processo Penal brasileiro – Lei 3.689, de 03.10.1941*.

_____. *Dec. 3.000, de 26.03.1999*.

_____. *Dec.-lei 5.844, de 23.09.1943*.

_____. *Dec.-lei 1.060, de 21.10.1969*.

_____. *Lei 6.404, de 15.12.1976*.

_____. Lei 7.492, de 16.06.1986.

_____. Lei 8.137, de 27.12.1990.

_____. Lei 9.250, de 26.12.1995.

_____. MedProv 2.224, de 04.09.2001.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: Ed. LTr, 1996.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O crime de evasão de divisas, de Roberto Garcia Lopes Pagliuso – *RIASP* 21/241; e
- O dever de declaração de valores, bens e direitos detidos no exterior por pessoas domiciliadas no Brasil e o crime de evasão de divisas de que trata o art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei 7.492/1986, de Luiz Carlos Sturzenegger e Henrique Leite Cavalcanti – *RDB* 55/285.

- Direito penal econômico e o bem jurídico protegido através do crime de evasão de divisas, de Douglas Bonaldi Maranhão, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 641;

- Evasão de divisas?, de Ricardo Pieri Nunes, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 565; e
- Manutenção de conta bancária no exterior e o crime do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/1986, de Delmanto Júnior Roberto, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 5, p. 1025.

Veja também Jurisprudência

- Caso de apologia ao crime, associação criminosa e evasão de impostos: *JRP\2001\5401*. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br].

63371

INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

1

Dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial

Technological innovations in the criminal procedure

The dialectic between efficiency and guarantee in the production of the judicial proof

DENIS SAMPAIO

Mestre em Ciências Penais pela UCAM-RJ. Doutorando em Ciências Criminais pela Universidade Clássica de Lisboa. Professor de Direito Processual Penal na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública, na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro e na Pós-graduação em Ciências Criminais na UCAM. Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Defensor Público do Rio de Janeiro.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: Toda maior reflexão na discussão atual sobre a aplicação do processo penal diz respeito à sua duração. Para tanto, não só maior ingerência na atividade judicial gera indicativos de possíveis soluções, mas investimentos tecnológicos são realizados para que haja um incremento

ABSTRACT: Any further consideration in the current discussion on the application of Criminal Procedure regards its duration. To do so, not only greater interference in the judicial activity generates indicative of possible solutions, but technology investments are made so that there

nas atividades processuais. O presente trabalho, portanto, tenta criar uma relação direta entre o tempo e o processo penal, a partir dos avanços tecnológicos a este aplicado, sem afastar a função precípua do processo penal como proteção do indivíduo frente à intervenção Estatal, com ênfase na produção probatória em fase judicial. A partir deste contexto, almeja-se criar argumentos positivos e negativos quanto as inovações tecnológicas sem desnaturar as garantias fundamentais reservadas ao indivíduo na discussão processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal - Tempo - Avanços tecnológicos - Prova - Videoconferência - Sistema audiovisual - Garantias fundamentais.

is an increase in procedural activities. This study therefore attempts to create a direct relationship between time and criminal proceedings, from the technological advances in this application, without excluding the primary function of the criminal proceedings to protect the individual against the State interventio, with emphasis on production of evidence at court. From this context, we aim to create positive and negative arguments about technological innovations without distorting the fundamental guarantees reserved to the individual in the discussion of criminal procedure.

KEYWORDS: Criminal procedure - Time - Technological advances - Evidence - Videoconference - Audiovisual system - Fundamental guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O tempo e o processo penal - 3. Imediatividade dos fatos, imediação e concentração das provas na discussão processual penal - 4. Implementação da inovação tecnológica nas salas de julgamento - Registro audiovisual dos atos processuais realizados - 5. Interrogatório e oitiva de testemunhas por videoconferência - Efetividade prática e análise da garantia fundamental da ampla defesa: 5.1 Argumentos positivos e negativos da utilização da videoconferência no processo penal; 5.2 Interrogatório do arguido por videoconferência - Um nefasto avanço tecnológico - 6. Como se fosse uma conclusão - 7. Bibliografia.

"Talvez a maior ameaça ao planeta resulte da aliança entre duas barbáries: a primeira vem do fundo dos tempos históricos e traz a guerra, o massacre, a deportação, o fanatismo; a segunda, gelada, anônima, vem de nossa civilização tecnoindustrial, só conhece o cálculo e ignora os indivíduos, a carne deles, os sentimentos, almas. Uma nova forma de aliança entre as duas barbáries manifestou-se subitamente em 11 de setembro 2001"
(MORIN, Edgar. O método 5 - A humanidade da humanidade: a identidade humana. *Porto Alegre: Sulina, 2002).*

1. INTRODUÇÃO

Basta olharmos para o lado, dentro de nossa casa, no trajeto ou no ambiente de trabalho que nos deparamos com diários avanços tecnológicos. Os aparelhos estão cada vez menores e as informações mais rápidas. O avanço dessas novas tecnologias nos cria uma nova forma de ver o mundo: mais rá-

pida e fidedigna, pois a realidade está à nossa frente, ainda que observada em 3D ou 4D. A virtualidade da realidade já é uma prática corrente, necessária e irrenunciável.

A sociedade pós-moderna denota-se tecnológica, ou como já se aponta, uma nova sociedade da informação. O direito (e para nosso estudo, o direito processual penal), não está se esquivando dessa realidade. A presença tecnológica induz uma necessária modernização nesta seara jurídica, com aproximação desse novo modelo e linguagem social, justamente para que o discurso e a prática não seja engolida com as céleres interferências tecnológicas.

É nesse sentido que, não obstante já nos reconhecermos *in* nesta nova dialética, impõe-se sempre a urgência de refletirmos sobre a necessidade e adequação entre as interferência da nova sociedade de informação e as tradicionais formas de vivificação da dinâmica processual.

Torna-se ilustrativa o julgamento dos arguidos condenados pelo ataque terrorista de Madrid em 11.03.2004 onde vários atos processuais e a leitura da sentença ocorreu por videoconferência, em tempo real com diversos lugares e espectadores espalhados não só no território espanhol, mas mundial.

A sala das Audiências Nacional em Madrid serviu como local de produção de provas como se fosse um transmissor de informações virtuais, já que várias provas testemunhais, os interrogatórios dos arguidos e as defesas foram transmitidas por videoconferência. Quatro câmeras cobriram todos os ângulos da sala permitindo que não se perdesse nenhum detalhe e uma câmera instalada na mesa do Tribunal, filmava qualquer nova prova que a acusação e a defesa apresentavam.

Havia a edição de imagens e sons, para que preservassem a intimidade de testemunhas. O Presidente do Tribunal possuía um dispositivo em que autorizava ou não a transmissão de imagens das provas produzidas, como se a sensibilidade dos computadores ditasse a dinâmica de um importante ato judicial.

Pela primeira vez na Espanha, as notificações aos procuradores ocorreram pela Internet, mediante firma eletrônica. A leitura da sentença também ocorreu por videoconferência para os diversos arguidos condenados, inclusive sendo intimado da decisão em outros países. Cada ato ocorreu em um mesmo momento, mas diversos foram os locais, a forma de recepção e apreciação. O infortúnio real foi visto virtualmente, como se esta nova forma de transmissão fosse a consequência do medo de uma nova realidade mundial.[1]

1. Informações extraídas de MONTESINOS GARCÍA, Ana. *La videoconferência como instrumento probatório en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 23-24.

O foco da reflexão segue nesse sentido: até que ponto as inovações tecnológicas perante nossa sociedade da informação influenciam na dinâmica da relação comunicacional do processo penal. Como pode ser observada a relação processual com as novas técnicas de produção e valoração das provas? Há concorrência entre o direito e a nova relação tecnológica?[2] A tradicional observância do trâmite, princípios e as garantias processuais sofrem abalos? Certo é que o fenômeno da nova criminalidade, mais rápida e violenta, conjugado com a sociedade de informação, demandarão uma mudança do paradigma moderno do processo penal, revitalizando a dicotomia entre o processo penal como um sistema de sólida garantia do indivíduo *versus* a ampliação de tratamento eficiente de formas expansivas face às novas e crescentes criminalidades.[3]

Essas são algumas indagações que não poderão ser respondidas sem que trafeguemos por alguns outros atuais e importantes temas. Por isso, a influência do tempo no processo, a consequente necessidade da imediatividade dos atos e novas formas de produção de provas, com ênfase na colheita de informações das audiências por áudio-vídeo denotam-se importantes focos de análise que seguiremos.

Outras questões de extrema importância neste diálogo seguem nas novas realizações técnico-científica e a necessidade de modernização da investigação criminal. Por questão metodológica, esse tema apenas passará por alguns pontos de contato, deixando essa polêmica para outra possível oportunidade.

Assim, seguimos na tentativa de diagnosticar a influência da sociedade tecnológica e da informação, com todo seu dinamismo, necessidades, riscos e incertezas e a dialética processual penal.

---

2. "Uma das questões fundamentais é a questão da direcção do impacto recíproco; ou seja, se são só as tecnologias que influenciam o direito, ou se o direito também influencia as tecnologias através dos seus modelos de regulamentação". SCHNEIDER, Jochen. Processamento eletrônico de dados – Informática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 552.

3. Nessa referência, a contínua preocupação da interseção entre a "política criminal liberal" e a "política criminal securitária", esta com foco na realização da pretensão punitiva como instrumento de defesa social, aquela como defesa das garantias do arguido na situação processual. DIAS, Jorge de Figueiredo. O processo penal português: problemas e prospectivas. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 809.

Comecemos pelo tempo e a interferência na imediatividade da produção probatória.

2. O TEMPO E O PROCESSO PENAL

Um dos pontos de maior reflexão na vida moderna refere-se ao tempo. Não só na relação entre as pessoas, na sua própria individualidade e nos aspectos sociais. Analisar a relação temporal, diz respeito à questão objetiva (de referencial), a subjetividade, a ansiedade, o receio, a paixão, ou qualquer sentimento reservado ao ser humano, até porque o tempo robótico (científico) se mostra programado, as sensações não! Portanto, a noção de tempo deve ser relativa, já que cada sistema de inércia, como apontava Eisntein, deve ter seu tempo particular.[4]

Por isso, o tempo para uns pode ser longo; para outros excessivamente curto. Basta analisarmos uma pessoa amada a partir de um longo beijo. O apaixonado precisará de mais tempo para sentir aquele prazer. Talvez o tempo tenha sido muito curto para tamanho calor da paixão. Por outro lado, encostar em uma panela quente, pode gerar um tempo indeterminado de dor, ainda que a aproximação desses corpos tenha ocorrido por um segundo. Então, a partir de sensações humanas a relação temporal jamais se mostrará estática.[5]

Nas relações sociais, o tempo também acaba sendo um fator preponderante. Analisa-se o tempo econômico;[6] o tempo social; o tempo de trabalho e do ócio; o tempo científico; o tempo eleitoral e político; o tempo prisional; o tempo hierárquico; o tempo disciplinar (na expressão foucaultiana), e todos aqueles que se amoldam às questões de envolvimento entre interesses sociais.

A primeira observação necessária é que o tempo de ontem não é o de hoje. A relação proximal pela comunicação elevou a necessidade de maior aceleração temporal, basta compararmos uma cidade interiorana destituída de estruturas modernosas com as grande metrópoles. O tempo urbano não é o mesmo que o campestre! Da mesma forma o tempo prisional não será, nem mesmo próximo, ao tempo de fruição da liberdade. Por outro lado, atualmente, as re-

4. EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Trad. H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981. p. 154.

5. Famosa a explicação simplificada da teoria da relatividade de Einstein: "quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. – Isso é relatividade". EINSTEIN, Albert. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 100.

6. Na visão máxima do capitalismo "time is money".

lações de estreitamento nas comunicações e das novas tecnologias reduziram bastante o tempo social.

Nesta linha, não podemos descartar o duelo entre o tempo útil e o democrático. Aquele refere-se a uma análise imediatista em que a solução está referida na demonstração, até porque se houver a perda de tempo, pode-se deixar a utilidade de eventual ato (financeiro, econômico, político). Por outro lado, a democracia e a sociedade contemporânea estão pautadas no princípio da precaução e da incerteza[7] em que a degustação de informações e reflexões são necessárias à sua consolidação. Não há democracia açodada, justamente para que não ofenda a sua solidez. Assim, Jean Chesneuax adverte que "o cidadão preocupa-se com o tempo, com o que vai acontecer mais tarde, com o alcance que terão no futuro as decisões tomadas. O utilizador, pelo contrário, exige que 'aquilo' funcione de imediato: mete as fichas nas tomadas de corrente e a máquina tem de funcionar".[8]

Da mesma forma no direito,[9] para nosso enfoque, a relação processual penal deve seguir pela reflexão temporal. Aliás, este é um dos tormentosos pontos que assola há anos esta ciência, até porque, será na contextualização processual em que incorrerá a relação comunicacional do direito[10] e dos indivíduos neste conjunto. A ênfase é conferida atualmente pela maior possibilidade de fiscalização social através das formas de comunicação e da própria mídia. Por isso que um dos motes de reclamo da sociedade é garantir uma maior aceleração ao término da resposta jurisdicional, objetivando a réplica de novos desafios e conflitos. Hoje vivemos uma sociedade dromológica em que as ideias são transformadas em velocidade da informação.

O lado maléfico desta relação tempo/direito diz respeito à necessidade de aceleração social com a aplicação de atitudes normativas e atos processuais ur-

---

7. MORAIS, José Luis Bolzan. *A subjetividade do tempo – Uma perspectiva transdiciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 91. BECK, Ulrich. *Teoría de la sociedad del riesgo. Las consecuencias perversas de la modernidad*. 3. ed. Trad. Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 2011. p. 212.

8. CHESNEAUX, Jean. Tirania do efémero e cidadania do tempo. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 118. Por isso que analisando o tempo democrático continua na afirmação de que o "tempo dos mercados é a verdadeira antítese do tempo dos cidadãos, o qual é constituído por crises e hiatos, por momentos de espera, de incerteza e de maturação, de súbitos 'tempos fortes', em que tudo se torna possível, e ainda de recuos, para depois partir na boa direcção" (p. 127).

9. OST, Francois. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Baurú: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

10. Idem, p. 385.

gentes. Esse estado de urgência levanta uma bandeira de sumarização de ritos processuais, com reformas normativas cada vez mais voltadas à celeridade de uma resposta jurisdicional e a atividade dos administradores do Poder Judiciário em criação de estatísticas demonstrativas de redução do tempo no processo bem como novos critérios de investigação e obtenção de provas, desenvolvida a partir das necessidades de uma sociedade voltada ao risco e à prevenção de agruras individuais e, principalmente, coletivas. Hoje os ISOs, com a certificação de excelência da gestão dos órgãos jurisdicionais, estão pautados na quantidade de atos (audiências, despachos, sentenças) em um curto intervalo de tempo. Portanto, a eficiência – através dos meios utilizados para alcançar o resultado almejado – do órgão dar-se-á pela ampliada quantidade de atos que produz. O tempo acelerado indica a garantia de uma maior (e talvez melhor) prestação jurisdicional, como adverte aquelas modalidades de análise. Da mesma forma, para além das questões de envolvimento na dialética processual, a própria produção probatória se vê envolvida entre sua eficácia e a relação temporal.

Porém, não podemos nos afastar de uma necessária reflexão constitucional ao processo penal, em que a proteção de todos os envolvidos nesta seara deverá ser séria e a partir da leitura e contextualização de uma Constituição Republicana, o que gera um diálogo, em muitos aspectos não amistoso, entre as inovações tecnológicas e a "densificação e expansão da área de tutela de direitos fundamentais pré-existentes"[11] Por isso que, qualquer fator de interpretação do tempo processual deve seguir (e seguirá) um parâmetro democrático, minimizando – e não descartando – um aporte utilitário da discussão processual. Podemos afirmar, portanto, que nossa análise parte de um tempo democrático. Por conseguinte, "será ele rico em potencialidades diversas, mas também em ambiguidades, senão em perigos. É simplesmente o tempo dos humanos que vivem em conjunto, com suas capacidades mas também com suas fraquezas".[12]

Nesta linha de pensamento, entendemos que o processo penal deve seguir sempre uma relação de proteção à investida repressiva, na medida em que jamais poderá ser visto como gestão de segurança pública e solução imediata das questões sociais,[13] até porque, outros métodos poderiam ser utilizados com mais

11. COSTA ANDRADE, Manuel de. *"Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente.* Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 148-149.

12. CHESNEAUX, Jean. Op.cit., p. 128.

13. O que vem sendo observado pela nova dinâmica do direito penal moderno. HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales.* ano XLV. fasc. I. p. 235-249. 1992.

eficácia para a prevenção dos novos (e nem tão novos assim) riscos sociais.[14] Não seria difícil afirmarmos que uma aceleração descabida na visão processual penal, geraria a inobservância ou minimizaria algumas, senão todas, as garantias fundamentais que baseiam a própria coluna vertebral do processo penal.

Portanto, na análise entre o tempo e o processo, não seria inoportuno afirmar que aquele que praticou um ato supostamente delitivo precisa de tempo para refletir no que fez ou no que não fez. Precisa degustar a informação de estar diante de uma estrutura criminal. Necessidade de análise reflexiva da investigação e acusação, para que possa confrontá-la. O processo, portanto, deve seguir numa maior relação temporal do que a aceleração de atividades virtualizadas. No processo a urgência da resposta e a imediatividade das informações jamais poderá suplantar as garantias envolvidas ao arguido, senão o utilitarismo processual indicaria uma teórica e veloz inconstitucionalidade.

Não podemos nos afastar, no entanto, de uma busca social à celeridade processual, textualizada, inclusive, à garantia fundamental,[15] com a produção de proteção com todos seus efeitos.[16] Mas a expressão, por si só, já indica a necessidade de uma interpretação prospectiva em que o tempo do processo deve seguir uma duração razoável, para a possibilidade dialética entre as partes acusatória e defensiva e a dinâmica da produção e análise probatória, inclusive como um princípio prático do processo penal.[17]

Antiga a expressão de que um processo lento gera injustiça, na afirmação de Ruy Barbosa que *justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.*[18] Mas o açodamento da ritualística processual também poderá gerar máculas irreparáveis. Por isso que o bom senso, sempre em encontro com o devido processo legal substancial, deve ser o norte orientador da análise temporal (razoável) do processo penal. Até porque, "se é verdade que um processo que se arrasta assemelha-se a uma negação de justiça, não se deverá esquecer,

---

14. Na indagação de Maier, "será o direito penal uma ferramenta eficaz para prevenir tais riscos?". MAIER, Julio B. J. Estado Democrático de Derecho, derecho penal y procedimiento penal. In: _____; CÓRDOBA, Gabriela E. *¿Tiene un futuro el derecho penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 110.

15. Art. 5.°, LXXVIII, da CF/1988; art. 20, n. 4, da Constituição a República Portuguesa; art. 6.°, § 1.°, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

16. PINTO, Ana Luíza. *A celeridade no processo Penal: o direito à decisão em prazo razoável.* Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 69.

17. BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 87

18. BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços.* Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1999. p. 100.

inversamente, que o prazo razoável em que a justiça deve ser feita entenda-se igualmente como recusa de um processo demasiado expedido".[19]

A aceleração econômica, social e das ideias é uma realidade que não se pode descartar. Com isso, as ciências jurídicas também passam por esta transformação com aprimoramentos tecnológicos. Assim, a busca de um processo penal mais célere é a afirmação da aplicação prática de imposição constitucional. Contudo, nosso tempo (no processo penal) é (e deve ser) outro. Não o tempo de urgência a todo custo, mas sim um tempo razoável em que jamais deve afugentar outras garantias fundamentais,[20] com o equilíbrio entre sua estrutura clássica e sólida, e a atual dinâmica de uma sociedade de riscos[21] e incertezas.

Se a velocidade e a informação são os motes da sociedade moderna, o processo penal deve seguir diante de um tempo democrático, utilizando as inovações tecnológicas para criar credibilidade às provas produzidas e ao próprio processo em si, com objetivo de formação coerente da convicção do julgador formando um processo justo e, sempre em busca da valorização coerente e proporcional entre a intervenção penal e os direitos de liberdade do indivíduo.[22]

3. IMEDIATIVIDADE DOS FATOS, IMEDIAÇÃO E CONCENTRAÇÃO DAS PROVAS NA DISCUSSÃO PROCESSUAL PENAL

Como já apontado na relação temporal, a velocidade como andam as ideias ultrapassa a passividade da reflexão.[23] Atualmente, não há mais uma busca pelo conhecimento, até porque este exercício é muito demorado e vive-se com pres-

19. OST, Francois. Op. cit., p. 383.

20. LATAS, António João (org.). *Mudar a justiça penal. Linhas de reforma do processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 37-39.

21. Sobre esta característica social, imprescindível a leitura de Beck, na identificação sociológica da neomodernização, a denominação de uma sociedade de risco, preocupada com seus avanços e seus medos. Identificou, na realidade, uma sociedade bipolar em que todos os avanços são fatores de evolução e involução, conforto e insegurança, estabilidade e incerteza, modernização e perigos. Por isso, "o processo de modernização se volve *reflexivo*, se torna a si mesmo como tema e problema". BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia uma nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2010. p. 30.

22. Esse, na realidade, é o ponto de maior reflexão entre os atuais pensadores do direito e da sociologia.

23. "O tempo do pensamento e da criação está também ele submetido a esta pressão da aceleração generalizada". GUILLAUME, Marc. A competição das velocidades. In: MORIN,

sa; procura-se informações. "A pressa é pretexto da superficialidade e manifesta em todos os pontos".[24] A forma simplificada e fácil como essas são postas pelos meios eletrônicos (Internet), indica a necessidade de estarmos sempre conectados à entrada destas informações, imergidos, portanto, numa sociedade da informação. Hoje ou nós estamos *in*, não só como consumidores,[25] mas como interligados a uma rede; ou estamos *out*, em que não há, até mesmo, uma relação social.[26] Basta pensarmos que os indivíduos são vistos e reconhecidos pela quantidade de pessoas que os acompanham em *sites* de relacionamentos. Por isso podemos nos comunicar, prontamente, em todo o mundo, o que torna tudo mais próximo e imediato quanto a relação de informações e o próprio controle exercido sobre os fatos e ideias.[27]

A tecnologia anda em velocidade extrema, não mais em quilômetros por hora, mas agora em *kbites ou nanobites*. Sabemos se o produto eletrônico que adquirimos é de boa qualidade pela quantidade de armazenamento de informações e velocidade em que gera a sua reprodução. O objetivo destes avanços, ao nosso sentir leigo, ocorre para que haja maior velocidade na transmissão de

---

Edgar; PRIGOGINE, Ilya. *A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 103.

24. MARTINS, Francisco Menezes. *Impressões digitais. Cibercultura, comunicação e pensamento contemporâneo*. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 62.

25. Imprescindível leitura de BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo – A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

26. O que traduz na necessidade de todas as sociedades a implementação destas inovações tecnológicas para que o modelo digital esteja inserido em âmbito internacional, com ênfase aos países em desenvolvimento. Neste sentido, voltado a preocupação da inserção de países em desenvolvimento na sociedade digital, VEIGA, Carlos. Sociedade digital – Impactos na sociedade. *Direito e Cidadania*, ano IV, n. 12-13, p. 251-261.

27. "Desde que o mundo iniciou uma relação a distância com suas próprias imagens, a história do homem e de seu entorno se modificou de forma irreversível. Do que se possa argumentar a respeito de uma suposta evolução face às possibilidades técnicas. Do advento do social imaterial ao comércio eletrônico, fica determinado um ritmo cuja interatividade é a sedução ou a dispersão. (...) Desde o advento da Internet, as rotas do social ganharam um upgrade. O mundo em contração e expansão em movimentos alternados (Virilio) levou o tempo e o espaço à escala da interatividade. A escolha passa a ser indicadora de liberdade. (...) Se a realidade pode ser virtual, a virtualidade também pode ser real, ainda que o dualismo mais pertinente seja o de atual e virtual (Deleuze, Lévy). Para este caso, no entanto, o virtual-real traz ideias que se agregam ao conceito de Rebelião do Virtual". MARTINS, Francisco Menezes. Op. cit., .p. 26-27.

informações, conforme já referido, até porque, a telepresença substitui a presença física. "Troca-se o vivo pelo vazio da rapidez, substituindo-se o espaço-tempo concebido pela experiência habitual dos lugares pelo 'não lugar' do espaço-velocidade da técnica".[28]

A aceleração em busca de informações encontra-se em todos os meios sociais, culturais, profissionais e, ao nosso interesse, jurídicos. Estamos nos aproximando da impossibilidade de folhearmos um livro,[29] tarefa das mais prazerosas para pesquisadores das ciências humanas. Daqui a pouco, nossos estudos serão exclusivos em telas de computadores ou equipamentos portáteis que armazenam diversos livros.

Na procura desta relação de ligeireza, busca-se uma maior celeridade processual, para logo chegarmos à decisão final, na tentativa do afastamento do tempo "nadificado" do direito processual penal.[30] Os processos hoje já começam a ser eletrônicos. O acesso aos Tribunais Superiores se mostra on-line,[31] o que em muito poderá ajudar àqueles jurisdicionados e seus representantes. As audiências já começam a ser realizadas através de gravação audiovisual. Toda esta modernização gira na busca de uma resposta judicial rápida, para a demonstração da efetividade do Poder Judiciário à sociedade. Velocidade de recepção e transmissão de dados, atualmente, se traduz em efetividade processual.[32]

Mas não só a partir de apresentação e armazenamentos de dados eletrônicos que estamos atualmente envolvidos. Em todo o mundo cresce a necessidade de uma vigilância eletrônica[33] em todos os locais. Busca-se uma inovação tecno-

28. THUMS, Gilberto. *Sistema processuais penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69-70 (grifo nosso).

29. Por isso a preocupação de ECO, Umberto; CARRIÈRE, Jean-Claude. *Não contem com o fim do livro.* Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Record, 2010.

30. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal – Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado.* Salvador: JusPodivm, 2009. p. 88.

31. Res. STF 344/2007.

32. Essa preocupação não é atual. Assim exclamou Eduardo Gelano que "do jeito que vamos, segundo o criminalista Nils Christie, em pouco tempo os processos penais serão conduzidos por vídeo, sem que o réu jamais seja visto pelo promotor que o acusa, pelo advogado que o defende e ou pelo juiz que o condena". GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar. A escola do mundo ao avesso.* 6. ed. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 113.

33. Diante de uma intrincada relação entre sociedade e privacidade individual. Ver. FROIS, Catarina (org.). *A sociedade vigilante. Ensaio sobre a identificaçção, vigilância e privacidade.* Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008.

lógica para prevenção de delitos ou (tele)descobertas desses fatos,[34] como na lembrança do filme *Matrix*. A evolução mundial do direito penal preventivo[35] resta fundamentada pela necessidade de repressão de criminalidades (sociais ou ideológicas), em que a visão panóptica de Betham não mais precisa de um modelo arquitetônico prisional. Basta uma estrutura tecnológica, em que minimizam os direitos fundamentais da intimidade e privacidade, para garantir uma vigilância permanente mais atualizada. Nosso mundo on-line acaba gerando um *big brother* social, em que se acredita na ausência de privacidade para um bem comum, gerando um panoptismo social.[36]

A ideologia destes avanços tecnológicos gera um estilo processual penal de vigilância permanente, com foco sempre na urgência das medidas e na imediatividade dos atos. Afasta-se a sensibilidade das emoções, para garantir a objetividade da imediata efetividade.

Por outro lado, não podemos deixar de apontar que a modernização da gestão da estrutura judiciária denota-se necessária.[37] Da mesma forma o ne-

---

34. A partir do avanço tecnológico surgem diversos componentes de comunicação e de vigilância comportamental que influenciam e dinamizam as investigações policiais. Assim, para além das questões internas, a necessidade de modernização do aparato investigativo se internacionaliza e procura-se novas técnicas face à criminalidade organizada internacional. Este, sem dúvida alguma, figura um importante e imponente foco de influência da sociedade de informação à "nova" criminalidade. Porém, este ponto não figura nas nossas reflexões, deixando para outro oportuno momento. Importante leitura de ALBRECHT, Hans-Jörg. Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos. Trad. Inês Fernandes Godinho. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 725-743.

35. Nesta linha, Hassemer indica que a "*prevenção*, o qual era um objetivo colateral do direito penal clássico, se tem transformado em um paradigma dominante". HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 239.

36. Basta pensarmos no Sistema Echelon formando uma espionagem global através de 120 satélites Vortex, em que intercepta todo tipo de comunicações que utilizam instrumentos eletrônicos e digitais (as comunicações telefônicas, o fax e o correio eletrônico) em todo o mundo. A capacidade de interceptações de comunicações privadas e de obter informações políticas, econômicas, tecnológicas e comerciais é de 2.000 milhões de informações por dia.

37. A mesma referência deve ser posta à atividade policial em que enseja todo o arcabouço investigativo à formação da ação penal. Aliás, caberia ao Estado dar toda a estrutura técnica e tecnológica ao avanço das investigações, justamente para a sensação de impunidade social não ficar a cargo de desarticulação no momento da investigação. Dessa forma, além de garantir um aparato investigativo coerente, afastaríamos, ao

cessário avanço tecnológico em relação à macro criminalidade[38] mais avançada (com ênfase ao *ciber-crime*) para que não haja impunidade em decorrência da ausência de acompanhamento tecnológico pelo outro revés, posto que, na maioria das vezes, a atividade criminosa dá-se de forma anônima, com codificação de dados, armazenamentos eletrônicos etc.[39] No entanto, não podemos criar mais uma atividade indispensável sem que haja análise para o seu destino final. Devemos pensar que todo esse avanço tecnológico serve para criar subsídios aos indivíduos – em realidade – e não a eventuais "robôs" – na relação de virtualidade. Toda atividade científica deve ser dirigida ao maior conforto e vivência harmônica do ser humano, senão a referida evolução científica não valeria à pena face à onerosidade prática. Qualquer evolução deve seguir ao aprimoramento da sociedade e de seus integrantes.

A partir do século XX os fluxos de informação tornam-se omnipresentes. Os *media* e as tecnologia da informação estão inseridas nas diversas relações da vida pública e privada, tornando as relações mais próximas, o que de um lado mescla a simplicidade dos contatos com a complexidade do cotidiano.

Para o direito e o processo penal estas questão também denotam-se presentes gerando evolução nas questões complexas e da mesma forma nas frentes delitivas. Com esse fator evolutivo os crimes mostram-se cada vez mais sofisticados e, consequentemente, há maior dificuldade na ingerência probatória para chegar a demonstração desses fatos. Neste sentido, o processo penal deverá seguir este desenvolvimento nas intrincadas questões probatórias.

Deixamos, no entanto, para outra oportunidade as delicadas questões referentes ao avanço tecnológico das investigações criminais,[40] seguindo apenas

---

nosso sentir, eventuais abusos policiais com o fundamento da busca da solução da investigação.

38. Recente Lei publicada no Brasil (Lei 12.694, de 24.07.2012) dispõe sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, indica a utilização dessas tecnologias, na medida em que os juízes que formam esse colegiado deverão ser domiciliados em cidades diversas e poderão realizar os atos decisórios pela via eletrônica (art. 1.°, § 5.°).

39. Nesta linha de pesquisa, segue relatório apresentado por QUELHAS, Filipa Marta de Figueiroa. *O meio de (obtenção de) prova digital electrónica – Sua admissibilidade e relevância, em especial, face à globalização e ao uso das novas tecnologias pelas organizações criminosas.* Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, p. 21 e ss.

40. Questão de imprescindível relevância face aos novos crimes organizados em estruturas transnacionais em que enseja a necessidade de técnicas especiais de investigação.

em algumas referências à produção das provas em juízo. Por isso, a partir da engenharia moderna dos novos crimes, o que se observa é uma maior necessidade na fase de julgamento , de auxílios cada vez mais técnicos para formação da convicção do julgador. Assim, a interpretação dos argumentos expostos pelas partes, figuram, de certo modo, atrelados aos novos meios e modelos de provas técnicas.

Em nosso ponto de contato, a imediatividade das informações na seara penal urge de uma resposta "rápida" à sociedade. É a partir desta reflexão que podemos afirmar a utilização máxima do sistema penal para a solução (ainda que artificial) da maior parte das agruras sociais, servindo o direito penal na tentativa de proteção do mundo, atualmente, como "arma multiuso"[41] de asseguramento social para a prevenção de distúrbios individuais e sociais. Pensa-se que o direito penal serve hoje como o maior salvador dos problemas, envolvendo grupos de indivíduos ou mesmo relações coletivas. Há praticamente uma panpenalização das atividades sociais, como se o direito penal alcançasse um grau de superioridade em relação à outras atividades do Estado, criando uma fácil identificação da sua expansão.

Atualmente, fomenta-se no sistema penal uma tentativa de segurança social e a própria prevenção delitiva. E, para que haja esta artificial solução dos

---

Por outro lado, não há possibilidade de romper o dique internacional de respeito aos direitos humanos. Por isso, essas novas e especiais técnicas deverão respeitar o princípio alicerçal do direito penal, da legalidade, o que traduz a necessidade de respeito à segurança da atuação investigativa, não sendo possível ultrapassar o marco de uma investigação concreta. Por outro lado, há necessidade de respeito ao princípio da subsidiariedade, o que traduz na imposição da utilização de outros meios de investigação menos onerosos aos direitos e liberdade fundamentais, sendo, portanto, realizadas as novas técnicas quando não houver outro meio investigativo. Ainda, imprescindível o respeito ao princípio da proporcionalidade, o que indica a utilização destas técnicas apenas quando estiver o investigador diante de crimes extremamente graves, ou de necessidade de prevenção de outros da mesma natureza. O respeito a todos esses ditames constitucionais dar-se-á pela salvaguarda dos direitos e liberdades individuais, bem como o receio de vulgarização das novas e especiais técnicas de investigação, surgindo sempre a necessidade de diálogo entre necessidade e conveniência democrática para utilização destes meios. Ver LEZERTUA, Manuel. Terrorismo y médios jurídico-tecnológicos de investigación penal. In: ARMAZA, Emilio José Armaza (coord.). *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010. p. 459.

41. Expressão de Kindhäuser. Em KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Disponível em: [www.indret.com]. Acesso em: 10.07.2012. p. 4.

problemas, a repressividade penal indica o ponto de partida principal, criando alguns outros e conhecidos problemas. Basta lembrarmos das palavras, sempre atuais, de Zaffaroni para saber do que nos referimos, quando afirma que "a seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder repressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção pacificadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico – penal. Os órgãos executivos têm 'espaço legal' para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem".[42]

Em relação à discussão processual penal, a imediatividade da resposta (condenatória, para a alegria de "muitos") tornou-se o ponto crucial para a efetividade do processo. Até porque, "não há mais 'revolução industrial' e sim 'revolução democrática', não há mais democracia e sim domocracia, não há mais estratégia e sim dromologia".[43] O gravame desta afirmativa ocorre em virtude da adoração midiática pelo sistema penal. Quanto mais crime e imagem sensacionalista, maior venda de jornais, revistas e informações, criando alguns graves problemas quanto ao domínio da prova e a própria atividade de argumentação das partes, frente as relações multimédias,[44] com ênfase na questão sobre as medidas cautelares pessoais.

Por outro lado, as inovações tecnológicas ensejam mudanças na forma de materializar e externar várias funções cognitivas,[45] em decorrência da forma armazenamento e de transmissão.

Segue nesta linha, além da aproximação dos fatos aos atos processuais, uma relação de maior ingerência na "memória" dos atores processuais. Assim, para além das questões de argumentação necessária à dialética envolvida na situação processual, a percepção do julgador e seu revisor (em grau recursal) pode

42. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 25.

43. VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996. p. 56-57.

44. CHIAVARIO, Mario. O impacto das novas tecnologias: os direitos dos indivíduos e o interesse social no processo penal. Trad. Claudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, fasc. 3.º, p. 388-389.

45. "O mesmo se aplica à percepção, memória, operações lógicas e aprendizagem. O mundo do óbvio, o que está 'à frente dos nossos olhos', depende agora de uma cognição distribuída entre nós e os artefatos cognitivos, que são tão mais 'transparentes' quanto mais eficientes". BINDÉ, Jérôme. *Rumo às sociedades do conhecimento*. Trad. Sandra Campos. Lisboa: Piaget, 2007. p. 84.

estar ampliada frente às novas tecnologias utilizadas no trâmite do processo e julgamento. Pensemos apenas na forma de produção e armazenamento dos atos probatórios produzidos, tornando a imediatividade dos atos e sua captação instrumentos automatizados[46] que, naturalmente, influenciam na forma de obter a decisão e sua reapreciação pelo tribunal.

Por isso, nosso ponto de aproximação entre as inovações tecnológicas, a imediatividade processual e com a finalidade de dar um rumo democrático ao processo penal através da vivência prática das garantias fundamentais. Nesta linha, outro ponto de crucial importância denota-se a necessidade de ditarmos o princípio da imediação como "a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes do processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base sua decisão".[47] Podemos afirmar neste contexto que, a utilização de inovações tecnológicas no trâmite processual, além de dar à imediação uma nova configuração externa, cria novas formas de linguagem processual, na medida em que estabelece critérios de produção e análise de provas.

Nesta linha, o princípio da imediação, conjugado à oralidade e a publicidade, figura-se presente quando o julgador (monocrático ou colegiado) forma sua convicção sobre os fatos através das provas produzidas em audiência à sua presença (imediação formal)[48] sem intermediação qualquer,[49] ensejando uma relação direta entre a produção probatória e sua percepção sensorial de tudo aquilo que ocorre à sua frente[50] (imediação material),[51] havendo maior facilidade de ponderação de todo o produzido em sua presença,[52] até porque a vali-

46. Idem, p. 86.

47. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. vol. I., p. 232.

48. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25. ed. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires, 2000. p. 394.

49. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 5. ed. Milano: Cedam, 2003. p. 704.

50. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 180-181; BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 97. Por óbvio, há algumas exceções para que não haja inviabilidade probatória. P.ex. provas antecipadas, em decorrência da morte de uma testemunha; documental; pericial etc.

51. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 200.

52. Por isso adverte Bacigalupo que "a percepção direta da prova é, pelo contrário, um pressuposto da sua ponderação da prova em consciência, que o moderno legislador delegou ao juiz. O juiz que quantifica não necessita ver a declaração da testemunha, pois sua função se limita a comprovações numéricas. O juiz que valora em consci-

dade gnosiológica, em termos de garantia sobre a busca da verdade envolvida na discussão processual é "comumente atribuída na relação de imediação que intercorre entre a fonte de prova e o juiz".[53]

Por outro lado, o contato do juiz direto com a prova (imediação em sentido subjetivo) pode traduzir em uma estrutura inquisitorial[54] quando este se dispa de imparcialidade e realiza atos de investigação e acusação. Mas, se afastado desta carga autoritária, pode-se figurar necessária para formação da sua convicção, já que para além do princípio da livre apreciação da prova este deve basear-se em todo o material produzido para a decisão penal,[55] objetivando minimizar a distância entre os fatos e sua convicção. Tal possibilidade apenas será viável se diante de uma dialética processual, conjugado à vivificação prática do princípio do confronto.

Por outro lado, as novas tecnologias realçam a imediação objetiva em que gera um aprimorado registro sobre os fatos (a serem julgados), os métodos de investigação e a própria produção probatória em que, em várias oportunidades não mais são necessárias vias indiretas e sim na conexão do que se vê e o que se produz. Basta pensarmos nas interceptações de comunicação em que não há uma via indireta pela testemunha sobre o que o arguido expôs, mas as suas próprias palavras; as gravações on-line, inclusive com telefone móveis em que poderão, em verdadeiro estado flagrancial, serem colocados em redes internacionais de comunicação.

Nesta mesma linha, este postulado pode ser constado a partir das novas tecnologias em que há uma certa ampliação sensorial entre o julgador e as provas produzidas, com ênfase na testemunhal, em que não mais se interpreta o que foi transcrito pelas mãos de terceiros, mas sim a partir da própria apreciação visual (quando houver a gravação visual, como abordaremos mais adiante) da testemunha.

ência a credibilidade de uma declaração, pelo contrário, só pode fazê-lo se percebe diretamente a declaração oral da testemunha". BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 99.

53. NAPPI, Donatella Curtotti. L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessita di efficienza del processo e rispetto dei principi garantici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLII, faz. 2, p. 506.

54. MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 297.

55. No sistema processual português a ênfase dar-se-á pelo art. 355.º do CPP, na medida em que, como regra, somente valerá para a formação da convicção do julgador, as provas produzidas em audiência.

Esta referência cria outro importante contato da imediação com a formação da convicção do julgador revisional, na medida em que será viável a análise, quase direta, pois gravada em áudio e vídeo, das oitivas das testemunhas. Ponto de elogio à aplicação das novas tecnologias à dinâmica processual, mas que trará outros percalços, que abordaremos mais adiante.

Outro ponto de convergência possível a partir do avanço tecnológico dar-se-á pelo princípio da concentração, em que se exige que todas as provas sejam produzidas no decurso do julgamento,[56] exigindo uma prossecução, quando possível, da ocorrência unitária e contínua de todos os atos processuais no tempo e no espaço.[57]

Para além da concentração dos atos, a questão a ser enfrentada refere-se à fidedignidade dos depoimentos realizados em que não será possível burlar a realidade da sua produção, com a utilização das novas formas de reprodução com utilização de gravações audiovisuais. Assim, para além do incremento da concentração espacial, haverá a redução temporal que ratifica a proposta deste princípio processual.

Esta prática autorizará não apenas a celeridade do ato processual, o que se coaduna com a garantia constitucional da duração razoável do processo, mas também a possibilidade de maior fiscalização das próprias partes e de órgãos correcionais, uma vez que eventual abuso realizado por qualquer dos atores envolvidos no ato será gravado com a precisa identificação de seu ato.

Mas, a questão apresentada aos casos concretos poderá trazer sérios problemas à segurança e riscos ao trâmite processual e a identificação do próprio devido processo legal, merecendo maiores reflexões sobre o registro e a transmissão simultânea audiovisual.

4. IMPLEMENTAÇÃO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NAS SALAS DE JULGAMENTO – REGISTRO AUDIOVISUAL DOS ATOS PROCESSUAIS REALIZADOS

O Código de Processo Penal brasileiro em 2008 pela Lei 11.719[58] sofreu substancial alteração quanto ao tema em discussão em seu art. 405, traçando

56. Art. 400, § 1.º, do CPP brasileiro; art. 335.º do CPP português. "Fixação de jurisprudência n. 11/2008 do Supremo Tribunal de Justiça Português que dispõe: Nos termos do art. 328.º, n. 6, do Código de Processo Penal, a adiamento da audiência de julgamento por prazo superior a 30 dias implica a perda da eficácia da prova produzida com sujeição ao princípio da imediação. Tal perda de eficácia ocorre independentemente da existência de documentação a que alude o artigo 363.º do mesmo diploma".

57. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal* cit., p. 183.

58. O ponto de apoio dar-se-á pela legislação processual brasileira em decorrência da atualidade da discussão.

a dinâmica e estrutura para a realização sempre que possível dos registros dos depoimentos das partes, investigado, indiciado, autor do fato, ofendido e testemunhas pelos meios ou recursos de gravação digital audiovisual.[59]

Os principais fundamentos para a implementação desta estrutura tecnológica, como uma das formas de técnica de gestão processual,[60] referem-se a maior precisão (fidedignidade),[61] eficiência, segurança e celeridade dos atos processuais. O respaldo normativo ocorre com o advento da Lei 11.419/2006, adaptando a mídia eletrônica como mecanismo preferencial da prática de atos processuais.[62]

Três, portanto, são os pontos chaves desta estrutura tecnológica objetivando a colheita de informações perante as audiências de instrução e julgamento: celeridade, imediação e fidedignidade dos eventos ocorridos.

Não há como refutar maior celeridade neste ato, na medida em que se afasta a forma tradicional de digitalização pelo assessor do juiz após a ocorrência dos atos. O tempo da audiência terá uma redução, talvez no mínimo, de dois terços.[63]

Indiscutivelmente, teremos um maior número de audiências realizadas em um dia com a simplicidade na obtenção das informações.

---

59. Da mesma forma em Portugal, a partir do art. 364.º do CPP em que dispõe ser a regra a documentação das declarações prestadas oralmente na audiência, através de gravação magnetofónica ou audiovisual. Tal dispositivo enseja substancial discussão nas questões dos recursos sobre matéria de fato, efetivando, a partir da Lei 59/1998, de 25 de agosto quanto ao regime dos recursos das decisões do tribunal coletivo, o duplo grau de jurisdição. Cf. SILVA, Germano Marques da. Registro da prova em processo penal. Tribunal Coletivo e recursos. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. vol. I., p. 818.

60. LATAS, Antônio João (org.). Op. cit., p. 41.

61. RAFARACI, Tommaso. I mezzi audiovisivi nel processo penale tedesco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLIII, fasc. 1, p. 277.

62. Observa-se em Portugal essa estrutura a partir dos arts. 101.º e art. 364.º, ambos do CPP.

63. Sabemos que os atos processuais são, por si sós, burocráticos, cansativos e demorados. Na antiga aplicação do rito processual, engendrava verdadeiro rompimento com a paciência de todas as partes envolvidas em uma audiência. Até os estagiários que lá permaneciam para assisti-las, em muitas vezes, não suportavam chegar ao seu término, desistindo no meio ou até cochilando em alguns atos, ainda que para os iniciantes qualquer atuar nos locais de julgamento indique uma aventura a ser ressaltada nos bancos escolares. O problema é que o antigo sistema presidencial brasileiro realçava um desperdício de energia, na medida em que as partes tinham que perguntar ao juiz e este reperguntava ao ofendido, testemunha e arguido. Após, era necessária a escrituração de toda essa fala. Um ato que poderia demorar uma hora, talvez levasse três horas por toda esta engenharia burocrática.

Outro ponto de crucial importância nos registros audiovisuais, diz respeito à fidedignidade dos eventos ocorridos, valorizando o princípio da imediação para além do juízo *a quo* também perante o julgamento perante o tribunal. Assim, a gravação da imagem e som, gera a redução de atos de omissão ou abusos que, infelizmente, acontecem diuturnamente, amplia-se a proximidade entre a prova produzida e atividade sensorial do julgador, permitindo o controle jurisdicional em âmbito recursal em relação à matéria de fato.[64]

Além da demora, em muitas oportunidades eram observados distúrbios entre a oitiva das partes envolvidas e o ditado do juiz ao seu secretário. Estas diferenças, por vezes, ocorriam pela dúbia interpretação realizada pelo julgador, em que sua apreciação pessoal já traçava as palavras que no futuro iria utilizar para decidir o conflito penal. Outras vezes, e pela infelicidade da observação, utilizavam o seu poder de presidência do ato para distorcer as palavras expostas ao seu sentir, indicando a flagrante parcialidade para a decisão futura, como se a exposição de uma testemunha, ofendido e arguido fosse um ato unilateral que só ele julgador recebesse e interpretasse as exposição, sentimentos e angústias daquele expositor.

Indiscutivelmente, a estrutura processual antiga lembrava a permanência de um sistema pouco democrático, que apenas gerava prejuízo à dialética, na medida em que toda a carga burocrática estava pautada em seu desfavor.

Assim, a captação destas imagens gerará uma identificação do que ocorreu, com a percepção das atividades das partes processuais, do juiz, e daqueles que estão prestando depoimentos. A coação realizada pelos envolvidos nesta ritualística contra aquelas pessoas fragilizadas pela sua condição de vítima, testemunha ou arguido, minimizará, na medida em que ficará fácil a constatação de eventuais abusos pela gravação.[65]

Podemos afirmar, portanto, que a gravação audiovisual traduzirá em maior celeridade dos atos processuais, fidedignidade dos eventos ocorridos e, principalmente, segurança para a ritualística processual e para aqueles que estão prestando seus depoimentos.

---

64. MESQUITA, Paulo Dá. Op. cit., p. 302. Na sua continuidade afirma que "a perspectiva jurisprudencial centra-se, contudo, no valor gnoseológico da imediação com o outro, do julgador de facto em relação à testemunha, *uma experiência interior* inacessível a terceiros, 'a percepção do depoimento é conseguida com a ime diação da prova'" (p. 305).

65. Esse é um delicado problema que a publicidade dos atos, nem sempre, consegue solucionar.

Porém, algumas outras questões podem ser levantadas nem sempre com um panorama tão elogioso. Pensemos na imagem, honra e intimidade, como corolário estrutural do princípio da personalidade daqueles submetidos às gravações.

Para garantia da intimidade e imagem daqueles que lá estiveram presentes nas audiências, com a gravação da sua imagem e voz, caberá ao juiz advertir as partes acerca da vedação de divulgação não autorizada dos registros audiovisuais a pessoas estranhas ao processo. Mas como o processo é público, a questão a ser enfrentada é do acesso, inclusive midiático, das provas orais produzidas. Não precisamos de muito esforço intelectual para sabermos que a reprodução de um escrito não gera a mesma consequência de uma mídia. Por isso, aqueles que estão em juízo para auxiliar na dinâmica da solução penal deverá possuir maior respaldo quanto à sua exposição, pois do contrário, esta dinâmica de produção de provas poderá ensejar em uma pena extraprocessual de extrema lesividade.

Outra importante discussão sobre esta engenharia tecnológica nas audiências diz respeito a desnecessidade de transcrição dos material colhido. Tal referência traça dois viés de extrema relevância para o trâmite processual.

Se por um lado houvesse sempre a imposição normativa para a referida transcrição, todo o motivo das novas tecnologias cairiam por terra, na medida em que a administração possuiria um duplo ônus. Para além da gravação, haveria a necessidade de transcrição (e só a ela caberia, face ao princípio da oficialidade). Por outro lado, a própria celeridade como importante motivo da implementação dessas novas tecnologia não seria observado, pois a burocratização seria restabelecida pela necessidade de escrituração do material realizado em audiência.

Porém, outro viés interpretativo dar-se-á pela ausência de transcrição. Deste lado, indiscutivelmente, o modelo virtual cria relevantes problemas quando refere-se ao duplo grau de jurisdição. Assim, a maior dificuldade, por nós identificado, transfere-se às hipóteses de reanálise das decisões. Por outro lado, para além da discussão da oralidade, que não estaria completa face a atividade reprodutiva das provas, aproximar-se-ia da imediação em grau recursal.[66]

66. Não concordando com esta afirmativa Montero Aroca, já que reconhece que a imediação é contrária ao recurso de apelação. Cf. MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 184, n. 34. Posição diametralmente oposta é a de Bacigalupo quando afirma que "se o princípio da imediação é uma condição constitucional de valoração da prova que se vincula com o direito ao juiz predeterminado pela lei, suas consequências devem reger tanto para apelação como para a cassação". BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 106-107.

Mas, observando os problemas práticos, imaginemos o trâmite processual, utilizando o método do registro audiovisual para a colheita de provas em relação a matéria de fato, com decisão condenatória. Havendo impugnação desta decisão, serão remetidos os autos do com as alegações das partes, a decisão do juiz, as razões e contra razões recursais e a mídia com o material probatório. Analisando as questões práticas, será viável aos Desembargadores nas Câmaras e Turmas Criminais assistirem todas as audiências gravadas? Haverá tempo suficiente para a análise mais dedicada e responsável do material probatório?[67]

Acreditamos que duas seriam as hipóteses: ou a busca de maior celeridade no julgamento dos recursos ou a maior atenção na análise probatória ocorrida em instância inferior.

Na primeira hipótese, estaríamos diante de um grave problema de apreciação superficial do material probatório colhido. Podemos pensar, inclusive, na própria ausência deste exame, ficando atrelado apenas aos argumentos das

67. Esta preocupação não é só nossa, na medida em que a própria mensagem da Res. CNJ 105/2010 do indica que "embora o art. 405, § 2.°, do CPP, quando documentados os depoimentos pelo sistema audiovisual, dispense a transcrição, há registro de casos em que se determina a devolução dos autos aos juízes para fins de degravação" e "que para cada minuto de gravação leva-se, no mínimo, 10 (dez) minutos para a sua degravação, o que inviabiliza a adoção dessa moderna técnica de documentação dos depoimentos como instrumento de agilização dos processos". Mas, considerando ainda a caracterização de "ofensa à independência funcional do juiz de primeiro grau a determinação, por magistrado integrante de tribunal, da transcrição de depoimentos tomados pelo sistema audiovisual", dispõe em seu art. 2.°, parágrafo único que "o magistrado, quando for de sua preferência pessoal, poderá determinar que os servidores que estão afetos a seu gabinete ou secretaria procedam à degravação, observando, nesse caso, as recomendações médicas quanto à prestação desse serviço". O mesmo receio surge nos Tribunais espanhóis em decorrência da ausência de tempo e estrutura para que haja possibilidade da oitiva de todas as provas em grau recursal, conforme ressalta MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 182. Tais discussões denotam-se reduzidas em Portugal, na medida em que após a edição do art. 101.°, n. 3, do CPP quando as provas forem realizadas por gravação magnetofónica ou audiovisual, não haverá necessidade de transcrição, devendo o Tribunal realizar a análise da matéria produzida perante o juízo *a quo* por via da audição ou da visualização dos registros gravados (art. 412.°, n. 6, do CPP), baseando-se nas indicações das partes recorrentes das passagens das gravações em que se pauta o recurso interposto (art. 412.°, n. 4, do CPP). Nesta linha, perde-se o valor da orientação do STJ em que determinava a transcrição de toda a matéria de fato realizada em audiência. Para tal efeito, as partes processuais que requererem receberão cópias das mídias em quarenta e oito horas, substituindo a regra da transcrição pelo acesso às partes do material gravado em audiência. Essa discussão não passou alheia à doutrina, cf. SILVA, Germano Marques da. Op. cit., p. 815 e ss.

partes e da reanálise decisória, o que minimizaria a atenção necessária às impugnações recursais. Ou seja, a redução da força constitucional do duplo grau de jurisdição, decorrente necessário do devido processo legal, estaria demasiadamente esvaziado.

Por outro lado, na garantia e responsabilidade da análise probatória por todos os julgadores revisionais, o que seria célere, tornar-se-á lento. O fundamento básico desta inovação tecnológica restaria completamente inobservado.

E quanto ao arguido/condenado? Ao nosso sentir, talvez esse seja o pior problema do registro audiovisual do material probatório colhido e da própria decisão. Com cópias dos atos produzidos, os arguidos/condenados conseguem visualizar a situação processual (sancionatória) que se encontram. Possuem condições de análise, críticas e refletir sobre o que ocorreu no confronto criminal. Terão eles as mesmas condições na posse de um CD ou DVD? Haverá equipamentos disponíveis nos presídios para que os acusados consigam assistir toda a discussão processual, diante do seu caso concreto? Sabemos que a resposta denota-se negativamente simples e não podemos menosprezar questões práticas que envolvem todo o aparato das consequências processuais, até porque, não só a ampla defesa estaria como referência, mas a própria liberdade do indivíduo.

Por todos esses fundamentos, acreditamos que esta inovação tecnológica, efetivamente, torna-se uma necessária arma de celeridade, segurança e atualização do trâmite processual. No entanto, sua aplicação não está alheia a críticas e observações diárias para aprimoramento e adequação ao devido e justo processo legal.

5. INTERROGATÓRIO E OITIVA DE TESTEMUNHAS POR VIDEOCONFERÊNCIA – EFETIVIDADE PRÁTICA E ANÁLISE DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA AMPLA DEFESA

Como já exposto, até pela preocupação inaugural do presente estudo, todo aparato tecnológico no processo penal deverá se pautar na aplicação séria de proteção e visibilidade dos direitos e garantias fundamentais. Sem esta análise, qualquer avanço técnico seria um retrocesso jurídico eivado de vício de constitucionalidade, na medida em que, não obstante os novos riscos da pós-modernidade, em que o processo penal serve como "ordenamento de segurança", deve ser considerado, primordialmente como "ordenamento de liberdade".[68] O

68. RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo novo". *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 12, n. 4., p. 550.

que precisamos e buscamos são avanços na proteção do ser humano, por isso, a criação de qualquer subterfúgio técnico ou tecnológico deve agregar ao crescimento substancial de resguardo àqueles envolvidos na discussão processual. A partir daí, cria-se elementos inovadores ao amparo do ofendido, testemunhas[69] e observância do arguido na situação processual penal.

As inovações tecnológicas são necessárias e indiscutivelmente ocorrerão para desenvolver e se amoldar à velocidade da sociedade moderna. Podemos afirmar que nosso tempo não é o mesmo da geração passada e não será o mesmo da futura, por isso, devemos acompanhar esses avanços em todas as ciências. Mas, podemos traçar alguns limites a esses progressos? Até que ponto afirmamos que o avanço tecnológico no processo penal gera um retrocesso no nosso parâmetro constitucional de proteção ao indivíduo? São aparatos indiscutivelmente imprescindíveis e, atualmente, reconhecidos como "naturais" à estrutura de qualquer procedimento judicial. Mas haverá equilíbrio entre as necessárias inovações e a solidez da proteção constitucional do indivíduo?

Neste foco, a realização de atos processuais por videoconferência ilustra esse (des)compasso entre o incremento técnico e a permanência da solidez de algumas matrizes do direito processual penal. Por óbvio, ocorrerão predicados positivos que não poderemos desconsiderar e outros nem tanto assim, que deveremos recebê-los para dar maior conteúdo a eventuais críticas.

5.1 Argumentos positivos e negativos da utilização da videoconferência no processo penal

A primeira e necessária afirmativa é que todos os atos processuais deverão seguir coerência lógica com o devido processo legal, para que haja efetividade constitucional na sua individualidade e no conjunto, ou seja, no procedimento realizado em contraditório judicial com isonomia necessária reservada às partes e diante da visibilidade de todas as garantias constitucionais ligadas ao processo penal.

Por isso, nosso ponto de análise deve basear-se pela segurança jurídica de referência àqueles envolvidos na seara processual penal indicada por inferências constitucionais, não sendo crível uma redução utilitarista (por conveni-

69. Na discussão entre eficácia do processo penal contra as formas mais graves de criminalidade no envolvimento da necessidade de proteção às testemunhas ver LOPES DA MOTA, José Luís. Protecção das testemunhas em processo penal. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. vol. I, p. 661-685.

ência e pragmatismo da administração pública) de atos isolados em confronto com o parâmetro de proteção democrático.

Nesta linha de raciocínio, devemos afirmar que a regra da produção probatória é a presença imediata e real do ofendido, das testemunhas[70] e arguido perante as partes acusatória e defensiva, bem como o órgão julgador. Por isso, o direito ao confronto deve ser concebido como um "direito ao encontro face a face com as testemunhas de acusação, algo que se infere, inclusive, da origem etimológica da palavra confronto. Assim, resta induvidoso que a videoconferência enseja restrição ao direito fundamental em apreço".[71]

No entanto, não há como desconsiderar a existência atual de testemunhas ou ofendidos *remotos*,[72] ou seja, aqueles que não estão fisicamente presentes no momento da sua oitiva em sala de audiência. Assim, em grau de excepcionalidade, a videoconferência para a oitiva das testemunhas e ofendido em muito contribuiu para sua efetiva presença na discussão processual. Podemos afirmar que o avanço tecnológico pode gerar uma maior proximidade das testemunhas e ofendido na produção de atos processuais, com ênfase nas audiências de instrução e julgamento, e aplicação dos princípios da oralidade e concentração dos atos e imediação probatória. Para tanto, imprescindível a análise de seus pressupostos, tais como a legalidade, excepcionalidade, proporcionalidade, especial motivação, bem como os requisitos formais e procedimentais – comunicação bidirecional e interativa, autenticidade e integridade.[73]

No direito processual penal brasileiro, com aplicação do art. 217 do CPP, não mais será necessária a permanência do ofendido e testemunhas na mesma

---

70. Não podemos nos afastar, no entanto, da necessária proteção destes atores processuais, para que o sistema judicial não realize uma dupla vitimização. Assim, jamais serão descartados os modelos normativos de proteção à testemunha, seguindo como um regime processual de "dupla via", em que o tratamento para a análise da criminalidade comum não poderá ser a mesma da macro-criminalidade ou da criminalidade organizada. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 553.

71. MALAN, Diego Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 174-175.

72. Idem, p. 170 e ss.

73. PADRILLO, Juan Carlos Ortiz. El uso de la videoconferencia em el proceso penal español. *RBCCrim* 67/202-208. Aponta, ainda, Juan Padrillo a desnecessidade de transcrição das gravações (p. 208). Porém, este ponto não há consenso, como será visto mais adiante. Na Espanha, como adverte o autor, os Tribunais têm exigido tradicionalmente a transcrição, o que para ele resultaria em uma exigência inútil, "já que não oferece nenhuma garantia adicional a normal audição de uma conversação tefefônica ou ao visionado em uma fita de vídeo" (p. 208).

sala de audiência que o arguido,[74] o que sabemos trazer verdadeiro desconforto àqueles. Portanto, para que minimize eventual humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha e ao ofendido, o julgador, demonstrando através da simbolização de sua decisão os motivos que determinaram esta medida, fará sua inquirição através da videoconferência.[75] Nesta hipótese, o legislador processual penal brasileiro, sopesando a imediação do exame das provas, em relação a uma maior busca formação do convencimento do juiz com a presença da testemunha e, por outro lado, o sacrifício da imediação em prol da garantia da presença do acusado,[76] optou pela escolha constitucional da primeira.

Garante, portanto, maior conforto àquela pessoa que restou fragilizada pela conduta em si (ofendido) e aquelas que geraram maior confiabilidade na formação do convencimento do julgador. Aqui, o argumento positivo dar-se-á pela segurança individual destas pessoas envolvidas na seara processual penal.[77]

---

74. No direito processual português, a matéria é disciplinada pelo art. 352.º, n. 1, determinando o Tribunal "o afastamento do arguido da sala de audiência, durante a prestação de declarações, se: a) houver razões para crer que a presença do arguido inibiria o declarante de dizer a verdade; b) o declarante for menor de 16 anos e houver razões para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicá-lo gravemente, ou; c) dever ser ouvido um perito e houver razão para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicar gravemente a integridade física ou psíquica deste". A utilização da videoconferência ocorre apenas quando da necessidade de proteção da testemunha como dispõe o art. 5.º da Lei 93/1999, de 14 de julho.

75. Esta prática nos países da *common law* se mostra antiga. Desde 1983 a experiência jurídica dos EUA, com a chancela da sua Corte Suprema, tem realizado audiências por videoconferência nos crimes de abuso de crianças e adolescente (*child abuse*), para minimizar eventuais traumas psicológicos entre os ofendidos e a presença física do arguido. Ver NAPPI, Donatella Curtotti. Op. cit., p. 529 e ss.

76. Este não se mostra um ponto de fácil equilíbrio, conforme pode ser observado pelos argumentos de RAFARACI, Tommaso. Op. cit., p. 271.

77. A preocupação do ofendido e testemunhas transcende o direito pátrio, podendo ser observado, para simples ilustração, no Estatuto de Roma em que regulamentou o procedimento do Tribunal Penal Internacional, ratificado por nós pelo Dec. 4.388/2002. O art. 68 trata da proteção das Vítimas e das Testemunhas e sua participação no processo. Para tanto, o "Tribunal adotará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas" (art. 68.1). "Enquanto excepção ao princípio do caráter público das audiências estabelecidas no artigo 67, qualquer um dos Juízos que compõem o Tribunal poderá, a fim de proteger as vítimas e as testemunhas ou o acusado, decretar que um ato processual se realize, no todo ou em parte, à porta fechada ou permitir a produção de prova por meios eletrônicos ou outros meios especiais. Estas medidas aplicar-se-ão, nomeadamente, no caso de uma vítima de violência sexual ou de um

Em relação à oitiva da testemunha e ofendido que residam em outro local, a proximidade destas com o julgador gera maior efetividade da produção probatória. Ao invés do deslocamento daqueles à comarca competente, poderão ser inquiridos por videoconferência na própria audiência de instrução e julgamento. A partir desta prática a concentração dos atos e imediação se complementam na atividade de produção probatória.

Por outro lado, este avanço tecnológico nestas situações pode gerar o afastamento de uma prática inconstitucional, porém diuturna, na justiça brasileira. A oitiva de testemunhas que residem em outro local do julgamento, em regra, induz à violação flagrante à ampla defesa, na medida em que poderá ocorrer sem a presença do arguido e do seu próprio defensor.

Quando há carta precatória, a jurisprudência brasileira vem entendendo que basta a intimação da sua expedição à defesa técnica. Com isso, a administração judicial se desonera de requisitar o arguido preso, bem como a intimação de seu defensor para o dia da realização do ato processual. Nesta linha, ocorre uma atuação *de faz de conta* defensivo, com nomeação de defensor para aquele ato, sem que haja conhecimento preciso sobre todo o aparato processual, impedindo a realização material da ampla defesa.[78]

---

menor que seja vítima ou testemunha, salvo decisão em contrário adotada pelo Tribunal, ponderadas todas as circunstâncias, particularmente a opinião da vítima ou da testemunha" (art. 68.2).

78. Repercussão geral por QO em RE 602.543/RS, rel. Min. Cezar Peluso. Ementa: "Ação Penal. Prova. Oitiva de testemunha. Carta precatória. Réu preso. Requisição não solicitada. Ausência de nulidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3.º, do CPC. Não é nula a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do réu, se este, devidamente intimado da expedição, não requer o comparecimento" (Inf. 576). Da mesma forma, foi o entendimento da 1.ª Turma do STF. "A Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* no qual se pretendia a nulidade de audiências de oitiva de testemunhas de acusação efetuadas por carta precatória sem a presença do paciente que, custodiado na Penitenciária de Presidente Venceslau/SP por condenação em outro processo, tivera denegado seu pedido de requisição para comparecimento aos juízos deprecados em Jacarezinho/PR e Siqueira Campos/SP. Inicialmente, salientou-se que o tema já fora objeto de análise pelo STF em diversas oportunidades, tendo a Corte firmado o entendimento no sentido de que a ausência de requisição de réu preso para oitiva de testemunhas efetuadas em comarca diversa constituiria nulidade relativa. Em seguida, consignou-se que para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, seria necessária a demonstração do prejuízo. Aduziu-se que a defesa requerera a requisição do réu para audiência de oitiva de testemunhas de acusação logo após a intimação da expedição das cartas precatórias, sem insurgir-se, no momento oportuno,

Outro ponto interessante para análise diz respeito a aplicação do princípio da identidade física do juiz, em decorrência dos princípios da imediação e da oralidade[79] decorrente do devido processo legal, ou seja, o juiz que presidiu a instrução probatória estará, em regra, vinculado a proferir sentença, justamente para garantir maior aproximação ao material probatório produzido, em busca de uma decisão justa.

Neste prisma, podemos apontar como argumento positivo a aplicação da produção probatória por videoconferência em que confere maior aplicabilidade ao princípio em alusão, na medida em que não ocorrerá sua relativização. Assim, ao invés de advir a produção probatória em outro juízo a partir da expedição de carta precatória e envio ao juízo deprecante (competente), será possível a expedição da carta para realização de videoconferência simultaneamente à audiência de instrução e julgamento perante o juízo competente, em que o juiz irá presenciar, ainda que de forma virtual, a produção da prova oral. Em tempo real, poderá ocorrer a oitiva de todas as testemunhas presenciais e por videoconferência para o término da instrução criminal, autorizando em ato único, a realização da autodefesa do arguido e debates orais. Essa, sem dúvida, se aplicada coerentemente à previsão legal, será considerada uma importante e salutar inovação tecnológica reservada ao processo penal brasileiro.

Merece, ainda, aplausos o tratamento reservado à ampla defesa do acusado em relação à previsão do art. 217 do CPP em que traçou como regra a presença deste em confronto com o ofendido e testemunhas.

---

contra a decisão que a denegara. No tocante à demonstração do prejuízo, registrou-se que a sentença condenatória já fora anulada pela Turma, em virtude de o interrogatório do paciente ter sido realizado, com base em provimento do TRF da 4.ª Região, por meio de videoconferência. Assim, tendo em conta que o feito estaria aguardando novo interrogatório, enfatizou-se que não se poderia afirmar acerca dos fundamentos de um decreto condenatório ainda inexistente. Salientou-se, ademais, que a defesa do paciente estivera presente e participara ativamente das audiências, exercendo de modo pleno o direito ao contraditório e à ampla defesa. Por fim, mencionou-se que o indeferimento questionado fora devidamente motivado pelo magistrado, que assentara, inclusive, a periculosidade e audácia do paciente, além do risco de fuga nesse deslocamento. Vencido o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem por reputar que o direito de defesa deveria ter sido viabilizado até a exaustão, já que o paciente articulara a nulidade em tempo oportuno, qual seja, na fase a que aludia o revogado art. 500 do CPP e que o prejuízo seria ínsito no que indeferido requerimento formalizado pela defesa". HC 100.382/PR, j. 08.06.2010, rel. Min. Ricardo Lewandowski, (inf. 490).

79. SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 1994. vol. III, p. 232.

Sabemos que a ampla defesa se divide em autodefesa e defesa técnica. Aquela, por sua vez, se subdivide em direito à voz (interrogatório); direito de presença (audiência) e direito de petição.[80] Em relação ao direito de presença, devemos traçar a possibilidade do arguido estar em audiência perante seu julgador,[81] para que a apreciação por este e aquele seja realizada, viabilizando a formação de convencimento e, até mesmo, atividade fiscalizatória pelo próprio arguido na ocorrência material do confronto processual. Nesta linha, produz-se um campo de visibilidade e garantia a todos os atos lá realizados. Por isso aplaudimos a delimitação normativa do artigo em questão, na medida em que valoriza a presença do acusado – traçando como regra –, com a oitiva do ofendido e testemunhas por videoconferência.

A antiga regra normativa brasileira da retirada do acusado da sala de audiência não mais se torna presente face à proteção constitucional do arguido com a observância da garantia constitucional da ampla defesa. O texto como era transcrito, apontava verdadeira inconstitucionalidade, gerando ênfase na permanência do ofendido e testemunhas, com a ausência do ator principal do diálogo processual. Por uma questão de utilitarismo, o exercício do direito de presença, consectário da autodefesa, era minimizado. Afastava a possibilidade do arguido contribuir com sua defesa técnica na análise e confronto com as palavras do ofendido e testemunhas e nada melhor do que aquele que esteve no local dos fatos imputados para exercer esta impugnação.

Nesta linha, a previsão anterior era reconhecida como ato autoritário, com afastamento de uma visão constitucional da dinâmica processual.[82]

Não podemos nos iludir, no entanto, com a presença da cultura inquisitorial no tratamento prático do direito processual penal. Por isso que, além da atual previsão legal, sabemos da dificuldade de viabilidade diuturna para estes anseios de democracia processual. Ou seja, não obstante a inovação tecnológica normatizada, o método de produção probatória se aproxima da repristinação inquisitória anterior em que, no desconforto inicial do ofendido e testemunhas, a primeira atitude jurisdicional ("inconstitucional") é a retirada do arguido da sala de audiência.

---

80. Pode ser exemplificado no direito processual brasileiro pelo *habeas corpus* e pela possibilidade do arguido, independentemente do defensor técnico, interpor recurso, nos termos do art. 577 do CPP.

81. Direito expresso no Código de Processo Penal português no art. 61.°, n. 1, *a*.

82. CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 137.

Podemos concluir, portanto, que neste seguimento o ponto negativo[83] da inovação tecnológica é sua pouca visibilidade prática, não obstante a iniciativa legislativa em consonância com nosso anseio constitucional, com a permanência de uma cultura e atitude autoritária.

Ainda na necessidade de sopesarmos os pontos positivos e negativos da utilização dessas novas tecnologias, deve-se pensar que esta prática dar-se-á sempre de forma excepcional, na medida em que gera prejudicial influência no princípio da imediação e na formação sensorial da convicção do julgador. Indiscutivelmente, o comportamento processual das testemunhas e ofendido, com ênfase à sua credibilidade, será melhor analisada quando da sua presença física, pois, ainda que estejamos diante da mais sensível forma de reprodução tecnológica, o calor da proximidade com o julgador traduz em maior visibilidade das expressões dos envolvidos na dramatização processual.[84] Frise-se neste contexto, que não há como reconhecermos a mesma dinâmica da presença física da testemunha, ofendido ou arguido do que a virtual.[85] São situações e tratamentos radicalmente diferentes.

5.2 Interrogatório do arguido por videoconferência – Um nefasto avanço tecnológico

Outra questão tormentosa diz respeito ao interrogatório por videoconferência. Aqui, a divergência quanto aos pontos positivos e negativos denota-se mais enfática, o que gera, diversas e colidentes vozes doutrinárias.

---

83. Seguindo esta preocupação, adverte Malan que "o primeiro aspecto digno de preocupação é que as sensações de distância da sala de audiência e de isolamento da testemunha remota podem afetar a percepção dela acerca do confronto, inerente ao ato de depor contra o acusado". MALAN, Diego Rudge. Op.cit., p. 177.

84. Nesta linha, "só a imediação permite avaliar o mais concretamente possível da *credibilidade* das declarações prestadas pelas testemunhas". RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 560. Aduz-se neste sentido Nappi, que mesmo o fiel dos sistemas telemáticos torna difícil conduzir o interrogatório e sobretudo o contra-interrogatório com aquela dose de "pressão, acutilância e eficácia" que normalmente caracterizam o interrogatório da testemunha na sala de audiência; que a falta de um confronto *vis-à-vis* com o arguido, com o juiz e com o público diminui a tensão psicológica da testemunha com dano para a genuinidade das declarações; e, finalmente, que a distância do meio de prova em relação ao juiz lhe retira a possibilidade de apreciar elementos úteis (visíveis e audíveis) para a valoração sobre a veracidade das declarações". NAPPI, Donatella Curtotti. Op. cit., p. 520-521.

85. Neste sentido, NAPPI, Donatella Curtotti. Op. cit., p. 499.

O primeiro argumento para a estabilização do interrogatório por videoconferência diz respeito à viabilidade do acusado participar de toda a audiência de instrução e julgamento, ainda que não haja possibilidade da sua presença física.[86] Soma-se a este fundamento, a celeridade processual, o que não violaria o contraditório, uma vez que esta garantia indica a necessidade de participação direta do arguido no julgamento, podendo realizar todo o confronto dialético processual, o que seria garantido com sua presença, com conexão aos princípios da oralidade e imediação entre a prova a sua apreciação. Nesta linha, o contraditório como garantia de participação dos atos processuais não quer indicar a necessidade de um "diálogo frontal"[87] que estaria esvaziado frente a realização do ato por videoconferência.

Outro ponto para fundamentar esta inovação, diz respeito ao contexto extraprocessual referente a economia ao erário público, com a ausência de escoltas dos arguidos por viaturas policiais para comparecer em audiência (argumento da lógica econômica), bem como a segurança social a partir da ausência de perigosos transitando pelas ruas das grandes cidades.[88] A aparente segurança que gera a permanência do arguido nos estabelecimentos prisionais,[89] indica um social sedutor argumento para a construção de estruturas tecnológicas objetivando a presença virtual nos atos processuais. Na realidade, o discurso que se planeja é que quanto mais distante o arguido estiver da sociedade e do próprio juiz, melhor para uma solução célere do trâmite processual, até porque sua influência denota-se interessada na malfadada impunidade (verdadeira assepsia processual e social). O exercício da ampla defesa hoje, com a midiática expressão da criminalidade que assola a sociedade, leva a descrença quanto a aplicação de garantias fundamentais, até porque, há uma inversão ideológica

86. Este argumento, no entanto, torna-se pouco sedutor, na medida em que a regra constitucional é da presença do arguido perante seu juiz natural.

87. NAPPI, Donatella Curtotti. Op. cit., p. 518.

88. "Quanto a segurança, é inegável que o sistema atual abre muitas brechas tanto para a fuga do preso quanto para que este se mostre exposto à ação de seus eventuais desafetos. A permanência do réu no presídio, desnecessitando locomoção preservaria a integridade física, bem como evitaria o risco de fuga deste, evitando desta forma risco para policiais envolvidos na operação de transporte, para a sociedade e para os próprios presos". TRISTÃO, Adalto Dias. *O interrogatório como meio de defesa. Enfoque constitucional e processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 135.

89. A mesma discussão é encontrada em Portugal cf. ABREU, Carlos Pinto de. A informática na audiência de julgamento. Registro de audiência e meios de produção de prova à distância. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 20, n. 4, p. 585.

de um discurso, indicando que "os direitos fundamentais são encarados como entraves daquilo que as subjetividades entendem como justo. Discursos bélicos são construídos para justificar a exclusão do acesso efetivo aos direitos fundamentais".[90]

Não podemos, no entanto, nos afastar de uma visão técnica sobre a importância do interrogatório do arguido na discussão processual penal. Na realidade, será o interrogatório o exercício da autodefesa, a partir do seu direito à voz processual, pelos princípios da audiência e participação. Com o advento dessas novas estruturas normativas, embora renunciável, podemos alçar o interrogatório como principal ato defensivo, na medida em que além da presença do defensor técnico, a atuação da auto defesa ocorrerá como último ato da instrução criminal[91] (possuindo, portanto, o direito a última palavra),[92] ou seja, após toda a discussão probatória, com a presença do arguido em juízo, exercendo o confronto à imputação com os elementos colhidos na sua presença. Não há mais espaço normativo, portanto, para minimizar o arguido como objeto do processo, reconhecendo o interrogatório como meio ou fonte de prova. Indiscutivelmente é, e deve ser, perfilhado como importante exercício da autodefesa.

Porém, a inovação tecnológica em relação ao interrogatório no direito brasileiro denota-se presente. A estrutura normativa do interrogatório on-line ocorreu pela edição da Lei 11.900/2009. Ratificamos, no entanto, a primeira observação em relação a esta alteração. Na realidade, a regra quanto ao interrogatório do arguido preso é o da realização no estabelecimento prisional, garantindo *a segurança do juiz, do acusador e dos auxiliares*,[93] *bem como a presença do defensor e a publicidade do ato*. Este ato seria de extrema relevância, na medida em que, além de afastar todos os argumentos econômicos quanto ao interrogatório por videoconferência, geraria a possibilidade de visibilidade e fiscalização do juiz e acusador aos estabelecimentos prisionais. Garantiria, ainda, a possibilidade (para alguns a infelicidade) de sentir o "cheiro do cárcere"

90. BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 105.

91. Ao contrário do que ocorre no direito processual português (art. 341.º do CPP).

92. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004. p. 223-224.

93. Estamos falando em locais onde não só o arguido está encarcerado, mas há envolvimento de todo um sistema penal e prisional. Interessante a expressão preconceituosa em que há necessidade da garantia da segurança de todos (por óbvio), salvo o do defensor!

e dos encarcerados, para conhecimento da realidade daquele infortúnio lugar, na expressão ilustrativa de Geraldo Prado, *one day in jail*.[94]

No entanto, não vemos qualquer avanço positivo nesta estrutura tecnológica, seja no aspecto prático, seja na relação de subjetividade existente nesta prática. Adverte Aury Lopes Jr., o interrogatório on-line mata o "caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que ele vai julgar".[95] Há, na realidade, a virtualização de símbolos e ritos, se direcionando a desumanização do processo penal.

Outro dado negativo diz respeito ao grau de abrangência normativa que estipulou nesta inovação tecnológica. Embora o art. 185, § 2.°, do CPP indique a excepcionalidade da medida através de decisão fundamentada, suas finalidades se mostraram efetivamente abertas, com ausência de direção epistemológica em seu exercício.[96]

Assim, será viável o interrogatório on-line para prevenção de risco à segurança pública, viabilizar a participação do acusado, impedir a influência do réu no ânimo de testemunhas e vítima, responder à gravíssima questão de ordem pública.[97]

Dois conceitos indeterminados (segurança pública e ordem pública) acabam levando a vulgarização do interrogatório virtual. A dificuldade de delimitação destes preceitos indicam subjetivismos jurídicos com a máxima discricionariedade do julgar, podendo elevar a excepcionalidade como regra. Por isso, sempre que há previsões imprecisas como estas, para restrição de garantias constitucionais, a desconfiança do intérprete deve ser posta em prática. Ou seja, a indeter-

94. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 276.

95. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 638. Da mesma forma a crítica pertinente de Maurício Lopes: "não há oportunidade para modismo informáticos na garantia da liberdade individual e a primeira forma de proteção desta é o exercício pleno do direito de defesa, que implica o direito do acusado de ir a Juízo e dizer seu direito. Ética na cibernética". LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Modernidade inútil. *Boletim IBCCrim* 44/5.

96. A mesma situação é observada no processo penal italiano em que nos processos de organização criminosa, ou por delito de terrorismo ou, ainda, por subversão do ordenamento constitucional, e alguns outros, ocorrerá a participação do imputado à distância por videoconferência. Cf. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Op. cit., p. 696-697.

97. A mesma referência é feita no art. 146 do CPP italiano.

minação da aplicação, por si só, induz a ampliação da interpretação quanto à sua aplicação prática. A virtualidade desta medida acaba traçando a possibilidade discricionária do julgador a partir da relação aberta da sua existência.

Mas, é no aspecto prático que há maior dissonância com a efetividade constitucional e a observância da ampla defesa.

A primeira observação a ser feita é que o princípio da oralidade e concentração dos atos, traduzem na necessidade de uma única audiência para produção de todas as provas, com o desenvolvimento do processo um uma breve unidade de tempo,[98] com realização de autodefesa, acusação e resistência da defesa técnica e, ao final, a síntese decisória. Neste sentido, não podemos observar apenas um interrogatório por videoconferência, até porque caracteriza o último ato da instrução criminal.[99] Na realidade, a presença do arguido efetivamente poderá ser virtual sem que jamais se defrontará com seu acusador, testemunhas, seu julgador e, quiçá, com seu defensor. A proximidade natural entre o arguido e as provas produzidas, após anos de crítica doutrinária e inovação legislativa, poderá tornar-se inócua com este avanço tecnológico. Efetivamente, a assepsia processual denota-se normativa. O mais preocupante em um processo, que é a análise da conduta realizada por um ser humano, fica reduzida a uma aparição virtual. Seria hilário, se não fosse preocupante: a realidade da estrutura inquisitória, além de mais célere, tem traços virtuais. Podemos afirmar a presença da virtualidade autoritária, embora haja uma busca pela normativização democrática. Ou seja, mais uma vez o utilitarismo processual ganha espaço em detrimento da democratização acadêmica.

Ainda que por videoconferência, o interrogatório continua com sua natureza de autodefesa, por isso, a necessidade impostergável da presença do defensor técnico e sua entrevista com o acusado. A partir daí começam os problemas estruturais, práticos e geográficos e não precisa ser nenhum causídico para prever graves violações à ampla defesa.

Em primeiro plano, podemos criticar a inocência legislativa. Como traçar canais reservados entre os arguidos e seus defensores dentro do estabeleci-

98. MALINVERNI, Alessandro. *Principi del processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 1972. p. 151. O que resulta a diferenciação entre imediação e concentração, indicando esta a estrutura processual dos diversos atos enquanto, aquela atinente ao modo através dos quais os atos processuais ensejam o conhecimento do julgador (p. 155).

99. O próprio § 4.° do art. 185 do CPP brasileiro, foi explícito em apontar que "antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código".

mento prisional? Sabemos que diversos direitos básicos não são lá observados. Seria difícil crermos na garantia da intimidade entre o arguido e seu defensor. Não precisa de outra modalidade tecnológica (escuta) para violação deste canal reservado, basta a ausência de salas condignas para preservar esta comunicação. Se não há espaço para acomodar todos os encarcerados,[100] quiçá para assegurar este canal de comunicação reservado.

Por outro lado, pela leitura do dispositivo em questão, haveria necessidade de dois defensores: um na sala de audiência; outro no estabelecimento prisional.[101] Nesta linha, a previsão normativa quer que nos iludamos com a possibilidade daquele que figura na cifra penal, ter a possibilidade financeira de contratação de dois advogados. Seria desnecessário afirmar que a maioria esmagadora dos acusados presos não possuem sequer condições de constituição de patrono, cabendo a atuação da Defensoria Pública para a realização da defesa técnica.[102] E, a partir deste ponto, criaríamos um outro problema: pela leitura fria do dispositivo em questão, somente seria viável com a presença de dois defensores públicos, um no estabelecimento prisional, outro no local de julgamento, ao lado do acusador e do julgador. Então, o argumento financeiro para inovação tecnológica, se reduziria, na medida em que o Estado não conseguiria suportar a necessária criação de novos cargos de defensores públicos para atuar exclusivamente em todos os estabelecimentos prisionais, até porque, como já exposto, não seria apenas a realização do interrogatório on-line, mas sim toda instrução e julgamento.

Por todas estas críticas práticas, ao nosso sentir, mais viável denota-se a antiga e coerente requisição do arguido preso para a realização da instrução, sua defesa e julgamento perante o local destinado à audiência,[103] até porque, esta "retrógrada" prática está em consonância com a garantia constitucional da ampla defesa, traçando o direito de presença do arguido perante seu julgador e com o disposto no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos que indica a imprescindibilidade da pessoa detida *ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz*,[104] indicativa nas expressões de Cordero, ratificada por

100. Essa é uma realidade em todo o sistema prisional brasileiro.

101. Da mesma forma em Itália. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Op. cit., p. 697.

102. Outra realidade do sistema judiciário brasileiro.

103. Art. 185, § 7.º, do CPP.

104. Sensível a esses argumentos, dispõe o art. 5.º da Res. CNJ 105/2010: "De regra, o interrogatório, ainda que de réu preso, deverá ser feito pela forma presencial, salvo decisão devidamente fundamentada, nas hipóteses do art. 185, § 2.º, incisos I, II, III e IV, do Código de Processo Penal".

Nappi que "o espetáculo processual se desenvolve no 'lugar sagrado' da sala de audiência onde 'os atores celebram coisas fora do mundo profano'".[105]

Questão que não nos seduz é a possibilidade do interrogatório on-line quando o arguido manifestar desejo voluntário de realização desta prática. Embora o direito à presença não seja irrenunciável, na medida em que o arguido pode deixar de comparecer e torna-se contumaz, este argumento não nos parece crível quanto à realização dos atos processuais por videoconferência. Em algumas oportunidades, tivemos a chance de ouvir de arguidos que era melhor sua permanência no cárcere do que a participação em audiência. Mas, neste aspecto não é a voluntariedade da inovação tecnológica que atrai a manifestação do arguido, mas sim problemas práticos de deslocamentos ao local do julgamento que traça a preocupação da sua permanência nas salas de audiência. Em muitos relatos, além de torturas e ameaças dentro de viaturas na escolta aos locais de julgamento, a própria ausência de alimentação durante um dia inteiro[106] inibe a realização plena da autodefesa. Não podemos, no entanto, por uma questão de preconceito e inobservância de garantia de direitos mínimos, aguçar a prática de outra ruptura constitucional. O que é preciso, e o esforço acadêmico e diuturno se torna necessário, é o reconhecimento da dignidade de todas as pessoas, inclusive, por óbvio, daqueles envolvidos na seara penal e que se encontram destituído de sua liberdade.

Conclui-se, portanto, que esta inovação tecnológica no processo penal gerou, efetivamente, um desacerto constitucional, restabelecendo práticas inquisitoriais com a falácia utilitarista e o afastamento do reconhecimento da dignidade daqueles envolvidos na discussão processual penal.

---

105. NAPPI, Donatella Curtotti. Op. cit., p. 499. A conclusiva expressão é ilustrada por René Ariel Dotti. "Todas as observações críticas deságuam na convicção alimentada pela visão humanista do processo penal: a tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinquente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o 'Senhor da Justiça' e o 'homem do crime', num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão". DOTTI, René Ariel. O interrogatório por videoconferência e as garantias constitucionais do réu. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord.). *Direito penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 665-666.

106. Mais uma realidade no contexto diuturno da realização de "justiça" no território brasileiro.

6. COMO SE FOSSE UMA CONCLUSÃO

Lembremos o filme *Blade Runner*, paradigmático à época, em que modifica toda a relação de análise do ser humano e um jogo de sobrevivência. Lá, os seres humanos foram caçados por terem violados a regra do jogo. Na tendência tecnológica, todos acompanhavam a luta virtual da sobrevivência, havendo humanização dos androides com a desumanização dos homens.

Aqui estamos diante da realidade humana, em que cada discussão processual gera sentimentos, pensamentos, frustrações, angústias. Jamais poderemos desumanizar aqueles envolvidos em um dilema criminal, até porque falamos de pessoas e não androides criminosos, como alguns assim ainda pensam.

Podemos identificar que no século XX houve um fortalecimento de vivificação de garantias fundamentais no direito e processo penal, justamente por questões de envolvimento histórico em que a coisificação do ser humano precisou ser repensada. Disso gerou-se consequências para o século XXI intransponíveis. Por outro lado, a sociedade se viu envolvida em outra forma de avanço em que se torna virtualizada todas essas relações pessoais e sociais, precisando de outra forma de identificação nas suas proteções, com maior grau de vigilância e controle.[107]

Se a celeridade e segurança nos atos processuais é uma realidade que deve ser por nós buscada, jamais poderá ser confrontada com preceitos constitucionais de garantias individuais. A virtualidade das medidas, acompanhada da velocidade social, não pode se sobrepor à proteção necessária a todos os envolvidos na seara criminal.

Portanto, em algumas oportunidades, o discurso sobre a necessidade da celeridade processual e da segurança jurídica induz a retirada, por completo, da função básica do processo penal como garantia do cidadão voltado às mazelas de uma situação processual, para impor um eficienticismo ilusório (utilitarismo prático) e um paradigma da intolerância assaz na procura da permanência de um inquisitorialismo sistêmico. É neste sentido que qualquer inovação tecnológica, voltada ao processo penal, jamais poderá pretender o afastamento de garantias fundamentais,[108] cabendo ao jurista, frente a este dilema a árdua ta-

107. GASPAR, António Henriques. Os novos desafios do processo penal do século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 15, n. 2, p. 259.

108. Nesta linha, vale a colação de Bindé quando afirma que "todo o paradoxo das sociedades do conhecimento pode ser resumido da seguinte forma: numa época

refa de "sopesar os diversos interesses, de mitigar a aspereza do encontro entre os proponentes – os otimistas tecnológicos – e os opositores – os pessimistas sociológicos".[109]

O progresso técnico deve servir para o aparelhamento e conforto da atual sociedade da informação. Sua prática serviu e serve para que a humanidade consiga se comunicar, de forma imediata, por todo o mundo, realizando uma verdadeira aproximação e crescimento mundial. Contudo, a utilização deste progresso tecnológico não pode retroagir às situações medievais, onde o indivíduo não possuía qualquer valor frente aos interesses estatais.

Deve-se utilizar este aprimoramento técnico para amparar toda a sociedade com saúde, educação, urbanismo, cultura etc., e não tirar do indivíduo o que a estrutura constitucional estabeleceu como parâmetro: a dignidade e personalidade, com proteção pela análise teórica e aplicação prática de direitos e garantias constitucionais.

7. BIBLIOGRAFIA

ABREU, Carlos Pinto de. A informática na audiência de julgamento. Registro de audiência e meios de produção de prova à distância. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. n. 4. ano 20. p. 579-594. Coimbra: Coimbra Ed., out.-dez. 2010.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos. Trad. Inês Fernandes Godinho. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo – A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

em que a expansão de redes confere ao conhecimento uma importância acrescida a todos os níveis da estrutura social, o que induz uma nova forma de dependência tecnológica, o conhecimento deve libertar-nos desta última orientando-nos, através do exercício reflexivo e da construção de uma ética para o futuro, para não aceitarmos que todos os meios são aceitáveis para atingir quaisquer fins". BINDÉ, Jérôme. Op. cit., p. 238.

109. NAPPI, Donatella Curtotti. Op. cit., p. 489.

BECK, Ulrich. *Teoría de la sociedad del riesgo. Las consecuencias perversas de la modernidad.* 3. ed. Trad. Celso Sánchez Capdequí. 3. ed. Barcelona: Anthropos, 2011.

_____. *La sociedad del riesgo. Hacia uma nueva modernidad.* Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2010.

BINDÉ, Jérôme. *Rumo às sociedades do conhecimento.* Trad. Sandra Campos. Lisboa: Piaget, 2007.

BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHESNEAUX, Jean. Tirania do efémero e cidadania do tempo. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE; Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo.* Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

CHIAVARIO, Mario. O impacto das novas tecnologias: os direitos dos indivíduos e o interesse social no processo penal. Trad. Claudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* ano 7. fasc. 3. p. 387-402. Coimbra: Coimbra Ed., jul.-set. 1997.

COSTA ANDRADE, Manuel de. *"Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente.* Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale.* 5. ed. Milano: Cedam, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 1974. vol. I.

_____. O processo penal português: problemas e prospectivas. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

DOTTI, René Ariel. O interrogatório por videoconferência e as garantias constitucionais do réu. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord.). *Direito penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ECO, Umberto; CARRIÈRE, Jean-Claude. *Não contem com o fim do livro.* Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Record, 2010.

EINSTEIN, Albert. *Vida e pensamentos.* São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. *Como vejo o mundo.* Trad. H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FONSECA, Tiago Abud da. *Interceptação telefônica – A devassa em nome da lei.* Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

FROIS, Catarina (org.). *A sociedade vigilante. Ensaio sobre a identificaçção, vigilância e privacidade*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar. A escola do mundo ao avesso*. 6. ed. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GASPAR, António Henriques. Os novos desafios do processo penal do século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. ano 15. n. 2. p. 257-274. Cidade: Editora, abr.-jun. 2005.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal – Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2009.

GUILLAUME, Marc. A competição das velocidades. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. ano XLV. fasc. I. p. 235-249. 1992.

KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Disponível em: [www.indret.com]. Acesso em: 10.07.2012.

LATAS, António João (org.). *Mudar a justiça penal. Linhas de reforma do processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2012.

LEZERTUA, Manuel. Terrorismo y médios jurídico-tecnológicos de investigación penal. In: ARMAZA, Emilio José (coord.). *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010.

LOPES DA MOTA, José Luís. Protecção das testemunhas em processo penal. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. vol. I.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Modernidade inútil. *Boletim IBCCrim*. vol. 44. p. 5. São Paulo: IBCCrim, ago. 1996.

MADEIRA, Luís Cláudio Magalhães. *Peças e actos processuais judiciais por transmissão electrónica via internet*. Relatório de Doutoramento apresentado na disciplina Direito da Sociedade da Informação – Internet e Comércio Electrónico. Universidade de Lisboa, 2008.

MAIER, Julio B. J. *Estado Democrático de Derecho, derecho penal y procedimiento penal*. In: _____; CÓRDOBA, Gabriela E. (orgs.). *¿Tiene un futuro el derecho penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

MALAN, Diego Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALINVERNI, Alessandro. *Principi del processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 1972.

MARTINS, Francisco Menezes. *Impressões digitais. Cibercultura, comunicação e pensamento contemporâneo*. Porto Alegre: Sulina, 2008.

MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTESINOS GARCÍA, Ana. *La videoconferência como instrumento probatório en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan. *A subjetividade do tempo – Uma perspectiva transdiciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MORIN, Edgar. *O método 5 – A humanidade da humanidade: a identidade humana*. Porto Alegre: Sulina, 2002.

NAPPI, Donatella Curtotti. L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessita di efficienza del processo e rispetto dei principi garantici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano XLII. faz. 2. p. 487-537. Milano: Dott. A. Giuffrè, apr.-giu. 1999.

OST, Francois. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Baurú: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

PADRILLO, Juan Carlos Ortiz. El uso de la videoconferencia em el proceso penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 67. p. 164-211. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2007.

PINTO, Ana Luíza. *A celeridade no processo penal: o direito à decisão em prazo razoável*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUELHAS, Filipa Marta de Figueiroa. *O meio de (obtenção de) prova digital electrónica – Sua admissibilidade e relevância, em especial, face à globalização e ao uso das novas tecnologias pelas organizações criminosas*. Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 2008.

RAFARACI, Tommaso. I mezzi audiovisivi nel processo penale tedesco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano XLIII. fasc. 1. p. 266-283. Milano: Giuffrè, gen.-mar. 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo novo". *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. ano 12. n. 4. p. 549-571. Coimbra: Coimbra Ed., out.-dez. 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25. ed. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires, 2000.

SCHNEIDER, Jochen. Processamento eletrônico de dados – Informática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 1994. vol. III.

_____. Registro da prova em processo penal. Tribunal Coletivo e recursos. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. vol. I.

THUMS, Gilberto. *Sistema processuais penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRISTÃO, Adalto Dias. *O interrogatório como meio de defesa. enfoque constitucional e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VEIGA, Carlos. Sociedade digital – Impactos na sociedade. *Direito e Cidadania*. ano IV. n. 12-13. Cabo Verde, mar.-dez. 2001.

VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A produção da prova por videoconferência, de Carolina Dzimidas Haber – *RBCCrim* 82/187;
- Considerações em torno da Lei 11.719/2008, de Vilson Farias – *RT* 887/383;
- Interrogatório criminal on-line: uma proposta conciliatória entre a modernidade tecnológica e as garantias processuais do réu, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 880/375;
- Registro de voz e imagem, de Erli Henrique Garcia – *RT* 917/311; e
- Teleaudiência, interrogatório on-line, videoconferência e o princípio da liberdade da prova, de Marco Antonio de Barros – *RT* 818/424.

63372

1 EM DEFESA DA LIBERDADE E DA JUSTIÇA: OS ADVOGADOS DE PERSEGUIDOS POLÍTICOS DE SÃO PAULO NOS ANOS 1970

In favor of freedom and justice: the lawyers who represented those who were persecuted for political reasons in São Paulo in the 70s

JANAÍNA DE ALMEIDA TELES

Doutora e Mestre em História Social pela USP. Pesquisadora do Programa de Pós-doutorado em História Social da USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Militar

RESUMO: O processo brasileiro de reconstituição factual e de reflexão crítica acerca da ditadura civil-militar (1964-1985) permanece incompleto e permeado por zonas de silêncio e interdições. Este artigo procura (1) caracterizar o protagonismo dos advogados de defesa de ativistas políticos de esquerda de São Paulo, durante a década de 1970; e (2) oferecer um panorama reflexivo de sua atuação. O foco central do artigo é a caracterização da atuação destes advogados junto à Justiça Militar de modo a oficializar prisões de perseguidos políticos, minorar seus sofrimentos, disseminar denúncias e aprofundar a cultura de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Ditadura militar – Justiça Militar – Advogados de defesa – Presos políticos – Aparelho repressivo de Estado.

ABSTRACT: The efforts toward the factual reconstitution and critical reflection about the Brazilian military dictatorship (1964-1985) remains incomplete and intertwined by silence zones and interdictions. This paper aims to (1) characterize the protagonism of the defense lawyers of the left-wing activists from São Paulo that were politically persecuted during the 70's; and to (2) delineate a reflexive framework related to their political work. The main target of the article is the characterization of the methods that were employed by these defense lawyers within the limits of the Military Justice, so as to officialize imprisonments of the activists, diminish their suffering, disseminate indictments, and to strenghthen the culture of human rights.

KEYWORDS: Military dictatorship – Military Justice – Defense lawyers – Political persecuted – Repressive State apparatus.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O aparato repressivo e a Justiça Militar - 3. Resistindo à ditadura: os advogados de defesa na Justiça Militar - 4. A atuação e as estratégias de defesa dos advogados - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A elaboração da memória relativa à ditadura civil-militar brasileira de 1964 permanece notoriamente inconclusa. Decorridos poucos mais de 30 anos da Lei de Anistia (1979), muitos acontecimentos e crimes deste período continuam desconhecidos ou não esclarecidos, numa inequívoca violação dos direitos estabelecidos pela institucionalidade republicana do período pós-ditadura. A despeito dos avanços nas políticas de reparação às vítimas da ditadura e seus familiares, é mister considerar a fragilidade dos esforços voltados à recuperação factual dos crimes e à punição dos responsáveis pelas torturas, assassinatos ou desaparecimentos forçados.

A recuperação destes eventos transcorre vagarosamente uma vez que o Estado se desobrigou a fornecer esclarecimentos ou investigá-los, deixando às vítimas e à rede de solidariedade formada em torno dos perseguidos políticos do passado recente a incumbência da comprovação da autoria e das circunstâncias desses crimes em procedimentos administrativos instaurados em instâncias do Poder Executivo.[1] As ações civis solicitando informações e a restituição dos restos mortais de desaparecidos têm sua tramitação prolongada por décadas em função dos obstáculos burocráticos e recursos interpostos pelo Estado e não chegam a uma decisão final ou um desfecho.[2]

Algumas das mais importantes fontes oficiais disponíveis sobre tais fatos sofreram processos de depuração e expurgos nos quais foram suprimidos documentos que constavam de seus acervos, antes de serem franqueados ao acesso público. Assim, a recuperação factual dos crimes da ditadura teve sua reconstituição prejudicada, o que convergiu na formação de diversas lacunas

1. As famílias têm de encaminhar suas solicitações à Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (SEDH) provando ou fornecendo indícios de que seus parentes foram assassinados por motivos políticos. A Comissão de Anistia (Ministério da Justiça) exige dos requerentes a comprovação de que os *danos trabalhistas* sofridos foram decorrência de perseguição política para obterem a condição de anistiado e uma indenização vitalícia, na forma de uma pensão mensal (TELES, 2011).
2. Vide o caso da ação dos familiares dos desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, iniciada em 1982, sua sentença foi proferida em 2003. As possibilidades de recurso se esgotaram em 2007 e até o momento sua execução não aconteceu (TELES, 2005).

de saber, entre as quais uma relativa à atuação dos advogados de defesa dos ex-perseguidos políticos.

A supressão de fontes documentais faz-se se notória nos arquivos do DEOPS-SP (1924-1983)[3] e do extinto SNI (1964-1990) (MAGALHÃES, 2007). Neste sentido, o caso da Guerrilha do Araguaia é emblemático: nas 21.319 páginas de documentos do SNI, entregues à Justiça em 2008 com o objetivo de atender à sentença da ação movida pelos familiares dos guerrilheiros desaparecidos,[4] nenhuma informação foi encontrada sobre quando, como e onde foram presos ou morreram os guerrilheiros, onde foram enterrados ou para onde foram transferidos seus restos mortais após a "operação limpeza" realizada na região pelas Forças Armadas ou quem chefiou e participou destas operações. Apesar dessas dificuldades e obstáculos, familiares, militantes, advogados, jornalistas, historiadores e pesquisadores em geral obtiveram dados novos e avanços na reconstituição e compreensão desse passado. A questão, porém, permanece, ao mesmo tempo em que as principais fontes sobre a repressão estatal do período, representadas pelos arquivos das Forças Armadas, continuam inacessíveis.

Observa-se por parte do Estado brasileiro a interdição do passado ao priorizar a compensação econômica por meio do pagamento de reparações, sem empenhar-se na busca pela recuperação da verdade ou em promover a investigação e punição dos crimes. A ausência de uma justiça retrospectiva e os insuficientes avanços obtidos na apuração dos fatos históricos levam à repetição dos reclamos de desrespeito aos direitos humanos. Crimes e queixas que se arrastam até o presente sem respostas efetivas, indicando a persistência de "um passado que não passa" (ROUSSO, 2007). Este quadro contrasta com o que se configurou em outros países da América Latina, onde diversos processos e instrumentos de apuração dos fatos e responsabilidades estão em curso.

A tardia inclusão das questões pendentes da ditadura no epicentro dos debates políticos nacionais – e suas aparições recorrentes na periferia destes, até a atualidade – revela as dificuldades da sociedade brasileira para tratar das

3. O acervo do DEOPS-SP se tornou acessível ao público em dezembro de 1994. Transferido para o Arquivo do *Estado de S. Paulo* em janeiro de 1992, o acervo possuía arquivos referentes às FFAA vazios e dossiês com páginas arrancadas. Extinto em 1983 e mantido na sede da Polícia Federal-SP, as fichas de pessoas sob vigilância tinham dados atualizados até 1991. Cf. ALMEIDA (2009).

4. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas)*. p. 73 e 106, item 292. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf]. Acesso em: 10.05.2011.

memórias deste período do ponto de vista institucional, social e individual. A retomada do debate público sobre como lidar com esse passado – a questão da punição aos torturadores e a formação de uma Comissão da Verdade – trazem novas perspectivas e possibilidades para a história contemporânea brasileira marcada por bloqueios, mecanismos de denegação e banalização dos conflitos. A continuidade do dano e a persistência da exigência por "justiça e verdade" motivam a interpelação sobre como se constituíram as memórias dos advogados de presos políticos, buscando, a partir dessa perspectiva, pensar e analisar as presenças e sentidos desse passado.

É neste contexto que se insere o crescente debate sobre as heranças do passado de ditadura, tanto no que tange aos ex-perseguidos políticos, quanto em relação à ainda menos estudada rede de solidariedade constituída em torno dos mesmos por seus familiares, advogados e ativistas de direitos humanos. Neste artigo, analisamos alguns aspectos relativos à atuação dos advogados de perseguidos políticos de São Paulo durante a vigência do Estado de Exceção. A premissa central é de que estes sujeitos tiveram participação decisiva nesta rede de solidariedade e nas lutas de resistência à ditadura. Esse percurso deverá nos permitir acréscimos à compreensão da dinâmica política dos anos 1970.

Este artigo divide-se em três seções subsequentes a esta introdução, através das quais inicialmente se fazem reveladas as linhas gerais da estruturação do aparelho repressivo e da Justiça Militar e, neste contexto, a atuação dos advogados de São Paulo e o debate crítico acerca de sua representatividade na formação da conjuntura política dos anos 1970.

2. O APARATO REPRESSIVO E A JUSTIÇA MILITAR

A última ditadura brasileira do século XX (1964-1985) foi marcada por uma dinâmica de práticas repressivas que oscilava entre ocultar e revelar a violência estatal, combinando a intenção do governo de se legitimar, ocultando a tortura institucionalizada pelo regime, com a necessidade de difundir o medo, forjando *casos exemplares* que deste modo se configuraram enquanto ameaça permanente para todos. A repressão política foi conduzida de maneira seletiva, articulando diversas modalidades que se constituíram num aparato repressivo bastante complexo (TELES, 2011).

Diferentemente do que ocorreu na Argentina, onde predominou o desaparecimento forçado (CALVEIRO, 2006, p. 29-30), a repressão brasileira articulou diversas estratégias repressivas. A seletividade na condução das mesmas caracterizou a administração do poder e suas disputas dentro do aparato repressivo, combinando o uso da legalidade de exceção com práticas mantidas clandesti-

nas. É fundamental ter em vista que a estratégia repressiva adotada no Brasil não foi inteiramente extrajudicial. A Justiça Militar cumpriu um importante papel de legitimação do regime e de dissuasão e desmobilização da contestação política.

Parte constitutiva do aparelho repressivo, a Justiça Militar era assentada em diversos atos legislativos distintos, que se sobrepunham e se confundiam. A ditadura brasileira soube transitar com habilidade na *zona de indistinção* entre o *legal* e a *situação de fato* (AGAMBEN, 2004a, p. 177). A manutenção de uma esfera pública que conservava dispositivos democráticos dava uma aparência de normalidade e legitimidade ao regime, desde a manutenção do Congresso Nacional, de um partido de oposição moderada e de um Sistema Judiciário, a despeito de seu perfil "de exceção".

Desde esta combinação que tomou forma gradativamente, iniciou-se em 1967 uma fase de reorganização dos órgãos de informação das Forças Armadas, que se tornaram "organismos mistos", combinando operações de informação e de repressão (FICO, 2001, p. 91-92). Especialmente, a partir da edição do AI-5, de dezembro de 1968, intensificou-se a formação de uma rede de unidades secretas e clandestinas que gerou o sistema DOI-Codi (Destacamentos de Operações de Informações – Centros de Operações de Defesa Interna), o qual era controlado pelo Exército e resguardava certa autonomia operacional (FICO, 2004, p. 83).

A articulação de diversas modalidades repressivas, aliando desde os centros clandestinos de extermínio até a Justiça Militar e o sistema carcerário, exigiu a estruturação de um aparelho burocrático do Estado sofisticado, que contou com altos níveis de colaboração entre civis e militares. Neste contexto, o poder executivo foi agudamente ampliado. Esta estruturação possibilitou a divisão de responsabilidades e certa margem para administrar o poder e as disputas dentro e fora do aparelho de Estado. Produziu-se, desse modo, uma legalidade de exceção e uma grande estrutura administrativa e institucional que possuía relativa eficiência; uma estrutura de poder que passou a dar um "significado jurídico a uma esfera de ação em si extrajurídica" (AGAMBEN, 2004b, p. 24), própria do Estado de Exceção, no qual a *suspensão da ordem jurídica* é sua condição extrema.

Essa legalidade de exceção possibilitou a coexistência de órgãos e instituições como os campos de concentração na Guerrilha do Araguaia, os DOI-Codi, a rede de centros clandestinos de extermínio, os DEOPS, a Justiça Militar e os presídios; uma das chaves determinantes do êxito da ditadura por um período relativamente longo. Esta sobreposição de hierarquias era parte da lógica repressiva, que criou uma gama diversificada de órgãos e funções que, a despeito

de sua extensão, centralizava a decisão sobre a vida e a morte dos perseguidos políticos e os considerados "irrecuperáveis" (TELES, 2011).

O sistema DOI-Codi foi criado em 1970 desde a experiência bem sucedida da Oban, no ano anterior, e ainda hoje não teve seu funcionamento dentro da logística do aparato repressivo totalmente desvendado. Não obstante, dir-se-ia que materializou o Estado de Exceção, fazendo de suas dependências o principal palco da desumanização e a despersonalização dos prisioneiros políticos brasileiros.

Os DOI-Codi escoravam-se juridicamente na Lei de Segurança Nacional (LSN) (Dec.-lei 898/1969), que autorizava um período de 10 dias de incomunicabilidade aos presos políticos e 40 dias de prisão preventiva na fase de inquérito.[5] Uma das lacunas existentes na zona de indistinção entre o que estava "fora e dentro do ordenamento jurídico" da ditadura brasileira. Neste período, o preso poderia ser torturado sem que as autoridades constituídas fossem obrigadas a dar qualquer satisfação a respeito. A autorização de manter incomunicável o preso deu uma proteção "jurídica" às práticas clandestinas dos órgãos repressivos, com especial ênfase na utilização da tortura, a qual não era legalizada, mas permitida em função da generalização desta zona de indistinção. Não raramente, este período de incomunicabilidade era dilatado, juntamente com as práticas clandestinas associadas ao mesmo. Os prisioneiros permaneciam sem poder avistar-se com seus familiares ou defensores por meses e, somente após longo período de reclusão, iniciava a formalização dos processos na Justiça Militar.

O sistema DOI-Codi foi generalizado para todo o Brasil em 1971. A legalidade de exceção, nesta ocasião, já se caracterizava como um sistema inchado em que se sobrepunham 160 atos legislativos distintos, entre atos institucionais, Constituição Federal, leis complementares aos atos institucionais, decretos-lei e leis complementares e ordinárias (PEREIRA, 2010, p. 125). Os advogados de defesa tinham que lidar com todo este arsenal da legalidade de exceção na Justiça Militar, que sistematicamente desrespeitava a própria legislação e os direitos dos prisioneiros políticos.

A repressão judiciária respondia por uma estratégia de poder que se acreditava de longa duração e se fazia voltada à própria legitimação. Os altos níveis

5. Cf. (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 175). De acordo com o Código Penal da Policial Militar da época, a prisão preventiva só podia ser decretada quando houvesse prova do fato delituoso ou indícios suficientes de autoria, fundada na garantia da ordem pública. Muitas vezes, porém, era evidente a ausência destas provas.

de cooperação entre civis e militares (PEREIRA, 2010, p. 142-142 e 212)[6] favoreceram a institucionalização da tortura e a adoção de um modelo repressivo seletivo. O sistema híbrido de Justiça Militar, forjado bem antes do golpe de 1964, foi usado a partir do AI-2 (1965) para conduzir dissidentes civis aos Tribunais Militares de Exceção, tornando-o mais sofisticado.

É digno de nota que, confiante no seu projeto, o regime favoreceu a manutenção de registros sobre a atividade do aparato repressivo judiciário.

Esta cooperação ocorreu sob a égide de lideranças que transitaram entre as diversas esferas do aparelho repressivo, articulando instâncias e instituições diversas de maneira mais coesa do que tradicionalmente reportado pela literatura especializada no tema – o que não iremos discutir extensivamente neste momento por não se situar no nosso foco principal de análise. As diversas operações de informação e segurança organizadas pelo Exército, CIE e DEOPS-SP na região sudeste do Pará e adjacências entre 1969 e 1972 servem de exemplo deste funcionamento híbrido que, no caso mencionado, precedeu a dinâmica repressiva adotada na Guerrilha do Araguaia (TELES, 2011).

Tal sistema possuía mais de uma faceta, compondo-se de aspectos e dinâmicas de visibilidades diversas. Em seu aspecto mais visível, fazia-se reconhecida uma dinâmica operacional organizada na Justiça Militar, que tinha como pedra de toque os chamados "Inquéritos Policiais Militares" (IPM), os quais compunham a primeira fase dos processos judiciais contra infratores da LSN. Estes inquéritos tinham por fim apurar, sucintamente, a responsabilidade em atividades "subversivas" e fornecer subsídios para o Ministério Público oferecer denúncia ao Judiciário.

Após o AI-2, estes IPM passaram a ser regidos pelo Código de Justiça Militar (1938), criado durante a vigência da ditadura de Getúlio Vargas. Em outubro de 1969, contudo, a Junta Militar (que governou o país após o impedimento do general Costa e Silva) baixou um pacote legislativo ao editar três Códigos extremamente rigorosos para a Justiça Militar, ajustando-a a conjuntura de centralização e recrudescimento da repressão política. A Lei de Organização Judiciária Militar, por exemplo, permitiu a divisão pré-estabelecida de competência de auditorias, tornando algumas delas "especializadas" em processos

6. Conforme demonstra BENEVIDES (1981), desde a destituição de Carlos Luz, quando foi decretado o Estado de Sítio levantado com a posse de J. Kubitschek, os militares se revelaram os principais intérpretes dos "limites da lei" (cf. art. 176 da Constituição de 1946, que dispunha sobre o papel das Forças Armadas), o que foi se acentuando nos anos seguintes até 1964.

contra determinados grupos políticos.[7] Passou a ser comum a subdivisão das acusações, multiplicando as condenações, em desrespeito à norma legal que determina a unidade do processo, por "conexão dos feitos". A Justiça Militar desempenhava uma função de auxiliar do aparato repressivo (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1987, p. 172).

Na fase policial, o indiciado era identificado e interrogado, normalmente sem a assistência de um advogado, e suas declarações registradas. A duração máxima dos inquéritos era de 60 dias; este prazo, porém, era comumente desrespeitado.[8] Eles eram instaurados, principalmente, pelas polícias políticas estaduais (DEOPS), pelo Exército ou pelo Departamento de Polícia Federal. À polícia, geralmente, era reservado o trabalho de resumir os volumosos "interrogatórios preliminares" feitos, sob tortura, pelos órgãos de informações e segurança (especialmente os DOI-Codi), na fase clandestina da prisão.[9]

Nesta fase inicial, não havia encarregado de inquérito com as atribuições estabelecidas pelo CPPM (Código do Processo Penal Militar). Os maus-tratos e os constrangimentos atingiam praticamente todos, inclusive, aqueles detidos na polícia política ou em outros organismos (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985a, p. 30). Tratava-se de uma estratégia de intimidação (ALVES, 1984, p. 59) para afastar militantes ou simpatizantes dos grupos revolucionários e de opositores do regime (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 203-246). Obtidas as confissões, a polícia formalizava os inquéritos e realizava a primeira seleção, indiciando os suspeitos passíveis de responderem a processo judicial. Após o término dos relatórios, os inquéritos eram remetidos às auditorias militares (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 174-176).

Na auditoria, o juiz-auditor enviava o inquérito ao procurador que tinha a incumbência de elaborar a denúncia judicial, quando era realizada uma segunda seleção, na qual ele escolhia aqueles que seriam denunciados e tornados réus. Cabia ao juiz-auditor aceitar a denúncia. Efetivada a citação do acusado,

---

7. Cf. os Decretos-lei 1.001, 1.002 e 1.003, que criaram, respectivamente, o Código Penal Militar (COM), o Código de Processo Penal Militar (CPPM) e a Lei de Organização Judiciária Militar (LOJM) (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1987, p. 172).

8. De acordo com o Projeto BNM, 60,41% dos inquéritos policiais instaurados entre fins de 1969 e 1974, tiveram duração superior ao prazo legal (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985a, p. 34).

9. Entre 1969 e 1974, a distribuição de IPM por órgão responsável pela sua instauração ocorreu da seguinte maneira: polícias políticas estaduais: 37,93%; Exército: 24,78%; DPF: 20,90%; Polícia Civil: 6,89%; Marinha: 3,87%; Aeronáutica: 2,80% e outros: 2,80% (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 29).

iniciava-se a fase de instrução criminal, período no qual o procurador dedicava-se a produzir provas que demonstrassem a culpabilidade dos réus.[10]

Neste período, o acusado era submetido a extensos interrogatórios perante o Conselho Permanente de Justiça, encarregado das ações penais definidos pela LSN. As denúncias, frequentemente, eram vagas, imprecisas e não continham todos os requisitos legais exigidos. Era relativamente comum a convocação de testemunhas de acusação, as quais, muitas vezes, eram agentes policiais que haviam interrogado (e torturado) o réu na fase de inquérito (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 183). Ao final da instrução, o procurador e os advogados apresentavam suas alegações finais.

Os Conselhos de Justiça eram compostos por quatro oficiais e por um juiz auditor, civil, e presidido por um militar de patente superior a dos demais. A isenção, independência e a soberania não eram respeitadas neste organismo. Alguns oficiais se repetiam sucessivamente nos Conselhos, não observando a escolha por sorteio exigida por lei, sendo vários deles vinculados aos órgãos de segurança. Ademais, o juiz-auditor não era submetido ao revezamento trimestral. A partir de 1969, a legislação conferiu poderes extremados aos Conselhos, que podiam dar ao fato julgado "definição jurídica" diversa daquela presente na denúncia, permitindo que lavrassem sentenças concluindo pela culpa dos réus apoiados exclusivamente nos inquéritos e não nas provas produzidas nos autos (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 177-181 e 186).

Tanto a defesa quanto o Ministério Público Militar podiam recorrer das decisões dos Conselhos de Justiça ao Superior Tribunal Militar (STM). A legislação obrigava os promotores a apelarem nos casos em que ocorria absolvição. Desta maneira, o STM controlava as sentenças absolutórias decretadas pelas auditorias. O Ministério Público recorria também quando as condenações eram consideradas brandas (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 187).

O AI-2 estendeu a abrangência da Justiça Militar aos civis processados pela LSN, suspendeu as garantias dos juízes de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade e instituiu o aumento do número de Ministros do STM, de 11 para 15, passando a contar com 4 Ministros do Exército, 3 da Marinha, 3 da Aeronáutica e 5 civis, com o objetivo de garantir maior apoio às diretrizes do regime. Entre os civis, 2 vinham do quadro de juízes auditores ou do Ministério Público (promotores) das Auditorias Militares e 3 eram avulsos.[11] No STM,

10. Note-se que 84% dos réus não tiveram suas prisões comunicadas ao juiz (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1987, p. 87).

11. Cf. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, cit., p. 171-172. Em 19.01.1969, o Ministro do STM, Peri Constant Bevilacqua, foi cassado (BELOCH; ABREU, 1984, p. 385-386).

sediado no Rio de Janeiro até 1973 e, posteriormente, em Brasília, os autos eram encaminhados ao procurador-geral da Justiça Militar para que ele elaborasse um parecer sobre os recursos apresentados (MATTOS, 2002, p. 37; SILVA, 2011, p. 89).

Nesta instância ocorria o favorecimento da acusação, na medida em que a defesa era obrigada a apresentar suas "razões de apelação" *antes* do Ministério Público e que somente este participava das sessões secretas de deliberação do julgamento. De um modo geral, o STM adotou uma postura de conivência com as irregularidades praticadas nas fases processuais anteriores (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 187).

O STF funcionava como a instância máxima para julgar as decisões dos tribunais militares. Sediado em Brasília, o STF teve o número de Ministros aumentado de 11 para 16 pelo AI-2, para assegurar ao Governo a maioria no Tribunal.[12] Em fevereiro de 1969, entretanto, o AI-6, reduziu o número de Ministros para 11 novamente. A partir de então, o Tribunal passou a contar, tão somente, com um Ministro não indicado pelo regime instaurado em 1964 (COSTA, 2001, p. 179-181).

O procedimento exigia que os recursos apresentados pela defesa fossem analisados pela Procuradoria Geral da Justiça Militar, antes de serem remetidos para o STF. Neste Tribunal, a Procuradoria Geral da República redigia também um parecer sobre os recursos interpostos antes dos Ministros julgá-los. O número de apelações apresentadas nesta instituição, contudo, foi relativamente menor (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 187).

3. RESISTINDO À DITADURA: OS ADVOGADOS DE DEFESA NA JUSTIÇA MILITAR

A Justiça Militar, o setor mais visível do aparato repressivo, cumpriu um papel central na estratégia de legitimação da ditadura perante a opinião pública nacional e internacional. Caracterizada por arbitrariedades e manipulações jurídicas, foi uma iniciativa ampla que visava difundir a "cultura do medo" (ALVES, 1984, p. 186) por meio da aplicação seletiva do poder coercitivo sobre a sociedade civil, a exemplo do que ocorreu no âmbito da repressão extrajudicial (TELES, 2005).

Os dados do projeto *Brasil: Nunca Mais* (BNM) indicam a seletividade empreendida pela repressão judicial. Das 17.420 pessoas submetidas aos inquéri-

12. Em 19.01.1969, foram cassados três Ministros do STF: Hermes Lima, Vítor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva (COSTA, 2001, p. 172-175).

tos policiais com base na LSN, 6.385 (36,6%) foram indiciadas e 7.367 (42,3%) chegaram a ser acusadas judicialmente.[13] Entre os réus, 2.828 (38,3%) foram condenados, sendo que, deste total, 1.948 (26,4%) receberam penas inferiores a 5 anos de reclusão; enquanto os envolvidos na guerrilha, receberam múltiplas condenações, que chegavam a 90 anos de prisão. Os índices de absolvição em 1.º instância chegaram a 48% (3.555 pessoas); muitos, porém, sofreram torturas e longos períodos de confinamento sem julgamento.[14] A quantidade de vítimas de execuções extrajudiciais estabeleceu um padrão ainda mais seletivo – ao menos 426 pessoas foram assassinadas ou desapareceram por motivos políticos durante a ditadura (ALMEIDA, 2009).

A despeito das limitadas possibilidades, os Tribunais Militares foram um espaço de resistência, onde se destacaram a coragem e a atuação dos advogados de defesa, assim como dos prisioneiros políticos e seus familiares. Os advogados e as redes de solidariedade aos presos estiveram entre os principais agentes que impulsionaram as lutas em defesa dos direitos humanos e a construção de uma consciência pública voltada ao tema, contribuindo decisivamente para o desgaste da ditadura.

Uma das principais contribuições dos advogados de defesa foi representada pela reversão parcial do silêncio referente aos crimes e arbitrariedades da ditadura, denunciando-os em seus próprios espaços e forçando os limites das leis de exceção. Ressalte-se que estas denúncias foram cruciais para o conhecimento a respeito da repressão estatal do período, cujas informações, à época, serviram de base para campanhas divulgadas no Brasil e no exterior e, posteriormente, para os dados compilados pelo *Projeto Brasil: Nunca Mais*.

Os advogados cumpriram o papel de interlocutores dos presos políticos com o Estado e a sociedade civil, colaborando para que os presos saíssem da sua condição de isolamento. Muitas vezes, erigiram-se ao papel simbólico de familiares dos presos, amparando-os emocional e materialmente (SANTOS JR., 1999, p. 9). Eles deram suporte aos presos e seus familiares nas suas diversas manifestações, protestos, greves de fome e denúncias de violações de direitos humanos. Muitas vezes, foram responsáveis pela divulgação destas denúncias,

13. Note-se que, deste total, outras 2.183 pessoas foram arroladas como testemunhas e 1.485 como declarantes. Cf. (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985b, p. 338).

14. Cf. (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1987, p. 11-13). Os dados totalizados pelo BNM incluem nomes repetidos de pessoas que foram indiciadas em mais de um processo. Ridenti reprocessou esses dados, o que resultou na redução de 15% a 20% do universo relacionado à luta armada urbana com o qual ele trabalhou. Cf. entrevista concedida por Marcelo Ridenti à autora. SP, 06/04/2011 e (RIDENTI, 1993, p. 68-72, 122-123).

transformando-se em veículos para a transmissão de notícias e mensagens (TELES, 2011).

Não foram muitos os advogados que assumiram a tarefa de defender perseguidos políticos no Brasil. Esta tarefa exigia coragem e independência para lidar com a restrição dos meios disponíveis, diante da rigidez das leis de exceção do período. No Rio de Janeiro se concentravam os criminalistas mais velhos e experientes (FRAGOSO, 1984, p. 146-147), ao passo que, em São Paulo, a defesa de prisioneiros políticos fora predominantemente conduzida por advogados jovens, com algumas exceções, tais como Aldo Lins e Silva, Mário Passos Simas, Hélio Navarro, Tales Castelo Branco e Idibal Pivetta.[15]

De modo geral, estes advogados compunham um conjunto ideológico relativamente heterogêneo, composto de indivíduos ligados à esquerda, mas sem ligação orgânica com os partidos clandestinos, e de liberais, alguns dos quais inspirados por componentes religiosos. Alguns se tornaram políticos profissionais, mas em geral não tinham militância partidária.[16] Havia respeito mútuo e troca de informações entre eles,[17] mas não atuavam como um grupo organizado, conforme nos contou Airton Soares. Então um jovem advogado, Soares ajudou a organizar a assistência jurídica à população carente da periferia de São Paulo, através do departamento jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da USP, e começou a atuar na defesa de perseguidos políticos no escritório de Idibal Pivetta:

"Nunca houve um fórum de discussão entre advogados de presos políticos. Nós nunca nos reuníamos, às vezes, almoçávamos depois de uma audiência ou saíamos para beber no final do dia, mas era só isso. Cada um cuidava dos interesses do seu cliente, mesmo quando atuávamos no mesmo processo. Nós

15. José Carlos Dias, apesar de mais jovem, diferenciava-se do perfil da maioria, uma vez que já era reconhecido nos meios jurídicos. Além desses, foram muito atuantes os advogados Airton Soares, Paulo Gerab, Belisário dos Santos Jr., Antonio Mercado Neto, Antonio Funari, Maria Regina Pasquale, Virgílio Egydio Lopes Enei, Rosa Maria Cardoso da Cunha, Iberê Bandeira de Melo, Maria Luiza da Cunha Flores Bierrenbach, Luis Eduardo Greenhalgh, Annina Alcântara de Carvalho, Miguel Aldrovando Ait, José Carlos Roston, Joaquim Cerqueira César, Felipe Pugliesi, entre outros (TELES, 2011, p. 326).

16. Airton Soares foi uma exceção. Militante do MDB desde 1970, elegeu-se Deputado Federal em 1974, reeleito em 1978 e 1982, desta vez pelo PT. Outros advogados tiveram atuação político-partidária a partir dos anos 1980.

17. Ver, i.e., a correspondência da advogada pernambucana Mércia Albuquerque. Disponível em: [http://dhnet.org.br/memoria/mercia/contatos/apresenta.htm]. Acesso em: 12.03.2012.

temos origens diversas. Havia advogados de presos políticos que mantinham toda uma estrutura profissional, com seus comprometimentos, seus escritórios, onde a advocacia de presos políticos era feita com prejuízo de eventuais clientes, por exemplo, a advocacia do José Carlos Dias, do Heleno Fragoso. A advocacia como a minha e a do Idibal, ou a do Virgílio, era diferente, porque nós nunca tivemos grandes clientes, empresários etc. O que nós tínhamos eram casos de família, casos trabalhistas, casos da Justiça Comum ou Criminal. Toda aquela idiossincrasia que poderia vir contra você pelo fato de ser um advogado de presos políticos, afinal como é que você ia prestar serviço para um empresário que tem um interesse controlado pelos caras que estavam sustentando a ditadura? Não ia, nunca. Nós tínhamos certeza disso, então, não tínhamos limites na nossa atuação. Nós atuávamos dentro da auditoria militar e também fora dela (...) para evitar outros assassinatos, que eram de fato cometidos" (SOARES, 2011).

Os órgãos de segurança tentavam constantemente intimidar e implicá-los politicamente forjando uma identificação partidária com seus clientes. Era notório que havia muito respeito e cumplicidade na relação entre os presos políticos e seus advogados. E, mais do que isso, existia uma relação de muita confiança entre eles, o que em determinadas ocasiões possibilitou salvar a vida de militantes ou impedir que fossem presos. A atuação de alguns advogados de defesa foi particularmente engajada, gerando condutas que entrelaçaram atuação profissional e luta de resistência ao assumirem riscos para ajudar clientes e seus familiares.

Idibal Pivetta, Airton Soares e outros advogados atuaram, muitas vezes, na clandestinidade para tentar salvar a vida de seus clientes. Pivetta, por exemplo, tornou-se um ativo advogado de presos políticos após a prisão de centenas de estudantes no XX Congresso da UNE, em Ibiúna, em outubro de 1968. Desde 1967, escrevia e montava peças de teatro, usando o pseudônimo de César Vieira, cuja primeira obra foi encenada pelo grupo de teatro do Centro Acadêmico XI de Agosto, chamada *O evangelho segundo Zebedeu*.[18] Na juventude, Pivetta assumiu sua militância política independente, mas ligada às esquerdas. Entre 1957 e 1958, na qualidade de vice-presidente da UNE, acabou por assumir a presidência da entidade, indo morar na sua sede, na praia do Flamengo, no Rio de Janeiro.

18. Baseada na história da Guerra de Canudos, a peça foi encenada sob a direção de Silney Siqueira e apresentada no circo do Centro Acadêmico, localizado no parque Ibirapuera, em 1970. Proibida, foi liberada com cortes, tornando-se um símbolo de rebelião na época. A peça ficou em cartaz por dois anos e foi considerada o melhor espetáculo no Festival Mundial de Teatro de Nancy, na França, em 1971 (VIEIRA, 2007).

Pivetta levava mensagens e informações para militantes no exterior, quando viajava para divulgar suas peças ou quando acompanhava as turnês do grupo *Teatro União Olho Vivo*. Alguns advogados davam fuga aos clientes escondendo-os em suas residências, estabelecendo contato com militantes dos agrupamentos clandestinos, os quais organizavam rotas para o exterior. Pivetta e Soares foram alguns dos que ajudaram a transportar militantes perseguidos até as fronteiras do país, conseguindo dessa maneira evitar a prisão e o assassinato de alguns de seus clientes. Pivetta nos contou como começou a advogar para perseguidos políticos e de que maneira os ajudava:

"Não sei como esse pessoal veio a ser meu cliente. Tenho a impressão de que isso funcionou pelo fato dos caras e seus familiares fazerem cartões, impressos por eles mesmos, onde tinha escrito Idibal de tal, advogado, e dois números de telefones, sendo que um desses números era normalmente usado pelas famílias que me procuravam quando alguém estava preso.

(...) Eu era advogado do Paulo [de Tarso Venceslau] e ele me deu várias mensagens para serem levadas para a França, por exemplo, quando fui com a minha peça *O evangelho segundo Zebedeu* para Nancy, na França (...). Levei várias mensagens para pessoas de lá, não sei se foi para o Aloysio Nunes [Ferreira Filho] (...), inclusive, de alguns padres para outros padres (...). Não me cabia ler, as mensagens vinham fechadas e a gente assumia o risco de confiar no que estava escrito, que era algo em benefício de uma causa nobre (...).

(...) Outras vezes a gente colaborou decisivamente na fuga de pessoas (...). Teve a companheira do Luiz Alberto Sanz, a Didi. Quando ele foi preso, o casal morava numa pensãozinha ali na Santa Cecília. Ela o viu ser preso, fugiu pela janela e me ligou de madrugada: '– Estou aqui e não tenho para onde ir, minhas coisas estão presas'. A gente foi buscá-la, levamos para casa de um amigo (...). Muito esperta, conseguiu imediatamente emprego trabalhando no consultório de um dentista, em 3 dias ela já estava morando por conta própria e se sustentando. Depois, nós a ajudamos a fugir para o Chile (...). Você dava uma verba, levava até o ônibus que ia para Porto Alegre, de onde se fazia uma triangulação que ia parar em Santiago, na época do Governo de Allende.

(...) Teve o problema da família Horta (...) e da Cida Horta (...). Ela era namorada de um professor de muito destaque e que foi assassinado pela repressão [o Antônio Benetazzo][19] (...). Ela me apareceu de madrugada e eu não

19. Benetazzo era dirigente do Molipo e professor de história e educação artística. Foi preso no dia 28.10.1972 e assassinado sob tortura no DOI-Codi/SP, em 30.10.1972. V. ALMEIDA, Crimeia de, op. cit., 2009, p. 384-386.

sabia quem ela era. Peguei o carro e fiquei andando e perguntando várias coisas, ela podia ser uma infiltrada (...), até que ela confirmou que era parente de fulano. Esta não tinha nenhuma chance, porque se não [ajudássemos], ela ia ser morta, o cara tinha acabado de ser assassinado. A gente a mandou via Porto Alegre também, eu tinha uns contatos lá e o pessoal se virava. Você pagava as despesas, isso por minha exclusiva vontade, não era organizado em nenhum grupo (...). Eu tive vários casos assim.

(...) Depois, você até encontrava-se com essas pessoas em Cuba (...). No fim formou-se uma rede tão maluca que misturava teatro com advocacia" (PIVETTA, 2008).

Estes advogados recebiam honorários escassos (ou nenhum), ao mesmo tempo em que foram vítimas de sistemáticas ameaças, detenções arbitrárias e, eventualmente, tortura, o que os obrigou, eventualmente, a se exilar.[20] A prisão de Maria Luiza Flores Cunha Bierrenbach gerou particular tensão entre os advogados de presos políticos. Ela atuava no escritório de José Carlos Dias, onde ingressou em 1967, quando ainda cursava o 2.º ano da faculdade de direito, na PUC-SP. O escritório atendia perseguidos políticos antes mesmo de 1968. Bierrenbach foi detida no dia 08.11.1971 por agentes do DOI-Codi/SP, onde a mantiveram até o dia 12 daquele mês. Inicialmente, ela levou bofetadas e foi interrogada sem capuz pelas três equipes de interrogatório e, em especial, por "Jesus Cristo", o delegado de polícia Dirceu Gravina. Ela relatou-nos que descobriu o motivo da sua prisão apenas no quarto dia, quando já haviam confirmado que não estava envolvida com qualquer grupo guerrilheiro. Mesmo depois de esclarecida esta informação, foi torturada por "JC" com choques elétricos, sentada e amarrada a uma cadeira (BIERRENBACH, 2011):

"Ele me disse: 'Se você sair viva daqui, o que não vai acontecer, você pode me procurar no futuro. Eu sou o chefe, sou o Jesus Cristo'. Ele falava isso e virava a manivela para dar choque. Ele também dizia: 'Que militante de direitos humanos coisa nenhuma, nada disso, vocês estão envolvidos'. (...) Havia umas ameaças assim: 'Vamos prender todos os advogados de direitos humanos, colocá-los num avião e soltar na Amazônia'. Nos outros interrogatórios, eles perguntavam qual era a minha opção política, o que eu pensava, quem pagava meus honorários, quais eram os meus contatos no exterior, o que eu pensava do comunismo. (...) Eu fui presa sem nenhuma acusação, fiquei três dias lá sem saber porque estava presa. No terceiro ou quarto dia, descobri o motivo: teriam achado num 'aparelho' um manuscrito do Carlos Eduardo Pires

20. Para referências sobre o exílio, ver os depoimentos de Marcello N. de Alencar e Annina Alcântara de Carvalho, respectivamente (ALENCAR, 1994 e CARVALHO, 1978).

Fleury,[21] que tinha sido banido do país e que foi meu colega e cliente no escritório" (MERLINO; OJEDA, 2010, p. 69).

O setor progressista da Igreja Católica forneceu suporte imprescindível aos perseguidos políticos e suas famílias e um importante apoio político para a sua rede de solidariedade através, especialmente, de D. Paulo Evaristo Arns e da Comissão Justiça e Paz-SP, criada em 1972 (BENEVIDES, 2009, p. 45-52). A maioria dos advogados de defesa, contudo, não atuava diretamente com a CJP-SP,[22] composta predominantemente por advogados mais ligados à Igreja Católica, como Mário Simas, José Carlos Dias e Belisário dos Santos Jr. Não obstante, seu apoio contribuiu decisivamente para arregimentar a opinião pública, a sociedade civil e a efetivar a mobilização jurídica transnacional em defesa dos direitos humanos.

Esta posição não encontrou ecos no Conselho Federal da OAB, o qual apoiou integralmente o golpe de Estado de 1964. Tal como revela Rollemberg (2008), este posicionamento representativo da ordem perdurou até pelo menos 1972, momento em que uma posição crítica à ditadura passou a adquirir representatividade entre os quadros da entidade. O VI Encontro da Diretoria do Conselho Federal da OAB, realizado em Curitiba entre maio e junho de 1972, divulgou um documento, no qual a ordem defendia o restabelecimento das garantias do Judiciário e da plenitude do *habeas corpus*; a "harmonia entre a segurança do Estado e os direitos do indivíduo"; o "livre exercício da atividade profissional do advogado"; o respeito à pessoa humana; e os princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ROLLEMBERG, 2008, p. 87; BASTOS, 2007, p. 545). Sobre a repressão policial aos opositores do regime, o documento afirmava:

"A repressão à *criminalidade* – mesmo quando exercida contra os inimigos políticos – deve fazer-se sob o império da lei com respeito à integridade física e moral dos presos e com observância das regras essenciais do direito de defesa, notadamente, a comunicação da prisão à autoridade judiciária competente."[23]

Entre avanços e recuos relativos ao posicionamento defendido acerca da ditadura e fazendo valer seu reconhecido espírito corporativista, a OAB deu suporte aos advogados que defendiam perseguidos políticos em diversas ocasiões, especialmente, a partir do final dos anos 1960. Este posicionamento contextualiza o ato de desagravo que a seccional de São Paulo organizou em agosto de 1972, após a prisão de oito advogados de presos políticos em maio

21. Fleury era dirigente do Molipo e foi assassinado no dia 10.12.1971, no Rio de Janeiro (ALMEIDA, 2009, p. 294-295).

22. V. (SOARES, 2011; PIVETTA, 2008; ENEI, 2011; e CARDOSO DA CUNHA, 2011).

23. Apud ROLLEMBERG, 2008, p. 87. Destaque meu.

daquele ano, os quais haviam encaminhado ao STM uma representação contra os juízes da 2.ª CJM, denunciando os maus tratos aos presos políticos de São Paulo.[24] A representação estava no cerne das denúncias e atividades que levaram às primeiras greves de fome de presos políticos do Estado em 1972 (TELES, 2011, p. 350-351). De acordo com Belisário dos Santos Jr., foi preciso esperar a apreciação do STM para que a OAB-SP realizasse a sessão pública de desagravo aos advogados presos: "A Ordem não quis nos desagravar imediatamente, só o fez depois que o STM censurou os juízes" (SANTOS JR., 2011).

Em São Paulo, a posição da OAB mudou decisivamente em 1976, apenas quando José Carlos Dias assumiu a presidência da seccional da Ordem, conforme o testemunho de Santos Jr. Então, um jovem advogado que participara do movimento estudantil na Faculdade de Direito da USP, da montagem da peça *O evangelho segundo Zebedeu* do "Teatro do XI"[25] e que atuava na defesa de presos políticos desde 1970. Em 1974, o seu escritório, de Regina Pasquale e Rosa Cardoso, localizado na av. Brigadeiro Luiz Antônio, foi invadido:

"Foi intimidação. (...) eles destruíram a porta e espalharam os papéis. Havia vários núcleos de papéis espalhados, também pegaram dinheiro e deixaram à vista, para mostrar que eles não tinham pegado dinheiro. Alguns meses depois, recebi um recado de um oficial do DOI-Codi/SP (...). Ele disse que ficou muito aliviado de não descobrir nada ligado às organizações clandestinas no meu escritório!

(...) Nós representamos à Ordem dos Advogados e tiramos foto. Chamei um colega fotógrafo, que era meu amigo, e tiramos todas as fotos. Anexamos tudo e representamos imediatamente. A Ordem não tomou nenhuma providência, o encarregado do processo era um cidadão assessor jurídico do II Exército e membro da Ordem, mas só posteriormente eu soube. Não me recordo o nome dele, já falecido, mas ele ficou anos com o processo, sentou em cima dele. O processo só veio a ter algum acompanhamento em 1976, quando o Zé Carlos Dias entrou na Ordem e me perguntou se eu queria dar prosseguimento. Mas, anos depois, não tinha o menor sentido tentar apurar o que aconteceu. Tenho as fotos até hoje" (SANTOS JR., 2011).

José Carlos Dias atuara como advogado de Idibal Pivetta em 1973, quando este ficou preso por pouco mais de dois meses,[26] tendo o procurado pessoalmente na sede do DOI-Codi/SP na ocasião. Quando assumiu a presidência da

24. Cf. *Habeas data* de Idibal Pivetta (VIEIRA, 2007, p. 299; SOARES, 2011; e PIVETTA, 2008).

25. (VIEIRA, 2007 e 2008; SANTOS JR., 2007, p. 131-134; e PICCINA, 2007, p. 190-194).

26. Cf. (VIEIRA, 2007, p. 300). O advogado Marcello N. de Alencar também ficou preso por um período longo e foi julgado. Ele ficou 186 dias preso e foi absolvido por 4 votos contra 1, tendo permanecido 2 anos no exílio, cf. (ALENCAR, 1994).

OAB-SP, Dias tomou a iniciativa de realizar um ato público de desagravo à prisão de Pivetta em 26.10.1976. Na ocasião, Pivetta repetiu seu discurso feito no julgamento do recurso da promotoria no STM, onde foi absolvido por unanimidade em fevereiro de 1974 (VIEIRA, 2007, p. 301). A solenidade transcorreu em clima de tensão, com a presença acintosa de policiais e ameaça de atentado a bomba. Seu pronunciamento foi crítico e contundente:

"(...) Vivemos hoje a dura realidade de um sistema legal de encomenda. Um sistema legal feito 'a pedidos', por juristas de aluguel e por homens das fórmulas salvadoras do momento. Um sistema que fechou partidos, amordaçou a imprensa, transformou o Congresso num conglomerado submisso e apático; que *estremeceu o Judiciário*; desvalorizou o exercício do voto; extinguiu o *habeas corpus*; tentou alienar os estudantes e marginalizou a maior parte da população de uma vida digna e de uma participação nos destinos nacionais.

Com base em meras *ordenações* e não em leis, esse *sistema legal de encomenda* gerou leis de segurança, leis de imprensa e decretos do teor de um 477 (...). Ordenações, sim! Pois que nenhuma delas traz em si a marca que as legitime: a de terem se originado na única e verdadeira fonte de lei que é a *vontade popular*.

(...) E o coronel, encarregado do 'inquérito' queria saber qual a nossa organização subversiva? Onde ficava o nosso aparelho? (...) Como convencê-lo de que nossa organização era a OAB? Era a SBAT (Sociedade Brasileira de Autores Teatrais), onde estávamos registrados com o nome artístico de César Vieira, para tentar escapar da censura?

(...) E a sentença trouxe candente, gritante, a assertiva de que o auto de busca e apreensão – motivo de nossa detenção e de todo o feito – fora forjado pela autoridade!

(...) O que visavam com a prisão e a intimidação de quase todos os advogados que militam na Justiça Militar? Almejavam que nós deixássemos de exercer a profissão nessa área. E nesse afã prenderam, intimaram, invadiram, algemaram e processaram. Mas não conseguiram. Nós continuamos. Nós continuamos resistindo. (...) E nunca, no decorrer dessa tumultuada trajetória, estivemos sós.

(...) É o momento de ver, com a clareza de um Aliomar Baleeiro e a objetividade de um Rodrigo Octávio, que '(...) nenhum ditador, no correr da história, abriu mão espontaneamente de seus poderes discricionários' E '(...) que é a hora da volta à normalidade democrática, *onde o poder deixará de ser lei e a lei voltará a ser poder*'."[27]

27. (PIVETTA, 1976). Destaques do autor.

Apesar das enormes dificuldades, a resistência empreendida de dentro dos cárceres somou-se à dos advogados de defesa, dos familiares de presos políticos e entidades de defesa dos direitos humanos, estabelecendo uma rede de solidariedade que, pouco a pouco, conseguiu sensibilizar a sociedade civil e impor desgastes à ditadura. Advogados e familiares assumiram um papel crucial ao estabeleceram a interlocução dos presos políticos com as entidades, autoridades religiosas e, em especial, a Comissão Justiça e Paz, a CNBB e até a OAB, apesar de suas resistências. Esta interlocução feita pelos os advogados e as redes de solidariedade com as organizações internacionais contribuiu decisivamente para divulgar que no Brasil havia presos políticos, tirando-os do isolamento imposto pela ditadura. Conforme descreveu a advogada exilada na França, em 1971, Annina Alcântara de Carvalho:

"As organizações internacionais que a meu ver procuravam apoiar a questão dos direitos humanos no Brasil foram todas as organizações de juristas – juristas democratas, juristas católicos, Liga Internacional dos Direitos do Homem e a Anistia Internacional. Trabalhei muito com a Anistia (...), inclusive fizemos aquele relatório sobre a tortura no Brasil, que custou muito esforço, e que foi um bom trabalho. Durante dois anos e pouco – 71 a 73 – recebi toda a imprensa brasileira, e fiz um arquivo de presos políticos, 3.000 fichas de processados. E foi muito útil porque muitos companheiros aqui precisavam provar que tinham processo político para pedir refúgio, usavam do meu arquivo. O arquivo também foi útil à Anistia Internacional e às outras organizações internacionais, para listas de presos, levantamentos etc.

(...) Vim pra França e durante alguns meses percorri toda a Europa, dei entrevistas à imprensa em todos os países, fiz conferências públicas, participei de inúmeros programas de rádio e televisão. Foi muito útil. Não como na cadeia, porque na cadeia eu tinha o elemento humano perto de mim, eu via o meu preso, sabia, por um sorriso, por um olhar de satisfação, que tinha trazido alguma coisa a ele. É lógico que quando você faz uma campanha de denúncia você não sente isso. Mas, racionalmente, você sabe que está alcançando muito mais, a milhões de pessoas a quem você levou uma mensagem" (CARVALHO, 1978, p. 62-63).

Como pudemos considerar, advogados de defesa de perseguidos políticos, setores progressistas da Igreja Católica e entidades de defesa dos direitos humanos tiveram um papel decisivo na localização dos presos, na sistematização dos dados sobre as violações dos direitos humanos e na divulgação das denúncias. Neste sentido, dir-se-ia que alguns advogados de defesa tiveram a coragem de utilizar sua posição e prerrogativas na luta de resistência à ditadura, muitas vezes com enormes custos pessoais, tais como reprimendas, supressão do processo de ascensão na carreira, prisões, até a tortura e o exílio.

4. A ATUAÇÃO E AS ESTRATÉGIAS DE DEFESA DOS ADVOGADOS

Desde a edição do AI-5 e a eliminação do *habeas corpus*, os advogados tiveram que atuar de forma criativa para conseguir localizar, oficializar a prisão e garantir a integridade física dos perseguidos políticos. Tarefa que, por vezes, poderia levar meses.

O direito de petição não havia sido extinto do ordenamento jurídico ditatorial, assim, muitos advogados apresentavam petições simples no lugar do *habeas corpus* (eventualmente, sob outro título). Alguns advogados disfarçaram seus pedidos de *habeas corpus* apresentando-os como mandados de segurança,[28] uma garantia mantida na Constituição de 1969.[29] Estas petições, denominadas por alguns de "*habeas corpus* de localização" (FERNANDES, 2004, p. 224) obrigavam o juiz auditor a consultar o promotor de justiça encarregado do IPM e requisitar informações às autoridades sobre onde estaria preso determinado dissidente político. Por vezes, os órgãos de segurança reconheciam a prisão de pessoas quando ainda estavam no período de torturas e, assim, os advogados e suas famílias conseguiam garantir a integridade física do preso e, eventualmente, levar-lhe carinho, roupas e comida.[30]

No DOI-Codi/SP, os presos não conseguiam fazer contato com familiares e advogados, na maioria das vezes isso ocorria somente no DEOPS, depois de alguma espera. O isolamento era quase total. A espera para saber qual seria o destino do prisioneiro era outra forma de tortura e representava uma ameaça permanente, pois várias pessoas voltaram a ser torturadas depois da fase inicial de prisão. Parentes e advogados frequentemente se dirigiam ao DOI-Codi na tentativa de encontrar seus familiares e clientes ou, pelo menos, obter o reconhecimento da prisão deles. Idibal Pivetta relatou como era a busca por informações sobre as pessoas sequestradas:

"Se alguém tivesse sido preso, sabia que eles não iriam reconhecer, mas eu ia lá [no DOI-Codi], batia na porta e (...) vinha um cara, um tenentinho, e eu falava: '– Queria falar com o fulano de tal que está detido aí, sou advogado dele'. (...) Nem mandavam entrar, você ficava na porta, voltava alguém cinco minutos depois falando: '– Não tem nenhum preso com esse nome'. Assim, eles ficavam sabendo que o advogado já sabia [da prisão] e que estava mexendo os pauzinhos e, isso, acredito, evitou até mortes. Eu andava com uma

28. Cf. (ENEI, 2011; e SANTOS JR., 2011).

29. V. EC 1/1969, § 21 do art. 153, em Bonavides (2001), p. 501-506.

30. Cf. (TELES, 2011; e LINS E SILVA, 2005, p. 86-87).

máquina Lettera 22 e papel timbrado no carro (...). Já estavam escritos todos os dados das pessoas, pois tinha gente que me deixava procuração para me constituir como advogado. (...) Traziam-me procurações de pessoas, que ficavam guardadas comigo. Se a pessoa 'caísse', eu já tinha como fazer o *habeas corpus* e levar na Auditoria (...). Eu comunicava para eles e ia para o DOI-Codi, onde fui umas 50 vezes, sei lá. Era uma verdadeira loucura chegar lá, bater na porta, às vezes, de madrugada e ver surgir o sentinela. E eu insistia. (...) O engraçado é que chamavam, sempre chamaram. (...) Voltava alguém e dizia puto da vida: '– Não tem cliente seu aqui'! (...) Acho que isso foi muito importante. Isso e a comunicação para gente como o Gerald Thomas [que era da Anistia Internacional] ou para alguma outra pessoa, de Cuba ou outro lugar. Como faziam esse trâmite, não sei, mas (...) acho que funcionou muito. Muitas mortes aconteceram, mas algumas, acredito, foram evitadas. Quais, não sei" (PIVETTA 2008).

Em geral, o advogado iniciava sua atuação oficialmente com a formalização da instrução criminal (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 173). Ao final desta fase, cujos prazos não eram respeitados, geralmente, o advogado conseguia estabelecer contato com o seu cliente e, desta forma, iniciar os trabalhos relativos à defesa.

A despeito da prevalente importância dos advogados de defesa ao longo de todo o período ditatorial, é de se ter em vista que 60,5% dos processados por crimes políticos foram denunciados no período transcorrido entre novembro de 1969 e novembro de 1974, quando a repressão estatal se voltou, sobretudo, para o combate das atividades das organizações partidárias clandestinas e da luta armada (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1987, p. 9-14).

O crime de militância em organizações partidárias clandestinas estava previsto nos arts. 14 e 43 da LSN (Dec.-lei 898/1969).[31] O art. 43 punia as tentativas de ou a efetiva *reorganização* de grupos, associações ou partidos políticos proscritos; enquanto o art. 14 previa a punição às atividades de *formar, filiar-se ou manter* associações ou partidos políticos considerados perigosos à segurança nacional.

Os militantes do PCB e os ativistas de entidades como a UNE eram os principais atingidos pelo art. 43, ao passo que os militantes de agrupamentos armados e demais grupos organizados após 1964 eram enquadrados no art. 14 e,

31. Os julgamentos políticos dos anos 1970 envolveram a sobreposição de três LSN: o Dec.-lei 314/1967; o Dec.-lei 510/1969 e o Dec.-lei 898/1969, em: [www.jusbrasil.com.br/legislacao].

muito frequentemente, também em outros artigos, em função de sua participação em ações armadas.[32]

Diversas pesquisas[33] apontam que a mais elementar estratégia de defesa empenhada pelos advogados de presos políticos ao longo do período constituía-se no questionamento da legitimidade da LSN e da competência da Justiça Militar para julgar tais crimes. Em sentido mais amplo, a defesa escorava-se em fundamentos jurídico- políticos, que visavam sustentar a tese de que as prisões eram ilegais e que a própria lei de exceção não estava sendo respeitada.

Paralelamente, os advogados partiam da perspectiva do questionamento da prova do inquérito policial, frequentemente constituída exclusivamente pela confissão do acusado e dos corréus. Argumentava-se que as provas haviam sido feitas mediante coação irresistível e muitos acusados retratavam-se da confissão em juízo, alegando tortura, o que se fazia amplamente relevante ética e politicamente; embora, eventualmente, estas denúncias não fossem registradas nos autos, vicissitude a qual muitas vezes reverteu-se em implicações penais.

Muitas vezes, tais questionamentos tinham como objetivo a reafirmação de princípios dirigidos ao registro histórico e à memória, os quais se alinhavam à crença dos presos (e muitas vezes, dos próprios advogados) de que haviam poucas possibilidades de que o resultado dos julgamentos pudesse ser modificado (TELES, 2011).

As informações presentes nos autos, a posição política e as necessidades do cliente influenciavam a estratégia de defesa adotada; era possível dar mais ênfase aos aspectos técnicos e jurídicos, fazer uma defesa de acento mais político, ou imbricar ambas as direções. Estas posições não eram, necessariamente, definidas pelos advogados, mas, por vezes, partilhadas com os grupos políticos aos quais os presos pertenciam. No que tange ao posicionamento assumido em juízo em relação à militância, as estratégias de defesa abriram-se em um espectro que abarcou desde a negação da própria militância – que alguns pesquisadores afirmam ter sido a postura mais recorrente –[34] ao rechaço da autoria das

32. Cf. os arts. 26, 27 e 28, os quais eram bastante similares, sobrepunham-se e não definiam claramente os crimes que pretendiam punir – o que abria espaço para uma vasta gama de possibilidades de interpretação da lei, a condenações pelo mesmo crime e punições mais severas (TELES, 2011, p. 353-354).

33. Cf. (FRAGOSO, 1984, p. 150-152; ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 176-199; SIMAS, 1986), entre outros.

34. Para analisar as estratégias de defesa, Pereira trabalhou com 50 casos, mas não fez um levantamento estatístico. Cf. (PEREIRA, 2010, p. 211-235). A amostragem de Mattos

ações, conjugado à defesa dos fundamentos dos fatos que lhes eram imputados e da militância.

Os custos e benefícios das diferentes estratégias compunham equações bastante complexas. De um lado, fazia-se justificada estrategicamente a opção pela negação das ações e da militância, de modo a conjugá-la à busca do melhor resultado possível. De outro lado, havia sempre o risco de que o militante fosse reconduzido a um centro de tortura caso ele denunciasse os maus tratos em juízo, o que na prática poderia se constituir em uma confissão que negasse a estratégia inicial (TELES, 2011).

A defesa aberta da militância revolucionária de parte dos presos políticos perante os tribunais de exceção exigia que os advogados fizessem verdadeiros malabarismos para conciliar o respeito à postura de seus clientes e uma defesa eficiente no sentido de tirá-los da prisão, absolvê-los ou obter uma condenação reduzida. Alguns advogados, porém, conseguiram conciliar estes conflitos, defendendo o direito à resistência (SAFATLE, 2010, p. 247-248) contra a força das ditaduras e denunciando as torturas, conforme o relato da advogada Rosa Maria Cardoso da Cunha.

Rosa Cardoso foi uma das poucas mulheres que atuaram como advogadas de presos políticos. Em 1968, Modesto da Silveira, então um conhecido criminalista e militante do PCB,[35] a convidou para trabalhar no seu escritório. Como estudante, ela assistia regularmente aos julgamentos de presos políticos no auditório do STM, que situava-se perto da Faculdade de Direito da UFRJ, onde ela estudava. No STM era possível acompanhar as defesas de Heleno Fragoso, seu professor de direito penal, e de advogados como Modesto e Werneck Vianna. Em 1970, Rosa Cardoso transferiu-se para São Paulo, onde passou a atuar juntamente com Virgílio Egydio Lopes Enei:

"Tanto como na Justiça Criminal comum, a principal estratégia de defesa dos presos políticos era negar a autoria dos fatos pelos quais eram acusados. Contudo, (...) os presos políticos defendiam em tese os fatos que lhes eram imputados. Por razões de segurança pessoal e segurança dos companheiros, tentavam eximir-se de dar informações sobre ações concretas passadas, presentes ou

engloba 155 declarações de réus da ALN-SP, na qual 35% manifestaram sua posição ideológica. Do total, 90 réus não prestaram declarações em juízo e outras 9 não foram localizadas (MATTOS, 2002, p. 74, 76 e 159).

35. Silveira enfatiza que sua participação política não englobava "nenhuma atividade ilegal" e era fundada na legislação existente, da qual aproveitava as brechas para tentar "abrandar penas ou absolver pessoas", cf. (SILVEIRA, 2001, p. 114).

futuras, mas afirmavam concordar com as mesmas. Este posicionamento dos presos políticos era, inclusive, uma forma de recuperação de sua identidade de 'esquerda', de seu alinhamento contra o regime militar e ditatorial e de sua crença numa sociedade sem desigualdades sociais (...). Recorde-se que as pessoas que se opunham aos Governos Militares (...), em geral, eram detidas e torturadas. Na tortura, por conveniência ou imposição eram quase sempre obrigadas, por diferentes formas, a negar as suas crenças e posições. Por isso, na primeira oportunidade que tinham de se expressar publicamente, no ambiente da Justiça Militar, um lugar em tese sem violência física, os presos queriam reafirmar sua identidade e sua história, apesar de tudo que haviam sofrido.

(...) Certamente, cada advogado conciliava de modo diverso estas questões, pois tinha posições ideológicas e compromissos políticos diferentes. Eu, particularmente, preocupava-me muito com a recuperação desta identidade, da autoestima e do respeito e afeto do coletivo por cada preso, independentemente da organização a que pertencia. Ressalte-se, também, que havia alguns juízes togados, não militares, que possuíam uma formação liberal e com os quais era possível conversar, argumentar e convencer. Eu sempre lhes recordava lições de nossa cultura humanística, como o *direito de rebelião contra as leis injustas e os regimes de força*. A eles devo muitos dos bons resultados que obtive. Mas eu também gostava muito de reforçar em minhas defesas o vínculo de solidariedade e de civilidade que existe entre nós humanos. A oposição política não justificava, assim, a desumanização dos gestos dos contendores. Os julgadores não podiam julgar de uma forma desumana ou bárbara, não civilizada. Creio que muitas vezes minhas defesas enveredaram por esses caminhos bem reflexivos."[36]

A análise das estratégias de defesa feita por Mattos sobre a ALN-SP revela a existência de uma distinção entre argumentos legais e extralegais. Entre os primeiros, os mais frequentemente utilizados foram a ausência de provas, enquadramento inadequado ou falta de dolo (colaboração inconsciente com determinada organização). Entre os segundos, as diversas estratégias giravam em torno da afirmação do potencial de reabilitação do acusado, desde vicissitudes relativas ao seu nível cultural e à sua personalidade, mas, sobretudo, à sua conduta, tendo em vista que os juízes consideravam relevantes estes aspectos nas suas decisões.[37]

---

36. Cf. (CUNHA, 2011). Destaques meus.

37. Cf. análise de Foucault (1993), a "tecnologia disciplinar" e a causalidade psicológica acompanham a determinação jurídica da responsabilidade por crimes (MATTOS, 2002, p. 50, 88-89, 138-139 e 160-161).

Os presos políticos incursos em processos na Justiça Militar eram levados muitas vezes às auditorias militares, pois normalmente para cada ação penal o acusado deveria comparecer pelo menos a quatro audiências: a de interrogatório, a de oitiva de testemunhas de acusação, a de oitiva de testemunhas de defesa e a do julgamento. Alguns prisioneiros chegaram a responder trinta processos e compareceram mais de cem vezes às auditorias (REZENDE; BENEDITO, 2000, p. 146). O que tornava bastante trabalhoso o cotidiano da atuação dos advogados (SIMAS, 1986, p. 83, 142-143).

Os prazos processuais estabelecidos pela própria legislação de exceção não eram respeitados (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 176-188). Nos casos referentes à ALN-SP, por exemplo, a maior parte dos veredictos da Justiça Militar foi proferida no período compreendido entre 1974 e 1979. Diversos processos levaram anos para obter sentença definitiva, conforme o Processo n. 100 (classificação do BNM), cujos réus haviam sido presos entre 1969 e 1970, mas a sentença foi pronunciada apenas em março de 1975. O acórdão do STM, contudo, foi proferido em março de 1978 e, o do STF, em setembro de 1979 (MATTOS, 2002, p. 133).

Os advogados dispensaram atenção especial aos condenados a longas penas ou prisão perpétua, preocupados com o sofrimento decorrente da perspectiva de permanecerem vários anos confinados. Estes casos exigiram dos advogados de defesa uma atuação mais detida nos Tribunais Superiores. De acordo com Belisário dos Santos Jr., esta situação reforçava a importância de incutir o sentimento de esperança entre seus clientes:

"Eu achava que, sempre, uma parte do nosso discurso deveria ser o de um discurso de convencimento. Achava que confrontando a denuncia com a lei vigente e, mais do que isso, com os princípios internacionais, com a Constituição, com os princípios do direito, era possível passar ao cliente uma noção de esperança jurídica. Ele tinha uma esperança política, porque todos sabiam – hoje é fácil dizer, mas na época, não – sou testemunha disso, todos sabiam que aquilo duraria por um tempo limitado, (...) não ficaria para sempre. Aquelas penas elevadíssimas não resistiriam. Então, sempre achei que era necessário manter essa esperança em uma saída, fosse jurídica ou política. A saída jurídica (...) era fundamental, porque o preso precisava estar concentrado para cuidar da sua família ou do que restava dela, cuidar da sua formação, cuidar do seu preparo para o futuro. (...) Para alguns presos a prisão resultou em livros, em reflexões, em alternativas para o futuro, mas outros conviveram mais com a depressão, com a dor da perda, não superaram. É muito difícil superar as marcas da tortura, como na frase famosa 'A tortura é uma marca que não sai'. O papel do advogado era um pouco esse: eu queria convencê-los de que era possível

defender aquilo. (...) mas eu tinha um olho nos juízes também (...)" (SANTOS JR., 2011).

Os advogados recorriam aos Tribunais Superiores usando diversas teses jurídicas: os presos eram réus primários; a pena mínima já afetava o crime, pois haviam cometido crimes políticos, o que em geral não leva ao agravamento da pena; ou utilizavam a figura jurídica de crime continuado para solicitar a derrogação do acúmulo das penas,[38] entre outras. Um aspecto a se ter em vista faz-se relativo ao escasso tempo disponível para o exercício da defesa em tais instâncias; tal tempo era frequentemente investido no desenvolvimento de argumentos cobrando dos ministros independência e um equilíbrio moral em relação à rigidez da LSN (TELES, 2011). Rosa Cardoso recordou-se em linhas gerais da sua atuação na Justiça Militar:

"Eu tive muitos bons resultados nos Tribunais Superiores (...). Na primeira instância, normalmente, eu fazia defesas mais técnicas, mostrando que aquilo que o Ministério Público Militar estava invocando eram uma legislação e uma doutrina totalmente insubsistentes, que era uma bobagem o que estava sendo dito. Eu fazia uma análise das leis de segurança, por que tal figura foi criada, por que tal artigo não pode ser aplicado, o que estava sendo manipulado (...). Na primeira instância, procurava mostrar que aquilo era uma farsa técnica, que o Tribunal, caso atendesse ao que o Ministério Público estava pedindo, estaria montando uma farsa jurídica grosseira.

(...) Na primeira instância você tem mais tempo para a defesa. Na segunda, há quinze minutos apenas, então você tem de ser bem sintética e ir ao ponto. Nas defesas de primeira instância procurava ser mais técnica, porque o nível de discussão política e filosófica que eu poderia fazer não teria sentido diante daqueles militares de caserna, ligados aos órgãos de segurança. No Superior Tribunal Militar e no Supremo Tribunal Federal, eu encontrava gente inteligente. Alguns, como o Siciliano Sarmiento, eram pessoas extremamente limitadas, mas tinha o Fragoso, que era capaz de entender as coisas (...). Eu focava em algumas questões técnicas, mas procurava discutir o que o regime tinha feito com aquelas pessoas, em matéria de incivilidade e barbaridade, e dizia que os julgadores tinham ali a oportunidade de tentar equilibrar as coisas, fazendo uma compensação com essa brutalidade, que não podia nunca ter sido feita por um regime que se dizia civilizado. Era um discurso político e moral, co-

38. Configura-se o crime continuado "quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, em razão de determinadas circunstâncias, (...) devam os delitos subsequentes ser havido como continuação do primeiro" (PRADO, 2001, p. 332).

brando dos julgadores que se estabelecesse um equilíbrio moral, até para que o regime assumisse uma aparência de legalidade e tivesse coerência com o que eles queriam ser, então que se julgasse com outros critérios (...).

(...) No STM, creio que a composição era de onze ministros, seis eram 'linha dura', como a gente dizia, e cinco eram liberais. Sendo que entre esses de 'linha dura', um ou outro, que era mais independente, podia ser convencido. Eu sempre ganhava por essa maioria. Sempre era atendida nos meus pedidos, podia não soltar a pessoa (...). Mas havia muita revogação de prisão preventiva no STM e, também, acho reduzia-se as penas, porque eles efetivamente gostavam das minhas defesas, pois procurava não dizer coisas em que não acreditasse" (CUNHA, 2011).

Era possível recorrer das decisões das auditorias militares nos Tribunais Superiores, especialmente quando havia votos divergentes entre os juízes dos Conselhos de Justiça das Auditorias Militares ou entre os Ministros do STM para tentar revogar prisões preventivas, obter uma pena mais branda ou a absolvição. Airton Soares deu como exemplo, para ilustrar a situação, o caso de Paulo de Tarso Venceslau, um dos militantes da ALN que participaram do sequestro do embaixador norte-americano em 1969:

"Não se conseguia nada na primeira instância e, na segunda, conseguíamos algumas vitórias. (...) Houve um caso interessante, o do Paulo de Tarso Venceslau que chegou ao STF. Ele tinha sido condenado em São Paulo e no Superior Tribunal Militar a sentença foi mantida com o voto discordante do Rodrigo Octávio Jordão, que pediu a diminuição da pena. A gente apontava as questões técnicas, os erros jurídicos e eles, às vezes, se sensibilizavam diante disso. Assim, nós fizemos um recurso para o Supremo, que caiu com o Bilac Pinto. E tinha o recurso do Ministério Publico contra a procuradoria também. Apoiado no voto do Rodrigo Octávio, a sentença foi modificada no Supremo Tribunal Federal pelo Bilac Pinto, diminuindo a pena dele, acho que de dezesseis anos para doze, ou alguma coisa assim. Havia muitos exageros nas condenações, que eram um absurdo!" (SOARES, 2011).

Nas alegações finais apresentadas ao Conselho de Justiça ou nas apelações oferecidas ao STM, os advogados, geralmente, pediam a absolvição de seus clientes. Nas ocasiões em que consideravam a condenação inevitável, solicitavam penas mais brandas (e que coincidisse com o tempo em que o réu tivesse cumprido prisão preventiva). Outra solicitação frequente era a de exclusão do réu em determinado processo por reconhecimento de litispendência, pois ele já estava sendo julgado noutro processo pelos mesmos fatos (MATTOS, 2002, p. 84).

Um aspecto amplamente aceito sobre os Tribunais Superiores refere-se à sua maior independência em relação às auditorias militares no que diz respeito aos

processos contra perseguidos políticos. Depois de anos, o STM, em determinados casos, firmou jurisprudência no sentido de não considerar crime a simples posse de documentação tida como subversiva, levando ao entendimento de que essa prática não se constituía prova de culpabilidade do réu (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 185).

Não obstante, é de se considerar que novos estudos apontam que, embora o STM tenha reduzido sanções estipuladas pela 1.ª instância, seu caráter pretensamente mais brando, que lhe fora mais de uma vez atribuído, não é consensual. Em muitos casos, o Tribunal reduziu penas elevadas que, na prática, permaneceram suficientemente extensas para que se considerassem desprezíveis os efeitos reais de tal redução. Neste sentido, o STM manteve as decisões de 1.ª instância, confirmando a sintonia existente na Justiça Militar durante a ditadura. Entre 1969 e 1978, o índice de confirmação de sentença no STM foi de 61,34% para os incursos na LSN; o de redução do *quantum* penal ficou em 21,24%, enquanto a elevação de penas chegou a 9,38%.[39]

De acordo com a percepção de Airton Soares, os advogados de defesa tinham poucas possibilidades de interferir nos resultados da Justiça Militar e sua atuação, muitas vezes, ficava circunscrita ao objetivo de minorar o sofrimento dos presos e auxiliar na organização e divulgação de denúncias de abusos aos direitos humanos:

"(...) Tenho minhas dúvidas sobre o papel dos advogados nas auditorias e Tribunais Militares, porque, ao mesmo tempo em que nós prestávamos serviço aos que nós estávamos defendendo, estávamos dando às Cortes Militares legitimação internacional. Mas prevaleceu na nossa consciência, pelo menos na minha, que mais valia a pena socorrer aqueles que estavam ao seu alcance, ou seja, atuar em defesa dos presos, do que pensar em um contexto internacional ou como a ditadura divulgava seus métodos repressivos no exterior (...).

Sem dúvida, cumprimos o objetivo de minorar o sofrimento. Afinal, a quem os familiares dos presos podiam recorrer, ou as possíveis vítimas da repressão, que ainda não tinham sido presas? A nós, mas acho que se conseguia pouco, perto daquilo a que os presos eram submetidos, era muito pouco. Muito pouco. Você, quando conseguia reenquadrar alguém no artigo X, este artigo era tão ilegal quanto o outro. Podia-se conseguir uma dosagem de pena menor ou maior, mas isso não alterava tanto assim.

---

39. Note-se que a compilação feita por Silva não considera os livros de acórdãos de apelações ou de atas de sessões de 1972, 1973, 1974 e 1976, os quais não foram localizados (SILVA, 2011, p. 189-194 e 210-212).

(...) Para que as absolvições decorressem do trabalho dos profissionais do direito, teríamos que admitir que (...) as provas apresentadas fossem (...) obtidas de uma instrução criminal realizada com o respeito aos direitos do preso. (...) Aliás, não tenho conhecimento de denúncia de tortura feita por denunciado ou seu advogado que tenha sido objeto de apuração por parte do Conselho de Justiça Militar.

Ora, se o Conselho de Justiça era parcial e faccioso e ignorava as denúncias feitas pela defesa sobre a nulidade das provas, que comprometiam o devido processo legal, e quase a totalidade das provas juntadas aos autos eram nulas de pleno direito, como eu poderia concluir que o advogado pudesse obter resultado favorável a este ou aquele cliente perante este mesmo Conselho? Acho complicado. O mesmo comando militar da região que designava os militares para atuar nos órgãos de repressão também designava os militares que deveriam compor os Conselhos nas Auditorias, com um Juiz togado designado da mesma forma.

O que ocorria é que eram absolvidos aqueles que os órgãos de segurança entendiam, como regra geral, certa ou erradamente, que não ofereceriam mais risco à segurança do regime. Eram absolvidos aqueles contra os quais nem mesmo seus depoimentos, obtidos mediante coação ou tortura, demonstravam comprometimento e, também, aqueles cujas provas juntadas aos autos não tinham relação com os acusados" (SOARES, 2011).

O mesmo padrão decisório foi mantido pelo STF. Na corte suprema do país, foram julgados 533 recursos ordinários criminais entre os anos de 1969 e 1979, sendo que apenas 87 deles foram julgados favoravelmente e outros 58 tiveram provimento parcial. Após cassações e casuísmos para mudar sua composição, o STF tornou-se uma instituição confiável para o Poder Executivo e não incomodou os militares (SWENSSON JR., 2006, p. 243). Mais que as instâncias da Justiça Militar, contudo, o posicionamento assumido pelo STF alterou-se em conformidade com a evolução da situação política do país (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1989, p. 187).

Os Tribunais Superiores demonstraram ter consciência do papel de legitimação do regime exercido pelo Sistema Judiciário. Reduzindo penas e concedendo absolvições sinalizaram uma compreensão da eficiência da política repressiva baseada na coerção seletiva e na exemplaridade das punições, com vias à difusão do medo e obtenção da submissão.

Entre 1979 e 1980, o STM passou a ser acionado em virtude da aplicação da Lei de Anistia, quando centenas de pedidos de extinção de punibilidade foram concedidos aos perseguidos políticos, especialmente àqueles incursos no art. 43 da LSN, o que exigiu mais da atuação dos advogados (SILVA, 2011,

p. 198-203). De acordo com o testemunho de Belisário dos Santos Jr., com o advento da Lei de Anistia os presos condenados a longas penas, cujos recursos nos Tribunais Superiores ainda não tinham transitado em julgado conseguiram sair da prisão antes do que os demais, conforme ocorreu com o ex-preso Altino Dantas:

"(...) Havia uma expressão na lei de Anistia que excluía os 'presos condenados'. É possível que algum setor do regime tenha entendido como presos condenados qualquer condenação, mas parte dessa articulação, mesmo governamental e, depois, o próprio Supremo, entendeu de outra forma.

O segundo caso analisado [depois da lei de anistia] pelo Supremo Tribunal Federal foi exatamente o do Altino. O relator, Leitão de Abreu, quando o julgou disse: '– A tradição jurídica brasileira diz que preso condenado é preso condenado definitivamente'. (...) O recurso do STM havia baixado sua pena para 40 ou 45 anos e o do STF ainda não havia sido julgado. (...) Portanto, o Altino saiu antes e eu, sem querer perder o amigo, não pude perder a piada, disse a ele: '– Sem aquele recurso que você brincou tanto comigo, você estaria lá dentro na prisão!'" (SANTOS JR., 2011).

De maneira complexa e, por vezes, intrincada os advogados e a rede de solidariedade aos perseguidos políticos firmaram seu papel na mobilização da opinião pública e da sociedade civil, empurrando os limites da política institucional e refreando o aparato repressivo, a despeito da impossibilidade de alterar a política repressiva global da ditadura. Os objetivos políticos delineados nas diretrizes que conduziram o aparelho repressivo orientaram a configuração da legalidade de exceção e as práticas do Judiciário, principalmente, após a criação do sistema DOI-Codi. A busca constante do regime por institucionalização e legitimação estava submetida à dinâmica da luta política e às pressões e resistências da sociedade civil, assim como às ligações históricas entre civis e militares.

As mudanças na conjuntura política foram gradativamente interferindo no *modus operandi* do aparato repressivo e refreando-o, incluindo aí a Justiça Militar, sem, contudo, alterar sua característica predominante, a seletividade e sua complexidade organizativa. No contexto da luta de resistência à ditadura, presos políticos e seus familiares, advogados de defesa e as redes de solidariedade constituídas em torno dos prisioneiros tiveram um importante papel na sistematização e divulgação das denúncias sobre os aspectos mais violentos e arbitrários da ditadura, o que sensibilizou a opinião pública e gerou desgaste ao regime. Neste sentido, ressalta-se aqui a contribuição dos advogados de defesa na conformação do panorama político de então, ao insistirem em manter-se no exercício da profissão durante os anos 1970.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo procuramos revelar aspectos pouco conhecidos da atuação dos advogados (em especial os advogados de São Paulo) de ex-perseguidos políticos brasileiros durante a ditadura civil-militar. Tais considerações apontam para atuações mediadas por estratégias diversas que, frequentemente, mostravam-se incapazes de superar os determinantes da Justiça Militar de exceção, ao mesmo tempo em que contribuíam positivamente para a geração de pressões políticas sobre o regime e um controle relativo sobre o tratamento dispensado aos presos que se mostrou fundamental para mitigar os maus tratos e mesmo para o fim da ditadura. Estas ações inserem-se no contexto mais amplo das pressões exercidas pelas redes de solidariedades e apontam para vínculos importantes com as vozes atuantes no exterior, tal como esperamos revelar em desenvolvimentos subsequentes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer. *O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Humanitas/UFMG, 2004a.

_____. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004b.

ALENCAR, Marcello N. de. Advocacia, consciência e regime de exceção. In: RAPOSO, Eduardo. *1964 – 30 anos depois*. Rio de Janeiro: Agir, 1994.

ALMEIDA, Crimeia de. *Dossiê Ditadura: mortos e desaparecidos políticos no Brasil (1964-1985)*. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: IEVE/Imprensa Oficial do Estado de S. Paulo, 2009.

ALVES, Maria Helena M. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Petrópolis: Vozes, 1984.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Projeto "Brasil: nunca mais". As leis repressivas*. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985a. t. IV.

_____. *A pesquisa BNM. Os instrumentos de pesquisa e a fonte*. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985b. vol. 1, t. I.

_____. *Brasil: nunca mais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1989.

_____. *Perfil dos atingidos*. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

BELOCH, Israel; ABREU, Alzira A. de (orgs.). *Dicionário histórico-biográfico brasileiro: 1930-1983*. Rio de Janeiro: CPDOC-FGV/Finep/Forense Universitária, 1984.

BENEVIDES, Maria Victoria de M. *UDN e o Udenismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

_____. *Fé na luta. A Comissão Justiça e Paz de São Paulo, da ditadura à democratização*. São Paulo: Lettera, 2009.

BIERRENBACH, Maria Luiza Flores. (19.02.2011). São Paulo/SP. Entrevista concedida a Janaina de A. Teles.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CALVEIRO, P. *Poder y desaparición: los campos de concentración en Argentina*. 1. ed., 3. reimp. Buenos Aires: Colihue, 2006.

CARVALHO, Annina Alcântara de. In: _____; CAVALCANTI, Pedro C. U.; RAMOS, Jovelino (orgs.). *Memórias do exílio*. São Paulo: Livramento, 1978.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas)*. p. 73 e 106, item 292. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf]. Acesso em: 10.05.2011.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. (25 e 28.03.2011). Rio de Janeiro/RJ. Entrevista concedida a Janaina de A. Teles.

ENEI, Virgílio Egydio Lopes. (29.01.2011). São Paulo/SP. Entrevista concedida a Janaina de A. Teles.

FICO, Carlos. *Como eles agiam*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. *Além do golpe: versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

FERNANDES, Fernando Augusto Henriques. *A voz humana: a defesa perante os tribunais da República*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Advocacia da liberdade: a defesa nos processos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. História da violência nas prisões*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

GODOY, Marcelo. Advogados criam a sua "memória da resistência". *O Estado de S. Paulo*, 26.02.2011.

MAGALHÃES, Mário. Papéis da ditadura somem dos arquivos. *Folha de S. Paulo*, 04.02.2007.

MATTOS, Marco Aurélio V. L. de. *Em nome da segurança nacional: os processos da Justiça Militar contra a Ação Libertadora Nacional (ALN), 1969-1979*. Mestrado em História, São Paulo, USP, 2002.

MERLINO, Tatiana; OJEDA, Igor. *Direito à memória e à verdade: Luta, substantivo feminino*. São Paulo: Caros Amigos, 2010.

LINS E SILVA, Técio. *O que é ser advogado*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

LUIZ, Edson Medeiros Branco. *A atuação política da Ordem dos Advogados do Brasil durante o Governo Geisel*. Mestrado em Ciência Política, Rio de Janeiro, UFF, 2010.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PICCINA, Luiz Alberto M. Teatro do Zebedeu. In: _____; BUZZONI, Henrique d'Aragona (orgs.). *Arcadas no tempo da ditadura*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIVETTA, Idibal de A. O advogado nos tempos da cólera. *Discurso do ato de desagravo a Idibal Pivetta, OAB-SP, 26.10.76*. Arquivo pessoal de Idibal Pivetta.

_____. (12.11 e 04.12.2008). São Paulo/SP. Entrevista concedida a Janaina de A. Teles. In: TELES, Janaina de A. et al. *Intolerância e resistência: testemunhos da repressão política no Brasil (1964-1985)*. São Paulo: FFLCH/USP, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*. 2.ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 1.

RIDENTI, Marcelo. *O fantasma da revolução brasileira*. São Paulo: Unesp, 1993.

ROLLEMBERG, Denise. Memória, opinião e cultura política – A Ordem dos Advogados do Brasil sob a ditadura: 1964-1974. In: _____; AARÃO REIS, D.; ROLLAND, D. *Modernidades alternativas*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

ROUSSO, Henry. La trayectoria de un historiador del tiempo presente, 1975-2000. In: PÉROTIN-DUMON, Anne (dir.). *Historizar el pasado vivo en América Latina*. 2007. Disponível em: [http://etica.uahurtado.cl/historizarelpasadovivo/es_contenido.php]. Acesso em: 15.12.2010.

SAFATLE, Vladimir. Do uso da violência contra o Estado ilegal. In: _____. *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010.

SANTOS JR., Belisário dos. (19.02.2011). São Paulo/SP. Entrevista concedida a Janaina de A. Teles.

_____. O advogado, o bêbado e a equilibrista (um tempo necessitado de anistia). *Anistia 20 anos. Revista Cultural*. n. 5. ano I. p. 9. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de S. Paulo, set. 1999.

_____. Revisitando a tomada da faculdade. In: _____; BUZZONI, Henrique d'Aragona (orgs.). *Arcadas no tempo da ditadura*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Ângela Moreira Domingues da. *Ditadura e Justiça Militar no Brasil: a atuação do Superior Tribunal Militar (1964-1980)*. Doutorado em História, Rio de Janeiro, CPDOC/FGV, 2011.

SILVEIRA, Modesto da. Modesto da Silveira (Depoimento, 2000). In: FERREIRA, Marieta de M.; ROCHA, Dora; FREIRE, Américo. *Vozes da oposição*. Rio de Janeiro: FGV-CPDOC, 2001.

SIMAS, Mário. *Gritos de justiça: Brasil (1963-1979)*. São Paulo: FTD, 1986.

SOARES, Airton José Esteves. (27.02.2011). São Paulo/SP. Entrevista concedida a Janaina de A. Teles.

SWENSSON JR., Walter Cruz. *Os limites da liberdade. A atuação do STF no julgamento de crimes políticos durante o Regime Militar (1964-1979)*. Doutorado em História, São Paulo, USP, 2006.

TELES, Janaína de A. *Os herdeiros da memória: a luta dos familiares de mortos e desaparecidos políticos por "verdade e justiça" no Brasil*. Mestrado em História, São Paulo, FFLCH/USP, 2005.

_____ et al. *Intolerância e resistência: testemunhos da repressão política no Brasil (1964-1985)*. São Paulo: FFLCH/USP, 2010.

_____. *Memórias dos cárceres da ditadura: as lutas e os testemunhos dos presos políticos no Brasil*. Doutorado em História, São Paulo, FFLCH/USP, 2011.

VIEIRA, César. *Em busca de um teatro popular*. 4. ed. São Paulo: Funarte, 2007.

_____. *O evangelo segundo Zebedeu*. Guarulhos: Prefeitura de Guarulhos/Secretaria de Cultura, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A decisão da Corte Interamericana de direitos humanos no caso Gomes Lund e outros – Guerrilha do Araguaia, de Adriana Silva Maillart e Samyra Dal Farra Naspolini Sanches – *RDBras* 3/463;
- 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;
- 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
- Por quê os militares intervêm na política. Brasil, 1964: um estudo de caso, de João Paulo M. Peixoto – *RDCI* 1/1992.

63373

2 VIOLÊNCIA HOMICIDA EM CAMPINA GRANDE E JOÃO PESSOA: DINÂMICA, RELAÇÕES SOCIOECONÔMICAS E CORRELAÇÃO COM O DESEMPENHO ECONÔMICO

Homicidal violence in Campina Grande and João Pessoa: its dynamics, social-economic relationships and its relation with the economic development

JOSÉ MARIA NÓBREGA JR.

Doutor em Ciência Política pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Política da UFPE. Professor-adjunto da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Centro de Desenvolvimento Sustentável do Semiárido (CDSA) – Campi de Sumé (PB). Coordenador do Núcleo de Estudos da Violência da UFCG (Nevu). Membro do Centro de Direitos Humanos do Cariri Paraibano. Pesquisador do Nicc – Núcleo de Estudos em Instituições Coercitivas e da Criminalidade da UFPE. Pesquisador do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (InEAC) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Gestão Pública, Política e Cidadania (Nugepe-UFCG).

JORGE ZAVERUCHA

Doutor em Ciência Política pela Universidade de Chicago. Professor Associado da UFPE. Coordenador do Núcleo de Estudos de Instituições Coercitivas e da Criminalidade da UFPE (Nicc). Pesquisador do Nível 1B do CNPq. Pesquisador do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (InEAC) da Universidade Federal Fluminense (UFF).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Em 2000, a Paraíba ocupava a 20.ª posição no *ranking* dos estados mais violentos do país. Sua taxa de homicídios[1] era de 14,7/100 mil habitantes. Em 2010, o quadro piorou e a Paraíba chegou à 6.ª posição deste *ranking*, com taxa de 38,5/100 mil. Portanto, em 10 anos a violência homicida quase foi triplicada. João Pessoa e Campina Grande são tanto as cidades mais importantes como as mais populosas da Paraíba. A tendência nessas cidades é de contínuo crescimento de suas taxas de homicídios. Este artigo almeja tanto analisar a dinâmica da violência homicida em João Pessoa e Campina Grande bem como sua relação com macrovariatas socioeconômicas, destacando a relação dos homicídios com o desempenho econômico medido pelo PIB,[2] variável *proxy* de desempenho econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Homicídios – Violência homicida – Dinâmica – Desempenho econômico.

ABSTRACT: In 2000, the Paraíba occupied the 20th position in the ranking of the most violent states in the country. Its homicide rate was 14.7/100 000 inhabitants. In 2010, the condition worsened and Paraíba reached 6th position in this ranking, with a rate of 38.5/100,000. So in ten years homicidal violence was nearly tripled. João Pessoa and Campina Grande are both major cities as the most populous of Paraiba. The trend in these cities is one of continuous growth in their homicide rates. This article aims to analyze both the dynamics of homicidal violence in João Pessoa and Campina Grande and its relationship with macro economic variables, highlighting the relationship of homicides with economic performance measured by GDP, a proxy variable of economic performance.

KEYWORDS: Homicide – Homicidal violence – Dynamic economic performance.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Violência Homicida na Paraíba, João Pessoa e Campina Grande: dinâmica das macrovariatas socioeconômicas – 3. A Violência Homicida e a relação com o PIB nas cidades de João Pessoa e Campina Grande: 3.1 Modelo estatístico; 3.2 Resultados do teste estatístico – 4. Conclusões – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A violência calculada pelas taxas e números absolutos de homicídios aumentou de forma linear e, praticamente contínua no Nordeste. Entre 2000 e

1. O homicídio aqui é definido sociologicamente como *morte por agressão* ou Crime Violento Letal Intencional, agregando os latrocínios da definição jurídica. Para melhor entendimento da questão jurídica em torno do crime contra a vida ler: NUCCI (2009).
2. Produto Interno Bruto é calculado em cima de toda a atividade econômica gerada nos três setores da economia (agricultura, indústria e serviços), somado aos gastos públicos e impostos arrecadados.

2010, as taxas de homicídios no Brasil tiveram a média de 26/100 mil habitantes. Excluindo o Sudeste, a realidade nacional é de crescimento dos homicídios. As regiões Norte e Nordeste destacam-se como as mais violentas, com taxas de 37/100 mil e 34/100 mil, respectivamente, para o ano de 2010 (SIM/DATASUS, 2011; NÓBREGA JR., 2011). Portanto, acima da média nacional.

João Pessoa e Campina Grande eram, outrora, pacatas cidades paraibanas, nos últimos dez anos apresentaram crescimento assustador de seus indicadores de violência, especialmente, os homicídios. Esta violência vem mudando o comportamento dos cidadãos dessas cidades ao violar o direito do ir e vir dos mesmos. Urge uma análise deste fenômeno tão preocupante.

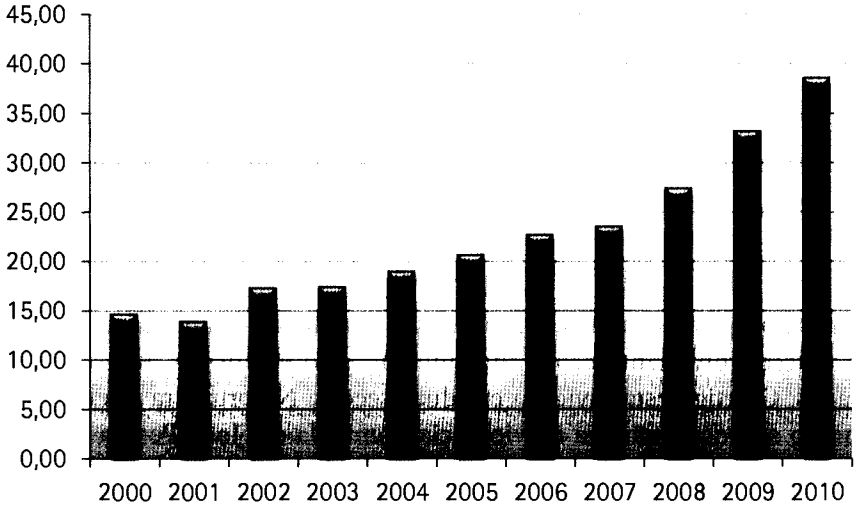
Nossa proposta central aqui é analisar a violência homicida e sua relação com o desenvolvimento econômico medido pelo PIB nestas duas cidades paraibanas. O artigo está dividido em duas seções. Na primeira é feita uma explanação sobre a dinâmica da violência homicida em João Pessoa e Campina Grande, relacionando os homicídios com os indicadores sociais de faixa etária, sexo, cor da pele, arma de fogo, escolaridade e estado civil. Na segunda seção mostrar-se-á o nível de correlação estatística entre os homicídios perpetrados e o desempenho econômico nas duas cidades paraibanas.

2. VIOLÊNCIA HOMICIDA NA PARAÍBA, JOÃO PESSOA E CAMPINA GRANDE: DINÂMICA DAS MACROVARIATAS SOCIOECONÔMICAS

Os homicídios na Paraíba são crescentes e linearmente positivos nos últimos 10 anos. Entre 2000 e 2010 a taxa de homicídios na Paraíba saltou de um patamar de aproximadamente 15/100 mil habitantes para mais de 38/100 mil, ou seja, 154% de crescimento em 10 anos (Cf. Gráfico 1). Os números absolutos saltaram de 507 homicídios, em 2000, para 1.452, em 2010, ou seja, 186% de crescimento.

João Pessoa e Campina Grande, as duas cidades mais importantes da Paraíba tanto em termos de indicadores socioeconômicos como populacionais, apresentaram crescimento nos números de homicídios. João Pessoa, em 2000, teve 191 pessoas assassinadas. Em 2010, último ano disponível da série histórica, esse dado foi de 495 mortes. Portanto, o número de homicídios mais que dobrou. Já em Campina Grande, no ano de 2000 foram 106 pessoas assassinadas, e em 2010 este dado pulou para 187 assassinatos. Ou seja, houve um incremento de 75% nos números absolutos de homicídios.

Gráfico 1. Taxas das Mortes por Agressão (homicídios) na Paraíba – 2000 a 2010



Fonte: Sistema de Informação de Mortalidade/Ministério da Saúde (SIM/MS).
Cálculo das Taxas: Nóbrega Jr. (2011)

João Pessoa, no início da década, era a 15.ª capital mais violenta do Brasil. Passados 10 anos, a cidade ocupa atualmente a 2.ª posição entre as capitais mais letais. É a sexta cidade brasileira mais violenta entre aquelas que possuem de 300 mil a mais de um milhão de habitantes. Campina Grande aparece em quarto lugar entre as cidades brasileiras de seu mesmo porte populacional (Cf. tabela 1) (NÓBREGA JR. 2012). Do total das mortes por agressão do Estado em 2010, 47% dessas mortes estão concentradas nesses dois municípios. Dos 1.452 assassinatos da Paraíba em 2010, 682 foram perpetrados em João Pessoa e Campina Grande.

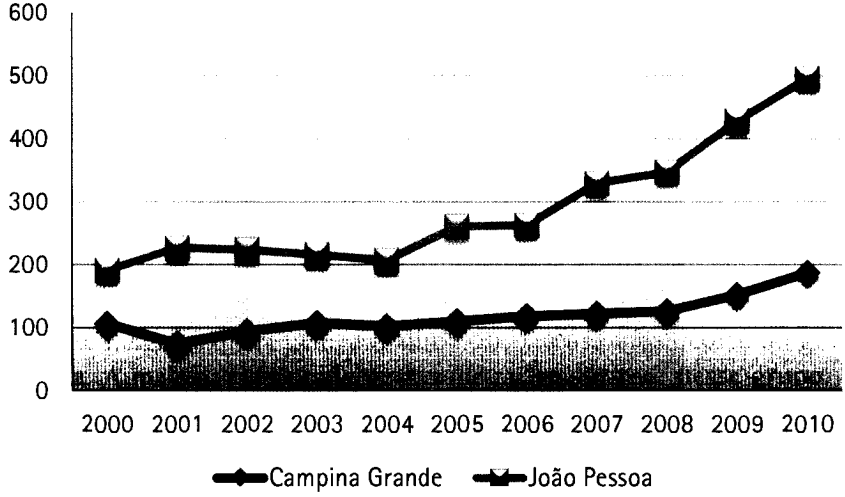
Tabela 1. Cidades de Porte Populacional Semelhante a Campina Grande

Municípios	Pop	N hom	Taxas 100 mil
Cariacica	348738	292	83,73
Betim	378089	223	58,98
Olinda	377779	214	56,65
Campina Grande	385213	187	48,54
Macapá	398204	181	45,45

Municípios	Pop	N hom	Taxas 100 mil
Diadema	386089	132	34,19
Montes Claros	361915	83	22,93
Piracicaba	364571	61	16,73
Carapicuíba	369584	38	10,28
Maringá	357077	35	9,80
Mogi das Cruzes	387779	35	9,03
Jundiaí	370126	21	5,67

Fonte: retirado de NÓBREGA JR. (2012). Dados: IBGE/SIM

Gráfico 2. Números Absolutos de Violência Homicida João Pessoa e Campina Grande – 2000/2010



Fonte: SIM/Datasus (Banco de Dados do Sistema Único de Saúde) (2012).

Nessa dinâmica, a maioria das mortes de violência homicida teve como vítima os homens. Em Campina Grande, no ano de 2010, de um total de 187 homicídios, 176, ou 95% deles, vitimaram pessoas do sexo masculino. Já em João Pessoa, para o mesmo ano, dos 495 assassinatos, 458, ou 92,5% dos mortos foram do sexo masculino (Cf. Tabela 2).

Tabela 2. Violência homicida em Campina Grande e João Pessoa 2000/2010 – Sexo Masculino

	100	69	79	103	95	103	107	113	115	139	176
	180	208	209	209	198	239	250	307	330	400	458
	280	277	288	312	293	342	357	420	445	539	634

Fonte: MS/SVS/Dasis – Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM

Seguindo a tendência nacional, os grupos mais vitimados por homicídios são formados por jovens. João Pessoa e Campina Grande não fogem a esta regra. Os jovens estão, também, mais diretamente envolvidos na criminalidade. A tabela 3 demonstra que o grupo mais vitimado está na faixa etária dos 20 aos 29 anos de idade. Deste modo, quase 50% das mortes por agressão nos dois municípios ceifam indivíduos com aquela faixa etária. Introduzindo a variável *jovens entre 15 e 29 anos*, o percentual sobe para quase 60% das vítimas de homicídios em Campina Grande e 66,5% em João Pessoa.

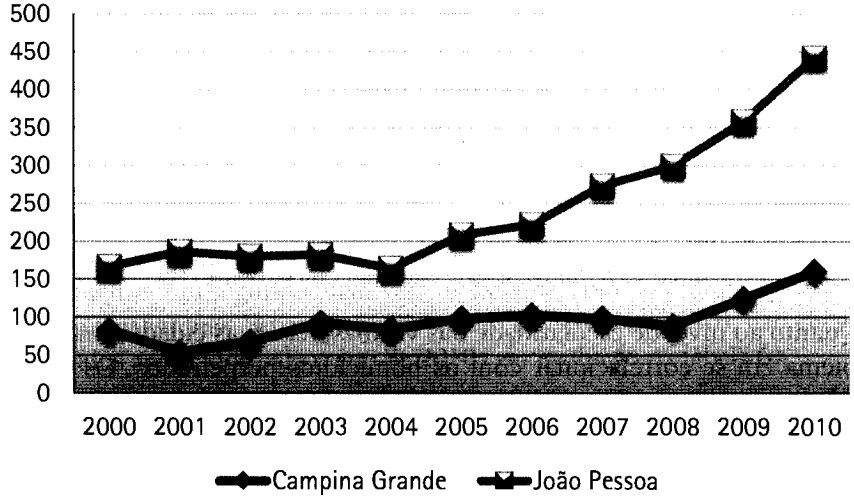
Tabela 3. Violência Homicida em Campina Grande e João Pessoa por Faixa Etária – 2010

1 a 4 anos	1	2
5 a 9 anos	1	1
10 a 14 anos	5	11
15 a 19 anos	33	97
20 a 29 anos	76	231
30 a 39 anos	46	101
40 a 49 anos	16	31
50 a 59 anos	4	12
60 a 69 anos	3	4
70 a 79 anos	2	-
80 anos e mais	-	-
Idade ignorada	-	5

Fonte: MS/SVS/Dasis – Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM

As mortes por violência homicida na Paraíba são, majoritariamente, cometidas através do uso de arma de fogo. Dos 682 assassinatos ocorridos em 2010 nas duas cidades em destaque, 602 deles foram provocados por arma de fogo (equivalente a 88% dos assassinatos). Em Campina Grande segue-se a mesma tendência. Dos 187 assassinatos do ano de 2010, por exemplo, 160 deles, ou 80% foram perpetrados por arma de fogo. Em João Pessoa, para o mesmo ano, dos 495 homicídios, 442 deles, ou 89,5% foram executados com arma de fogo (ver evolução no gráfico 3).

Gráfico 3. Violência Homicida Campina Grande e João Pessoa por arma de fogo – 2000/2010 (números absolutos)



Fonte: MS/SVS/DASIS – Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM

No que tange a cor da pele, a maioria dos assassinatos ocorre no grupo de cor parda. A maioria da população brasileira encontra-se nesse grupo. Praticamente, mais de 80% da população brasileira é considerada parda[3] potencializando a variável dependente *violência homicida*, já que o grupo de maior vitimização é o de cor parda. Há uma forte correlação entre cor da pele e homicídios. Dos 495 vitimados em João Pessoa em 2010, 461 deles, ou seja, 93% dos casos eram de cor parda. Em Campina Grande, para o mesmo período, dos 187 homicídios, 178 deles, ou seja, 95,5% das vítimas eram de cor parda (cf. tabela 4).

3. Conforme dados populacionais resgatados do IBGE estimados de 2000 a 2009 e o censo de 2010.

Tabela 4. Violência Homicida em João Pessoa – Cor da pele (2000/2010)

Cor/raça	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
João Pessoa											
Branca	7	6	2	10	4	7	7	11	13	13	13
Preta	1	3	4	2	2	2	2	4	3	4	5
Amarela	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Parda	152	164	167	172	161	218	205	273	303	385	461
Indígena	30	54	51	32	40	34	49	41	28	26	15
Total	191	227	224	216	207	261	263	329	347	428	495
Campina Grande											
Branca	17	14	8	4	3	4	13	4	1	2	5
Preta	2		1	3	1	-	2	1	1	3	2
Parda	85		59	95	98	106	101	116	124	147	178
Indígena	2		-	-	-	-	2	-	-	-	1
Ignorado	-		26	5	-	-	-	1	-	-	1
Total	106		94	107	102	110	118	122	126	152	187

Fonte: MS/SVS/Dasis – Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM

Quanto ao nível de escolaridade das vítimas, nas duas cidades, há um sério problema em se correlacionar com os homicídios perpetrados. Os dados ignorados no que tange ao nível de escolaridade, superam os 75% dos números absolutos de homicídios em João Pessoa e chega aos 65% em Campina Grande. Contudo, para os dados confirmados dessa variável, as mortes por agressão tendem ao decréscimo quando os anos de escolaridade superam os oito anos de sala de aula (Cf. Tabela 5).

Tabela 5. Violência Homicida vs. Anos de Escolaridade em Campina Grande 2000/2010

Escolaridade	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Campina Grande											
[illegible]	37	40	20	31	2	2	-	-	2	4	4
[illegible]	27	19	30	36	22	4	8	12	16	22	20
[illegible]	25	4	11	15	15	20	21	11	18	35	29
[illegible]	4	-	4	-	4	3	3	2	6	6	9
[illegible]	4	1	-	-	2	2	1	2	-	3	2
[illegible]	9	10	39	25	57	79	87	95	84	82	123
Total	106	74	94	107	102	110	118	122	126	152	187

Escolaridade	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
João Pessoa											
Nenhuma	16	9	9	7	3	6	5	8	5	8	9
1 a 3 anos	35	44	39	31	17	15	6	14	38	42	35
4 a 7 anos	23	30	29	22	20	17	25	21	40	58	60
8 a 11 anos	4	4	3	4	-	12	4	7	10	12	12
12 anos e mais	-	3	2	2	1	2	4	-	3	2	4
Ignorado	113	137	142	150	166	209	219	279	251	306	375
Total	191	227	224	216	207	261	263	329	347	428	495

Fonte: MS/SVS/Dasis – Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM

O estado civil é outra variável categórica interessante de ser analisada. Contudo, e seguindo a tendência dos dados de escolaridade, há muitos dados ignorados no que tange ao estado civil da vítima. Analisando os dados de João Pessoa, dos 495 homicídios do ano de 2010, 140 deles, ou 28,6%, não tinham como registro o seu estado civil. Contudo, a maioria dos dados registrados por esta variável apresenta os solteiros como os mais vitimados. Para o ano de 2010, dos 355 casos de homicídios que possuem registro de estado civil, 314 deles, ou 88,5% foram de vítimas solteiras. Em segundo lugar vêm os casados, com 36 mortes, aproximadamente 10% das vítimas. Separado e viúvo (sem registro para 2010), não chegam a 1% dos dados apontados para o ano de 2010 (ver evolução na tabela 6).

Tabela 6. Violência Homicida em João Pessoa e Campina Grande por Estado Civil – 2000 a 2010

Estado Civil	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
João Pessoa											
Solteiro	144	147	131	136	116	148	156	185	236	290	314
Casado	32	34	22	23	20	20	26	36	39	40	36
Viúvo	1	2	-	-	-	-	-	1	3	4	-
Separado judicialmente	4	2	5	3	4	1	7	6	3	3	3
Outro	-	-	-	1	-	-	1	1	-	-	2
Ignorado	10	42	66	53	67	92	73	100	66	91	140
Total	191	227	224	216	207	261	263	329	347	428	495
Campina Grande											
Solteiro	81	41	43	63	64	62	59	47	55	72	96
Casado	19	21	9	21	21	14	21	13	27	24	19

Viúvo	-	1	1	1	1	-	-	3	-	1	2
Separado Judicialmente	-	1	-	1	3	2	1	5	-	3	3
Outro	-	-	-	-	-	1	4	1	-	-	2
Ignorado	6	10	41	21	13	31	33	55	44	52	65
Total	106	74	94	107	102	110	118	122	126	152	187

Fonte: MS/SVS/Dasis - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM

Já em Campina Grande, no ano de 2010, dos 122 crimes ocorridos e registrados por estado civil, 96 deles, ou 79%, foi de vítimas solteiras. Repetindo o ocorrido em João Pessoa, os casados ficaram em segundo lugar com 19 assassinatos, 15,5% das mortes. O restante das categorias é insignificante estatisticamente.

Portanto, os jovens, do sexo masculino, de baixo nível de escolaridade, de cor da pela parda e solteiros são os mais vitimados e, geralmente, tem o mesmo perfil do jovem delinquente. Daí a necessidade de políticas de prevenção e repressão centradas, especificamente, nestes grupos. Suas taxas ultrapassam, e muito, as taxas de homicídios agregadas para toda a população.

3. A VIOLÊNCIA HOMICIDA E A RELAÇÃO COM O PIB NAS CIDADES DE JOÃO PESSOA E CAMPINA GRANDE

Alguns estudiosos afirmam que o desenvolvimento econômico é a variável fundamental para a redução ou crescimento dos homicídios. Shichor (1985 apud SOARES, 2008), mostrou uma leve tendência à diminuição das taxas de homicídios à medida que os países se desenvolvem. Utilizando o PIB como variável de desenvolvimento, analisaremos a correlação[4] entre esta variável e os homicídios em João Pessoa e Campina Grande.

O PIB dos municípios de João Pessoa e Campina Grande,[5] somados, ultrapassou os 11 bilhões de reais em 2008. Em 2000, esse dado foi de R$

4. Modelo de Correlação analisa o impacto entre duas variáveis. Uma dependente e outra independente. Aqui, no nosso caso, a VD=Homicídios e a VI=PIB.

5. Cinco municípios da Paraíba concentram quase 60% do PIB paraibano, eles: João Pessoa, Campina Grande, Cabedelo, Santa Rita e Patos que somaram, em 2008, R$ 14,8 bilhões, conforme os dados dos Institutos de Desenvolvimento Municipal e Estadual (Ideme) e Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Estes mesmos muni-

4.239.165.000, ou seja, houve um crescimento econômico na ordem de 162% naquele período (cf. tabela 7). No que tange aos homicídios, o crescimento percentual na soma dos dois municípios foi de 59% (cf. tabela 8).

Tabela 7. PIB Campina Grande e João Pessoa 2000 a 2008 (mil R$)

2000	2.837.652	1.401.513	4.239.165
2001	3.297.725	1.491.899	4.789.624
2002	3.911.007	1.652.939	5.563.945
2003	4.192.304	1.986.564	6.178.868
2004	4.358.358	2.130.049	6.488.407
2005	5.015.921	2.219.610	7.235.532
2006	5.967.743	2.718.636	8.686.379
2007	6.759.232	3.098.299	9.857.531
2008	7.658.165	3.458.055	11.116.220

Fonte: IBGE (2012).

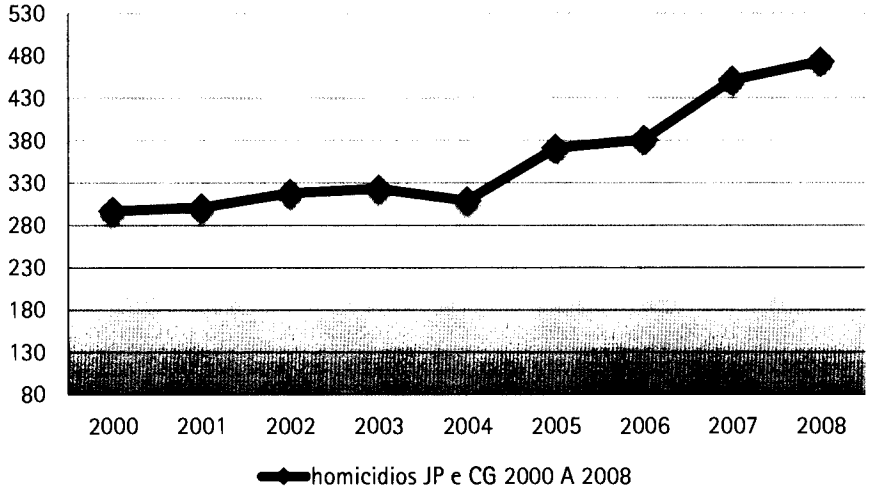
Tabela 8. Homicídios nos Municípios de Campina Grande e João Pessoa 2000 a 2010

Campina Grande	106	74	94	107	102	110	118	122	126
João Pessoa	191	227	224	216	207	261	263	329	347
Soma dos dois municípios	297	301	318	323	309	371	381	451	473

Fonte: SIM/Datasus.

cípios estão entre os mais violentos do Estado. Em 2009, as taxas de homicídios na mesma ordem: João Pessoa = 60,8/100 mil; Campina Grande = 39,6/100 mil; Cabedelo = 84,8/100 mil; Santa Rita = 54,2/100 mil; e Patos = 51,6/100 mil.

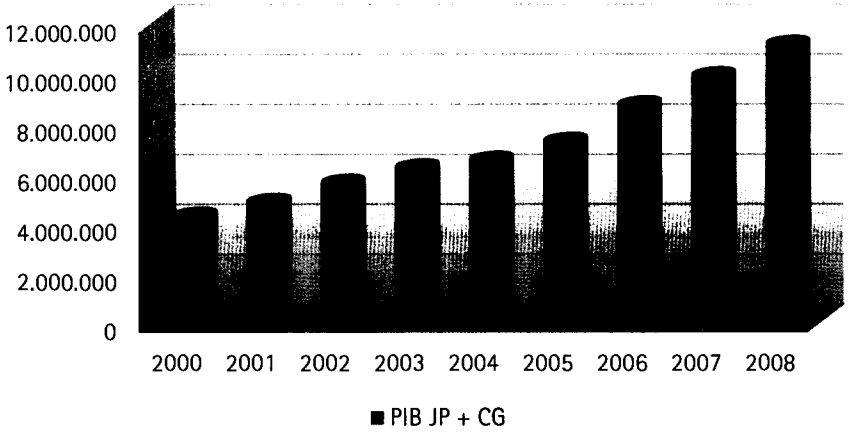
Gráfico 4. Homicídios em João Pessoa e Campina Grande 2000 a 2008



Fonte: SIM/Datasus.

Observando os gráficos de homicídios (4) e do PIB (5), pode ser visto uma tendência parecida em ambos, ou seja, os homicídios crescem quando a economia também cresce.[6]

Gráfico 5. PIB de João Pessoa e Campina Grande – 2000 a 2008



Fonte: IBGE (2012).

6. E esta, como vimos, num nível percentual mais expressivo.

3.1 Modelo estatístico

Empiricamente, vamos utilizar um modelo estatístico de Correlação de Pearson (bivariada), no intuito de verificar o nível de significância estatística da correlação entre as duas variáveis em questão. Neste modelo a variável dependente é representada pelos números absolutos de homicídios entre os anos de 2000 e 2008 nas duas cidades paraibanas. Os dados de homicídios foram resgatados do SIM/Datasus, números absolutos de todas as "mortes por agressão" (codificadas na CID 10 entre X85-Y09).[7]

A variável independente é a soma do Produto Interno Bruto (PIB) (IBGE) para o mesmo período (2000-2008), em Campina Grande e João Pessoa. O indicador de PIB mede unicamente o nível de crescimento econômico. Portanto, não leva em consideração a distribuição de renda. Aqui, a preocupação é, simplesmente, avaliar o nível de correlação entre as duas variáveis (X[8] = homicídios e Y[9] = PIB) para as duas cidades em destaque.

O coeficiente de correlação de Pearson mede o grau de correlação e direção da correlação, se é positiva ou negativa, entre duas variáveis X e Y.

Sendo assim, X = Números Absolutos de Homicídios e Y = PIB, em Campina Grande e João Pessoa.

A fórmula matemática do modelo de Correlação de Pearson é a seguinte:

$$\rho = \frac{\sum_{i=1}^{n}(x_i - \bar{x})(y_i - \bar{y})}{\sqrt{\sum_{i=1}^{n}(x_i - \bar{x})^2} \cdot \sqrt{\sum_{i=1}^{n}(y_i - \bar{y})^2}} = \frac{\operatorname{cov}(X, Y)}{\sqrt{\operatorname{var}(X) \cdot \operatorname{var}(Y)}}$$

onde $x_1, x_2, \ldots, x_n$ e $y_1, y_2, \ldots, y_n$ são os valores medidos de ambas as variáveis.

A análise da correlação indica a relação entre duas variáveis lineares e os valores sempre serão entre +1 e -1. O sinal indica a direção, se a correlação é positiva ou negativa, e o tamanho da variável indica a força da correlação.

3.2 Resultados do teste estatístico

Na correlação bivariada apresentada abaixo, o modelo estatístico apresenta um alto nível de significância estatística na ordem de 96% (.966), com sinal

7. Para uma explicação sobre a metodologia desse banco de dados ler NÓBREGA JR. (2010). A dinâmica dos homicídios no Nordeste e em Pernambuco. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. vol. 3. n. 10. p. 51-74.

8. Variável Dependente.

9. Variável Independente.

positivo. Ou seja, quanto mais a economia cresce mais os homicídios estão se expandindo numa correlação que se mostra perversa.

Tabela 9. Modelo de Correlação de Pearson

VD	VI	PIB
hom	Pearson Correlation	,966**
	Sig. (2-tailed)	,000
	N	9

** Correlation is significant at the 0.01 level (2-tailed).
VD=Variável Dependente (homicídios)
VI=Variável Independente (PIB)

Fontes: IBGE; SIM/Datasus; Modelo: NÓBREGA JR. (2012).

A partir desta correlação conclui-se que o desenvolvimento da economia caminha no sentido inverso da segurança individual. Os números absolutos de homicídios nas duas cidades crescem continuamente, não obstante a economia ter bom desempenho. Outra conclusão estaria ligada a um contexto no qual a melhoria da economia poderia ter arrefecido um crescimento ainda maior dos homicídios, o que não pode ser comprovado com o modelo em tela.

4. CONCLUSÕES

O trabalho teve como objetivo central avaliar o impacto do crescimento econômico, medido pelo PIB, na violência homicida, nas cidades de Campina Grande e João Pessoa. Não obstante, avaliamos o nível de significância estatística, em análises descritivas, de outras variáveis independentes, como, por exemplo, a relação com gênero e faixa etária.

As principais conclusões do trabalho são:

• Os homicídios crescem de forma linear e contínua no período analisado (2000 a 2010) nas cidades de Campina Grande e João Pessoa;

• Os grupos mais vitimados são formados por jovens do sexo masculino, com nível de escolaridade baixo. Com destaque para os jovens entre 20 e 29 anos de idade;

• A maioria das mortes por agressão é provocada por arma de fogo, superior aos 80% dos assassinatos;

• Há lacunas nos dados de cor da pele e de nível de escolaridade por falha no processo de catalogação, o que indica a limitação do dado para tal relação;

• O desempenho da economia é crescente nas duas cidades num nível de 162% para a série histórica analisada, não obstante, os homicídios continuam na ascendente;

• Os homicídios continuam sendo perpetrados de forma crescente, linear e contínua no período analisado;

• O modelo de correlação aplicado na relação homicídios *vs.* PIB mostra que as duas variáveis tem níveis altos de correlação, porém com tendência crescente. Ou seja, quanto maior o nível de homicídios, maior o nível da economia, ou vice-versa.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NÓBREGA JR., José Maria. A dinâmica dos homicídios no Nordeste e em Pernambuco. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. vol. 3. n. 10. p. 51-74. Rio de Janeiro: UFRJ, out.-dez. 2010.

_____. Os homicídios no Nordeste brasileiro. *Segurança, Justiça e Cidadania. O panorama dos homicídios no Brasil*. n. 6. Brasília: Senasp, 2011.

_____. Ranking *das cidades mais violentas por tamanho da população. Pesquisa realizada no âmbito do Proext "Disseminando a prática dos direitos humanos no Cariri Paraibano"*. CDSA/UFCG, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

SIM/Datasus. *Dados de estatísticas vitais e demográficas*. Site do Sistema de Informação de Mortalidade: [www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php], 2011.

SOARES, Gláucio Ary D. *Não matarás. Desenvolvimento, desigualdade e homicídios*. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2008.

PESQUISAS DOS EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Mitos e realidades sobre a criminalidade na américa latina. algumas observações estratégicas sobre como enfrentar e melhorar a coesão social, de Bernardo Kliksberg – *RBCCrim* 73/171;
- O problema dos homicídios em belo horizonte, de Cláudio C. Beato Filho – *RBCCrim* 42/345; e

- Tipologia dos homicídios: uma análise sociológica das denúncias oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais, de Klarissa Almeida Silva – *RBCCrim* 74/339.

- Homicídio e depressão: análise de um grupo de sujeitos depressivos, autores de homicídio tentado ou consumado, de Ernesto Calvanese e Giorgio Cavallari, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 5, p. 361.

63374

1 A POLÍTICA PENITENCIÁRIA (BRASILEIRA) PERCEBIDA PELO VIÉS DA ALIMENTAÇÃO DA PESSOA ENCARCERADA

The (Brazilian) prison policy perceived by the bias of the alimentation of a incarcerated person

DANI RUDNICKI

Doutor em Sociologia pela UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Sinos. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e em Jornalismo pela PUC-RS. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis. Conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos do Rio Grande do Sul. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O presente artigo, a partir da interrogação sobre qual a alimentação devida para quem está preso, constrói três modelos (em relação ao seu maior ou menor respeito pelos direitos humanos) para compreender a alimentação oferecida nos sistemas prisionais. Para tanto, descortina a situação no Principado de Mônaco, na Noruega, na Holanda, nos Estados Unidos, na França, na Inglaterra, no Malaui e nos Camarões. A partir de então, em especial com informações fornecidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados para o sistema penitenciário brasileiro (2008), busca definir em qual modelo se enquadra o país. Assim, propõe-se a refletir sobre o mesmo e verificar as possibilidades da implantação de uma política pública que melhore a situação.

ABSTRACT: This article, from which the questioning of power due to those who are arrested, builds three models (in relation to their greater or lesser respect for human rights) to understand the feeding of prisoners. To do so, it reveals the situation in the Principality of Monaco, Norway, Holland, USA, France, England, Malawi and Cameroon. Since then, especially with information provided by the Parliamentary Commission of Inquiry for the Brazilian Prison System (2008) of the House of Representatives, trying to define which model fits in Brazil. Thus, it is proposed to reflect on it and check the possibilities of implementing a public policy that improves the situation.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia - Brasil - Direitos humanos - Prisões - Alimentação.

KEYWORDS: Criminology - Brazil - Human rights - Prisons - Alimentation.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Três modelos - 3. Brasil - 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Pensar uma política penitenciária remete a pensar sobre os direitos humanos de cidadãos que foram presos e devem cumprir suas sentenças privativas de liberdade, tendo preservada sua integridade e dignidade. Pensar uma política penitenciária significa pensar que apesar de terem sua liberdade restringida, permanecem os encarcerados sujeitos de direito, sendo titulares de prerrogativas que lhes garantem a vida e o não sofrer. Para tanto, entre outros, devem-se lhes garantir condições referentes à higiene, habitação, vestuário, lazer e alimentação. Mas a realidade mostra-se diversa.

E Foucault denunciou: "(...) Porém, castigos como trabalhos forçados ou prisão – privação pura e simples da liberdade – nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra. Consequências não tencionadas mas inevitáveis da própria prisão? Na realidade, a prisão, nos seus dispositivos mais explícitos, sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico. A crítica ao sistema penitenciário, na primeira metade do século XIX (a prisão não é bastante punitiva: em suma, os detentos têm menos fome, menos frio e privações que muitos pobres ou operários), indica um postulado que jamais foi efetivamente levantado: é justo que o condenado sofra mais que os outros homens? (...)".[1]

Nos presídios modernos, nos quais se pretende que a pena restritiva de liberdade seja aplicada sem qualquer outro caráter que não o determinado na Lei, ou seja, respeitando a dignidade da pessoa humana, a aplicação de crueldade está, de direito, descartada. É uma "modernização" do disposto no art. 2.º do Código Penal francês de 1791: "A pena de morte consistirá na simples privação da vida, sem que se possa jamais exercer qualquer forma de tortura contra o condenado".[2]

---

1. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 20.
2. FRANÇA. *Code Penal du 1791*. Disponível em: [http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm]. Acesso em: 26.11.2007.

Logo, a "redução alimentar", denunciada por Foucault, deveria estar excluída e a comida oferecida para aqueles que possuem sua liberdade restrita necessitaria ser nutritiva, variada, bem preparada, em quantidade suficiente. Além do que, se não for por pensamento humanista, ela o deveria ser por pragmatismo, como forma de evitar doenças que redundam em gastos maiores no sistema penitenciário. Pragmatismo que se transforma em questão de segurança quando se sabe que a alimentação também pode ser utilizada para prevenir motins e rebeliões.

Bourn escreve: "'Alimentos', comentou um diretor da prisão, 'é uma das quatro coisas que você deve fazer direito, se você gosta de ter um teto em sua prisão'. Comida na prisão é uma questão-chave no controle, melhora a saúde dos presos e podem ajudar na ressocialização, através de oportunidades de formação e trabalho. (...)".[3]

Essa mesma perspectiva surge apontada por um agente penitenciário, entrevistado por Moraes,[4] que revela serem quatro elementos essenciais para "segurar" a prisão: assistência jurídica, saúde, visita e alimentação. É que, na prisão, definida por Goffman[5] como uma "instituição total", pequenos detalhes da vida adquirem relevância. Assim, a possibilidade de ingerir alimentos ou condimentos raros dentro da prisão adquire valor tão grande quanto a falta de comida.

E todos esses elementos referem-se a uma importante e pouco discutida questão: qual a alimentação devida para quem infringiu a lei e recebeu uma pena restritiva de liberdade? Parece uma questão simples, mas certamente é muito significativa. O advogado, político e cozinheiro Jean Anthelme Brillat-Savarin, que viveu entre 1755 e 1826, celebrizou-se, entre outras, por ter dito que "Animais se alimentam, homens jantam". Do que se podem depreender perguntas como: os presos merecem comer? Merecem se alimentar ou jantar?

Logo, percebe-se, refletir sobre comida é pensar também sobre a humanidade dos que comem; questão abordada por Lévi-Strauss[6] ao analisar os mitos da origem do fogo, ressaltando que o "fresco" e o "podre" relacionam-se à natureza e o "cru" e "cozido" com a cultura. Assim, o antropólogo chega "(...) a com-

3. BOURN, John. *Serving time: prisoner diet and exercise*. Disponível em: [www.nao.org.uk/publications/0506/prisoner_diet_and_exercise.aspx]. Acesso em: 20.12.2011.

4. MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 251.

5. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

6. LÉVI-STRAUSS, Claude. *O cru e o cozido*. Mitológicas I. São Paulo: Cosac e Naify, 2004. p. 172.

preender o lugar realmente essencial que cabe à culinária na filosofia indígena: ela não marca apenas a passagem da natureza à cultura; por ela e através dela, a condição humana se define com todos os seus atributos, inclusive aqueles que – como a mortalidade – podem parecer os mais indiscutivelmente naturais".[7]

Essa não é somente realidade indígena, é também contemporânea e a alimentação de um preso, como a de qualquer pessoa, deve considerar regras dietéticas e higiênicas, variedade, qualidade, quantidade e custo. Para tanto, deve-se observar a pessoa que irá recebê-la, no que concerne à idade, ao estado de saúde e à atividade desenvolvida.

Mas comer não se resume a um ato fisiológico, é igualmente um ato emocional e social, com fortes vínculos a aspectos culturais. Logo, a alimentação está vinculada "(...) a normas, proibições, valores, símbolos, mitos, ritos, ou seja, ao que existe de mais especificamente cultural. (...)".[8]

Assim, comer relaciona-se com amizade, amor, comunicação e hospitalidade e, como outras atividades fisiológicas (como beber, urinar ou defecar), é muito mais complexo do que simplesmente ingerir, refletindo-se em rituais com marcadas significações, que consideram convicções filosóficas e religiosas e possuem forte importância econômica.

Poulain conclui que "(...) Refletir sobre a alimentação é muito mais do que refletir a respeito da alimentação, é também questionar a organização da sociedade, debater a respeito da civilização, um ponto de encontro da reconstrução social dos alimentos e dos modelos alimentares".[9]

Também se referindo ao significado do alimento, e resgatando as lições de Lévi-Strauss, Rowley revela: "(...) Comer é realizar uma transação em um espaço particular no qual os que se parecem não aceitam não importa o quê de não importa quem, e tampouco dividem não importa o quê com não importa quem. Essas circulações diversas são regulamentadas há muito tempo, a partir da pureza e da impureza, o fogo da cozinha servindo de separação entre os dois estados. (...)".[10]

Além disso, cabe verificar que para compreender se uma comida é boa ou não, deve-se ainda considerar as lições de Bourdieu sobre o gosto: "As experiências musicais estão enraizadas na experiência corporal mais primitiva.

---

7. Idem, p. 197
8. POULAIN, Jean-Pierre. *Sociologies de l'alimentation*. Paris: Quadrige/PUF, 2007. p. 173.
9. Idem, p. 94.
10. ROWLEY, Anthony. *Une histoire mondiale de la table*. Paris: Odile Jacob, 2009. p. 308.

Sem dúvida não existem gostos – talvez como a exceção dos gostos alimentares – que estejam mais profundamente encravados no corpo do que os gostos musicais. (...) De fato, nossos gostos nos exprimem ou nos traem mais do que nossas opiniões políticas, por exemplo. E não há nada que nos faça sofrer mais do que o 'mau' gosto dos outros. A intolerância estética tem violências terríveis. Os gostos são inseparáveis das aversões: a aversão pelos estilos de vida diferentes é sem dúvida uma das barreiras mais fortes entre as classes. É por isso que se diz que cor e gosto não se discute. (...)".[11]

Ou seja, a verificação sobre a qualidade da comida deve considerar os gostos da classe a qual o grupo pertence. Logo, para entender a alimentação das pessoas que cumprem pena restritiva de liberdade deve-se saber quem são elas e a que classe pertencem.

A importância do tema faz não ser estranho que Marx,[12] em "O capital", referisse à situação nutricional da classe trabalhadora no século XIX, comparando com a dos internos na prisão de Portland. Ele identifica que os presos recebem mais ingredientes com ou sem nitrogênio e ingredientes minerais do que soldados e trabalhadores rurais (e menos do que marinheiros e construtores de carruagens).

Mas hoje poucos estudos acadêmicos remetem ao tema, a maior parte refletindo sobre a possibilidade de o prisioneiro exigir alimentação conforme sua opção religiosa (Abramovsky[13] e Forman).[14] Todavia, informes de Mate,[15] Wilson[16] e Waite[17] remetem a essa questão. Para este, a perda da liberdade de

11. BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983. p. 123.
12. MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. vol. 1, t. 2, p. 236.
13. ABRAMOVSKY, Abraham. First amendment rights of jewish prisoners: kosher food, skullcaps, and beards. *American Jornal of Criminal Law*, vol. 21, p. 241-272.
14. FORMAN, Jamie Aron. Jewish prisioners and their first amendment right to a kosher meal: na examinationof the relationship between prison dietary policy and correctional goals. *Brooklyn Law Review*, vol. 65, p. 477-528.
15. MATE, N. What is prison food really like? *A Review of the New, Post-National Menu Prison Fare*. Disponível em: [www.associatedcontent.com/article/903939/what_is_prison_food_really_like_a_review.html]. Acesso em: 10.04.2010.
16. WILSON, Donovan W. *Prison food: not fancy, but*. Disponível em: [www.nytimes.com/1982/12/19/nyregion/prison-food-not-fancy-but.html?&pagewanted=all]. Acesso em: 10.04.2010.
17. WAITE, Jennifer. *Prison food: what are America's inmates eating?*. Disponível em: [www.associatedcontent.com/article/1622123/prison_food_what_are_americas_inmates.html?cat=51]. Acesso em: 10.04.2010.

escolha é consequência do ato criminoso: "Quando você comete um crime, você, voluntariamente, desiste do direito de escolher. Muito parecido com uma criança, você deve fazer o que os outros oferecem para você, uma vez que você está à mercê do Estado – para este escolher o seu alimento. (...)".[18]

A fim de refletir sobre essas questões, bem como verificar a realidade brasileira da alimentação no cárcere e buscar determinar se existe preocupação em elaborar uma política penitenciária no país referente a este tema, surge o presente artigo. Ele parte de pesquisa de campo realizada em presídios gaúchos e na revisão de bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema, em especial de relatórios governamentais e não – governamentais estrangeiros, além do Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre o sistema penitenciário da Câmara Federal, realizada em 2008.

2. TRÊS MODELOS

A alimentação de pessoas privadas de liberdade aparece nas "Regras mínimas para o tratamento de prisioneiros", das Nações Unidas.[19] As "Regras" preveem o fornecimento, pela administração, de alimentação de boa qualidade, com valor nutritivo suficiente para a manutenção da saúde e força, bem como oferta suficiente de água potável. As "Regras" possuem um texto genérico, pois, como apresentado nas considerações iniciais, pode-se, sem exagero, afirmar que a alimentação dos povos no mundo varia enormemente. Assim, afirma-se que a realidade da alimentação nas prisões, dos mais diversos países do mundo, é tão diversa quanto a dos que vivem em liberdade.

Para discutir a situação fática do tema, de forma didática, se irá criar três modelos, nos quais se incluem, grosso modo, todos os países. O modelo um refere-se aos países que respeitam os direitos humanos e oferecem comida em conformidade a eles. O dois aponta para aqueles que respeitam de forma média os direitos humanos e oferecem comida também em relativa compatibilidade com os direitos humanos. O terceiro indica os que não respeitam os direitos humanos dos presos e cuja alimentação, da mesma forma, não é compatível com eles.

No primeiro modelo situam-se países desenvolvidos com alta qualidade de vida. Um exemplo é o Principado de Mônaco, cuja prisão, além de oferecer

18. Idem.

19. NAÇÕES UNIDAS. *Conselho Econômico e Social. Regras mínimas para o tratamento de prisioneiros*. Doc. ONU Res 663/C/I (XXIV). 31.07.1957. Disponível em: [www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf]. Acesso em 04.10.2010.

condições próprias para a vida, garante o direito de um cardápio vegetariano (Setboun).[20] Também a prisão de Halden, na Noruega, representa este modelo; ela, em sua construção, concluída em 2010, consumiu cerca de 217 milhões de dólares para abrigar 252 condenados (configurando-se na segunda maior do país). Ela não possui grades e os guardas não usam armas, sendo-lhes recomendado tomar atitudes amigáveis para com os presos, junto aos quais praticam esportes e fazem suas refeições (Foreign policy).[21]

O jornal canadense Le Devoir[22] revela que nas prisões da Holanda o nível de conforto também é elevado, sendo as celas individuas, como acontece neste modelo de gestão penitenciária, e podendo os detentos usufruir de acesso à Internet, academia de ginástica, sala de vídeo. Não obstante, mesmo nestas acontecem problemas; notícia da Radio Netherlands wordwide[23] informa que em prisão holandesa localizada na cidade de Siddart, detentos se rebelaram durante duas horas, em 2010, tendo em vista alteração no regime relativo à prática de esportes, banhos e horários de visitação.

No que tange à comida no sistema penitenciário holandês, ela é elaborada pela mesma empresa que fornece alimentos para as forças armadas, hospitais e clínicas geriátricas, tanto no que se refere à qualidade nutricional quanto à apresentação (Derkzen).[24]

Tak[25] acrescenta que, por motivo ideológico ou religioso, bem como por razões de saúde, o prisioneiro holandês pode receber alimentação diferenciada

---

20. SETBOUN, Michel. Disponível em: [www.setboun.com/MONACO/R00322%20monaco%20jail/index.htm]. Acesso em: 10.04.2010.

21. FOREIGN POLICY. *The super-lux super max: from flat-screen TVs to jogging trails, here's where norway's mass murderer could end up.* Disponível em: [www.foreignpolicy.com/articles/2011/07/25/the_super_lux_super_max]. Acesso em: 23.10.2011.

22. LE DEVOIR. *Aux Pays-Bas – Un détenu contre le régime hallal.* Disponível em: [www.ledevoir.com/international/europe/260226/aux-pays-bas-un-detenu-contre-le-regime-hallal]. Acesso em: 14.07.2011.

23. RADIO NETHERLANDS WORLDWIDE. *Around 40 inmates in the Dutch city of Sittard have protested against tighter prison rules that came into force on 1 March.* Disponível em: [www.rnw.nl/international-justice/article/dutch-inmates-protest-against-tighter-rules]. Acesso em: 16.06.2012.

24. DERKZEN, Petra. *Aulas. Disciplina: food culture and custo.* Holanda: Universidade de Wageningen, jan. 2010.

25. TAK, Peter J. P. *Prison policy, prison regime and prisoners' rights in the Netherlands under the 1998 Penitentiary Principles Act.* Disponível em: [http://fondationinternationale-penaleetpenitentiaire.org/Site/documents/Stavern/23_Stavern_Report%20Netherlands.pdf]. Acesso em: 12.01.2012.

e que os presos, arcando com os custos, podem comprar sanduíches, frutas, aperitivos, refrigerantes e doces.

No segundo modelo apresenta-se as realidades norte-americana, francesa e inglesa, como representativas de países com boas condições de vida, nos quais os direitos humanos são respeitados. Neles, portanto, há preocupação com que a comida oferecida em seus presídios esteja em, no mínimo, relativa compatibilidade com os direitos humanos.

Assim, sobre as prisões norte-americanas, Mate[26] revela: "Quem será preso em breve ou possui um ente querido recluso ficará aliviado ao saber que a comida da prisão tem, pelo menos no sistema federal, progredido muito desde os dias do 'pão e água'. Outros podem ter consolo no fato de que o *menu* não é nem rico nem excessivamente oneroso para os contribuintes".

Neste mesmo sentido, Wilson[27] declara: "As pessoas tendem a pensar que os alimentos servidos são grotescos, diz Gerald J. Girard, superintendente de alimentos para as instalações prisionais do Estado, mas eles são tão bons e nutritivos como aqueles que muitas famílias norte-americanas comem".

Para aprofundar o conhecimento sobre a realidade norte-americana, interessa conhecer o caso do *nutraloaf*, também chamado de "pão nutri" ou "o pão". Trata-se de uma comida "dedo alimentar", ou seja, que se come sem uso de talheres, sendo útil para presos que estejam sofrendo restrições em decorrência de mau comportamento. O *nutraloaf* não faz parte do *menu* regular; não é bonito de se ver, nem saboroso, mas fornece os nutrientes necessários para um dia inteiro. Seu uso é restrito para presos que estejam de "castigo".

Deve-se destacar que a comida nos Estados Unidos não pode ser usada como medida disciplinar (Rauch)[28] e que o *nutraloaf* surge apenas, portanto, pelo fato de ser "dedo alimentar", o que se torna benéfico por medida de segurança. Greenwood[29] analisa a constitucionalidade do *nutraloaf*, relatando que um Tribunal, de primeira instância, nos Estados Unidos, ordenou à prisão servir algo mais delicioso, mas um segundo Tribunal reverteu a decisão. Determinou-se assim os presos devem receber alimentação adequada para manter a saúde, mas não necessariamente saborosa ou esteticamente agradável.

---

26. MATE, N. Op. cit.

27. WILSON, Donovan W. Op. cit.

28. RAUCH, W. Hardy. Prison dietary standards and the research potential for evaluating the effect of diet upon behavior. *Nutrition Reviews*, vol. 44, p. 133.

29. GREENWOOD, Arin. *Taste-testing nutraloaf: the prison food that just might be unconstitutionally bad*. Disponível em: [www.slate.com/id/2193538]. Acesso em: 10.04.2010.

A situação da comida nas penitenciárias francesas foi analisada por Huc,[30] em pesquisa cujo estudo de campo aconteceu na prisão de Angoulême. Foi apurado que a alimentação oferecida aos presos não satisfaz do ponto de vista nutricional, fornecendo excesso de proteína animal e gordura saturada e carecendo de aportes energéticos, glicídios, gordura vegetal, cálcio e micronutrientes (antioxidantes: vitaminas C e E, carótenos e zinco).

Huc também buscou conhecer o grau de satisfação dos presos franceses com sua alimentação e verificou que eles estão satisfeitos com a quantidade. Todavia, eles reclamam da qualidade da refeição (88% dos entrevistados dizem que é média ou medíocre e que o ponto de cozimento dos alimentos, do tempero e da temperatura em que são servidos não são adequados).

"O novo guia do prisioneiro", elaborado pelo Observatório Internacional de Prisões,[31] revela que na maior parte das prisões francesas os presos comem nas celas e ratifica a observação de que a comida servida é fria. Aponta ainda para a existência de controvérsia quanto à qualidade da alimentação fornecida pela administração penitenciária francesa e destaca que para alguns ela seria impossível de ser comida e, para outros, idêntica a de qualquer outro refeitório. Conclui o estudo que somente há consenso de que é necessário dinheiro para se alimentar corretamente (para comprar complementos nos "armazéns" da prisões francesas).

Na Inglaterra, inclusa no mesmo grupo da França e dos Estados Unidos, o relatório "Tempo de servir: dieta e exercício do prisioneiro" (2006), elaborado sob coordenação de John Bourn,[32] aponta que o preparo da alimentação é "bem gerido e profissional" e que a comida oferecida aos presos pelo governo, em seu conjunto, atende as recomendações de uma alimentação saudável, embora exista margem para melhoras (o relatório refere-se à possibilidade na redução dos "altos níveis de sal").

E destaca: "Um grande número de prisioneiros é proveniente de seções socialmente excluídos da comunidade, com estilos de vida mais provável para colocá-los em risco de problemas de saúde que o resto da população. Muitos, por exemplo, nunca foram registrados junto a um médico ou um dentista. Muitos utilizam drogas ou possuem doença mental e vivem uma vida caótica, sem um lar estável. A prisão oferece uma oportunidade para melhorar a saúde e estilo de vida dos prisioneiros para o benefício de todos. (...)".

---

30. HUC, Marie-Line. *Mieux manger em prison?*. Disponível em: [www.i-dietetique.com/?action=articles&id=5331]. Acesso em: 17.04.2010.

31. OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL DE PRISÕES. *Le nouveau guide du prisonnier de l'OIP*. Disponível em: [http://prison.eu.org/article.php3?id_article=314]. Acesso em: 03.06.2011.

32. BOURN, John. Op. cit.

Além disso, alerta que a comida não é servida, com frequência, nos 45 minutos seguintes ao seu preparo, o que significa possibilidade de perda de paladar e valor nutricional. Em relação ao horário, destacam que as refeições acontecem muito cedo; em Channings Wood Prison, por exemplo, o almoço acontece às 11h15min e a janta às 16h.

A comida servida nestes países pode ser considerada, mesmo que com ressalvas, saudável e adequada aos direitos humanos. Realidade muito distante da de países africanos, inclusos, de forma geral, no terceiro modelo. Esses são aqueles cujo sistema prisional e alimentação não são compatíveis com os direitos humanos. Sarkin,[33] reconhecendo o tamanho do continente e a diversidade das realidades, generaliza uma descrição das prisões locais, revelando que são velhas, mal ventiladas e com sistemas de esgoto inadequados; que nelas os detentos não têm onde dormir ou sentar e a higiene é precária. E complementa: "De um modo geral, os condenados nas prisões africanas enfrentam anos de confinamento em alojamentos superlotados e sujos, com comida insuficiente, higiene inadequada e pouca ou nenhuma roupa ou outras conveniências. Embora essas condições não sejam idênticas em todo o continente, sua predominância desperta preocupações e precisa ser solucionada por meio de reformas do sistema e atenção aos direitos humanos. (...) Não obstante, é necessário investigar as prisões africanas e gerar informações sobre os problemas que afetam o sistema penal do continente".

Um caso específico de péssima alimentação é denunciado por Wines.[34] A prisão de Maula, capital do Malauí, além de receber presos sem julgamento, oferece condições extremamente precárias, nas quais as taxas de mortalidade alcançam índices alarmantes, com média de uma morte a cada 60 presos por ano (dados de 2003 e 2004). Ali a comida é apenas *nsima* (mingau de milho fermentado com feijão e carne); essa papa é cozida em banheiras enormes, fora da prisão, para onde guardas moveram a cozinha depois que presos, com fome, começaram a lutar por comida.

Ainda pior é a realidade nos Camarões. Relatório da Anistia Internacional (1989)[35] aponta que nos anos de 1987 e 1988, a taxa de mortalidade alcançou

33. SARKIN, Jeremy. Prisões na África: uma avaliação da perspectiva dos direitos humanos. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Disponível em: [www.surjournal.org/conteudos/pdf/9/sarkin.pdf]. Acesso em: 30.08.2011.

34. WINES, Michael. *The forgotten of Africa, wasting away in jails without trial*. Disponível em: [www.phaseloop.com/foreignprisoners/prison-africa02.html]. Acesso em: 10.04.2010.

35. ANISTIA INTERNACIONAL. *Conditions de detention au cameroun selon Amnesty International*. Disponível em: [http://mongobeti.arts.uwa.edu.au/issues/pnpa63_66/pnpa63_25.html]. Acesso em: 25.11.2011.

na prisão de Nkondengui, principal na capital, Yaoundé, números na ordem de quatro ou cinco prisioneiros por dia, sendo que, conforme outro relatório, dos 44 prisioneiros mortos no mês de dezembro de 1987, 42 o seriam por subnutrição. Na prisão de New Bell, em Douala, capital econômica do país, neste mesmo ano de 1987, aconteceram três revoltas, sendo que a primeira delas teve como causa a insuficiência da alimentação fornecida. Esse alimento consiste em uma mistura de feijão e milho cozidos com azeite de palma, sal e água, refeição conhecida na prisão pelo nome de *kontcha*.

Deve-se considerar, com Coyle[36] que: "Já foi mencionado o dilema que as administrações penitenciárias podem ter de enfrentar em países onde a população, de um modo geral, sofre de fome devido à falta de alimentos nutritivos em quantidades suficientes. Nesses casos – argumentam alguns, deve-se aceitar o fato de que os presidiários não possam receber alimentos nutritivos em quantidades suficientes porque os cidadãos cumpridores da lei também estão sofrendo nesse aspecto. É possível compreender esse argumento. Entretanto, ao privar as pessoas de sua liberdade, o Estado assume a obrigação de cuidar delas adequadamente. Trata-se de uma obrigação absoluta que não pode ser desconsiderada".

Mas, além do direito de comer, quando se pensa sobre direitos humanos e alimentação em presídios, há outra questão a ser pensada: a relação entre comida e religião. Em países com população de tradição eminentemente católica, ela não possui relevância, pois essa religião não impõe, ao contrário das outras duas grandes monoteístas (judaísmo e islamismo), proibições relativas à alimentação (salvo exceções como a Sexta-feira Santa). Todavia, nos últimos tempos, com o aumento no fenômeno da migração e o aumento da reivindicação por direitos (Bobbio),[37] essa situação tem-se transformado. Assim, desde a década de 70, existe, nos Estados Unidos, preocupação com a possibilidade e o limite para o exercício da religião dentro da prisão (sobre o tema os já citados Abramovsky[38] e Forman).[39]

Essa discussão percorre o final do século XX e parece ainda longe de uma solução, pois as decisões se alteram e a constitucionalidade das leis são

36. COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2002. p. 58.

37. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

38. ABRAMOVSKY, Abraham. Op. cit., p. 241-272.

39. FORMAN, Jamie Aron. Op. cit., p. 477-528.

discutidas. Assim, Sendensky[40] informava que a Flórida deixaria de servir presos com dietas adequadas às suas crenças religiosas. Na época, servia-se comida *cosher* (preparada conforme os preceitos judaicos) para os presos judeus e muçulmanos (para esses não havia a possibilidade de comer *halal* – preparada conforme os preceitos islâmicos). Questões relativas ao custo e à justiça foram apresentadas, bem como a possibilidade dos prisioneiros aderirem à uma dieta vegana. Ele apontou ainda que, naquele momento, entre 34 Estados norte-americanos pesquisados, 26 serviam comida *cosher* e entre 33, cinco serviam comida *halal*.

Em sentido contrário à situação acima, há a realidade da Holanda, que permite aos detentos optar por comida *Dutch* (holandesa) ou *halal* (Le Devoir).[41] Essa possibilidade decorre de conflito surgido quando, em junho de 2009, um preso em Sittard descobriu que não recebia mais carne de porco, por ela não ser *halal*. Ele ingressou com ação reivindicando o direto de comer *Dutch* e logo foi reintroduzida a carne de porco no cardápio. Por isso, hoje, a pessoa, ao ingressar no cárcere holandês, escolhe o tipo de alimento que prefere comer. Informe de Tak[42] revela também a possibilidade de ser requerida alimentação *cosher*.

Essa discussão não poderia deixar de acontecer igualmente em Israel. O problema não se refere ao consumo de carne de porco, pois judaísmo e islamismo o proíbem, mas ao convívio entre outros hábitos diversos. Assim, Zarchin[43] refere-se à decisão da Suprema Corte daquele país, limitando o acesso de presos árabes a pão fermentado durante a Páscoa judaica (quando, durante sete dias, o consumo desse tipo de alimentos é proibido). A discussão foi proposta por um preso árabe, de uma prisão mista, ou seja, que abriga tanto criminosos árabes quanto judeus. O pedido foi negado sob argumento de que o dever de alimentar refere-se à comida, não sendo especificado o tipo. A decisão declara: "Portanto, não há ofensa legal em não fornecer pão durante a Páscoa para não judeus residentes com os judeus em um Estado judeu e democrático, especialmente quando uma alimentação adequada está sendo garantida".

Desta forma, verifica-se, a alimentação no ambiente prisional envolve polêmicas e respeito – ou não – pelos direitos humanos.

---

40. SENDENSKY, Matt. 2007. *Florida suspends special meals for Jews, Muslims at state prisons*. Disponível em: [www.religionnewsblog.com/19114/prison-religious-meals]. Acesso em: 27.12.2011.

41. LE DEVOIR. Op. cit.

42. TAK, Peter J. P. Op. cit.

43. ZARCHIN, Tomer. Supreme Court: *No bread for Muslim inmates over Passover. Haaretz*. Disponível em: [www.haaretz.com/news/supreme-court-no-bread-for-muslim-inmates-over-passover-1.265319]. Acesso em: 23.12.2011.

3. BRASIL

O sistema penitenciário pátrio foi sendo desenvolvido sem muito pensar. Esse espaço para punir criminosos e escravos fugitivos (Holloway)[44] foi recebendo, com o passar do tempo, influência humanizadora da "evolução" da legislação penal. Assim, quando, em 1976, é instaurada a primeira Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema, em plena Ditadura Militar, o quadro percebido é caótico e desvela que a pena não cumpria propalada função reeducativa. Foi sugerida, então, a adoção de uma Lei de Execução Penal, para adequar o sistema ao "estágio de civilização no Brasil". A segunda CPI, realizada em 1993, orientou-se no sentido de diminuir a distância entre a legislação e a sua aplicação e teve resultados ainda mais pífios (Rudnicki e Souza).[45]

Hoje, para saber-se a qual dos três modelos relativos ao respeito, ou não, dos direitos humanos, pertence o sistema penitenciário brasileiro, urge detalhá-lo – embora seja impossível apresentá-lo em sua completude e complexidade. Para tanto, se utilizará, em especial, de informações apresentadas pela terceira CPI do sistema penitenciário, a de 2008. Antes, porém, há de se saber que a Constituição (art. 5.º), que garante direitos às pessoas privadas de liberdade, não se refere, de forma explicita, à alimentação que eles devem receber. No mais próximo que chega desse tema revela, no inc. XLVII do citado artigo, que as penas não podem ser cruéis.

Já na legislação infraconstitucional, na Lei de Execução Penal (LEP), Lei 7.210/1984, que regulamenta a aplicação da pena, verifica-se que ao preso é assegurado a assistência material e a saúde, entre outras. Necessário destacar que essa assistência material aparece definida no art. 12 como fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas e a Lei, no art. 41, declara ser direito do preso alimentação suficiente. Reza também que "O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração" (art. 13).

No que tange à realidade, o sistema penitenciário não pode ser considerado único. A diversidade das prisões no país faz com que existam casas tão diferen-

44. HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: FGV, 1997. p. 65.

45. RUDNICKI, Dani; SOUZA, Mônica. F. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: as CPIs do sistema penitenciário de 1976 e 1993. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 186, p. 107-115.

tes quanto o Instituto Penal Paulo Sarasate (Ceará) e ou do Presídio Central de Porto Alegre (Rio Grande do Sul), que se aproximam do modelo africano e presídios federais (Penitenciária Federal de Catanduvas – Paraná), próximos do modelo norte-americano, inglês ou francês.

Ainda haveria de se considerar presídios menores, com população carcerária menor e com condições mais favoráveis. Neste sentido, exemplificativamente, a penitenciária de Lajeado (Rudnicki)[46] ou a de Montenegro (PMEM), ambas no Rio Grande do Sul. Sobre as condições da cozinha desta última, Côrrea[47] relata que "Como vimos, a assistência material prevista no artigo 12 e 13 da LEP, em que pese às adversidades e graças a boa vontade do setor nutricional da PMEM, é muito boa, principalmente no que tange a qualidade da alimentação servida e a higiene ali disposta".

Em relação à Comissão Parlamentar de Inquérito de 2008, sobre o sistema penitenciário, deve-se considerar que ela foi instaurada a requerimento do Deputado Domingos Dutra, do Partido dos Trabalhadores (PT), pelas seguintes razões: "Rebeliões, motins frequentes com destruição de unidades prisionais; violência entre encarcerados, com corpos mutilados e cenas exibidas pela mídia; óbitos não explicados no interior dos estabelecimentos; denúncias de torturas e maus-tratos; presas vítimas de abusos sexuais; crianças encarceradas; corrupção de agentes públicos; superlotação; reincidência elevada; organizações criminosas controlando a massa carcerária, infernizando a sociedade civil e encurralando governos; custos elevados de manutenção de presos; falta de assistência jurídica e descumprimento da Lei de Execução Penal."[48]

Ela buscava investigar o sistema carcerário, entender as causas dos seus problemas, apontar soluções e alternativas capazes de humanizar o sistema prisional do país, com destaque para a violência, a corrupção e a ação do crime organizado. Para tal, realizou audiências com autoridades, pesquisadores e representantes da sociedade civil e dos agentes penitenciários, bem como diligências em 18 Estados (mais de 60 unidades prisionais).

---

46. RUDNICKI, Dani. *Direitos humanos e comida no sistema prisional brasileiro.* Disponível em: [www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/27661/2321/com_identificacao/Artigo%20com%20identifica__o.pdf]. Acesso em: 14.11.2011.

47. CORRÊA, Márcio Jocemar. *Penitenciária modulada Estadual de Montenegro – PMEM.* Dissertação de Monografia, Canoas, Centro Universitário Ritter dos Reis, 2006, p. 35.

48. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema carcerário brasileiro*, 2008. Disponível em: [www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/Relatorio%20Final%20-%20150908.pdf]. Acesso em: 09.02.2010.

Em um relatório final, que alcança 594 páginas, preocupa-se em estudar questões relativas à superlotação, acomodações, higiene, alimentação, vestuário, trabalho e comércio no ambiente prisional, bem como à assistência médica, social e jurídica. O texto final é detalhista, embora por vezes superficial (por se basear em observações colhidas em uma única visita) e panfletário.

Entretanto, ainda que não se possa definir com exatidão os benefícios advindos do trabalho realizado pela Comissão, e apesar das críticas supra, ousa-se afirmar que o Relatório Final representa importante fonte de dados sobre o sistema penitenciário brasileiro. Assim, na sequência, a fim de alcançar o objetivo principal deste, se sistematizará as informações relativas à alimentação nas prisões masculinas do sistema prisional brasileiro.

O único "elogio" à comida prisional aconteceu em relação àquela servida no Mato Grosso, quando a CPI destacou que "A alimentação, terceirizada, é produzida no local pela empresa Nutriz. A cozinha no momento da diligência atendia às exigências da vigilância sanitária". Essa terceirização da produção é regra quase sem exceção. Assim acontece em São Paulo, onde é fornecida três vezes por dia, ao custo de R$ 18,00 por preso, em Brasília onde também acontecem três refeições diárias, mas a um custo de R$ 10,00; e na Bahia, onde é de má qualidade.

Acrescenta o Relatório da CPI: "Em quase todas as unidades prisionais, os presos reclamaram da qualidade da comida. Denúncias de cabelos, baratas e objetos estranhos misturados na comida foram constantes. Comida azeda, estragada ou podre também foi denunciada. Em vários presídios, a CPI encontrou quentinhas amontoadas do lado de fora das celas, prontas para irem para o lixo, recusadas pelos presos, em face da péssima qualidade da alimentação servida. (...) A quantidade, a qualidade e a variedade da alimentação servida aos presos, vista pela CPI, não valem mais do que R$ 3,00 (três reais) por preso ao dia".

No preparo da comida, em pelo menos uma oportunidade (Penitenciária de Urso Branco em Rondônia), confirmou-se o uso de salitre ("(...) com o objetivo de diminuir o consumo de alimentos e reduzir o apetite sexual dos internos. (...)"). Destaca a CPI que, em Pernambuco, a comida é servida em caldeirões expostos ao sol, sem higiene e em Goiás se resume a um pouco de feijão, arroz e carne de soja sem cor, às vezes servida estragada (alguns dias depois da visita o relator retornou ao local, constatando melhora na alimentação).

Não é apenas que a comida seja ruim, também não há condições dignas para se alimentar. Em Pernambuco, muitos presos usam potes plásticos de sorvete e, no Ceará, a comida é servida em sacos plásticos, "virando uma gororoba", que os presos comem com as mãos, por falta de talheres.

No Rio Grande do Sul, a comida somente se diferencia por ser preparada pelos reclusos, no próprio presídio. Cabe destacar que nos estabelecimentos

onde existem cozinhas, estas "(...) não atendem as normas da vigilância sanitária por ser mal projetadas, pequenas, sujas e mal ventiladas, sem manutenção rotineira, além de não disporem de nutricionistas. (...) Unindo-se a superlotação à inadequação das áreas de preparação de alimentos, o resultado é uma comida ruim e de baixa qualidade, gerando muita insatisfação entre a população carcerária. (...)".

No interior do Presídio Central de Porto Alegre há ainda um "armazém", arrendado mediante licitação, com vendas de produtos acima dos preços de mercado, cujos proprietários faturam cerca de R$ 30.000,00 por mês. A existência destas cantinas é regra e elas se caracterizam por vender por preços acima do mercado. Na Bahia, o quilo de feijão custa R$ 10,00 e o de açúcar R$ 4,50. Diferentemente do presídio gaúcho, porém, a maioria não passou por licitação. Em Cuiabá (Mato Grosso), a "lojinha" pertence a uma associação de agentes penitenciários e as famílias estão proibidas de trazer produtos que estão ali à venda; outra, no Rio de Janeiro, pertence a um agente penitenciário "aposentado".

Assim, a CPI afirma que, no Rio de Janeiro, e em várias cadeias pelo País, há cantinas pertencentes à agentes penitenciários, diretores, ex-agentes ou associações de agentes, que cobram preços exorbitantes. Em Pernambuco, verificou-se ainda que o dono da cantina possuía a chave da ala onde ela se localizava e empregava dois detentos (salários de R$ 650 por mês). Além disso, mantinha "serviço" de entrega de pedidos nas celas ("drive-cela").

Ainda no Rio de Janeiro, há outro tipo de "comércio". No Presídio Vicente Piragibe, os detentos "ricos" compram pacotes fechados de café, açúcar e suco e fazem pequenos "saquinhos" que são vendidos a presos mais "pobres". As "trouxinhas" ficam penduradas nas portas das celas e custam 50 centavos por 50 gramas de café ou açúcar.

Para aprofundar o conhecimento sobre a alimentação nos presídios brasileiros, uso como exemplo o já citado Presídio Central de Porto Alegre, em cuja cozinha, em fevereiro de 2010, realizou-se pesquisa.[49] Nesta cozinha, o café começa a ser distribuído às 5 h da manhã, o almoço é entregue a partir das 10 h e a janta das 16 h. São 47 os presos responsáveis por sua preparação.

A comida servida diariamente divide-se em cinco itens: arroz, feijão, carne, guarnição (massa, polenta ou refogado) e salada. O cardápio e a forma como os pratos são preparados são definidos pelos trabalhadores da própria cozinha. Essa tarefa é fácil, pois não há variedade de ingredientes e para o preparo utilizam-se

49. RUDNICKI, Dani. Comida e direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Direito GV*, vol. 7, n. 2, p. 515-538.

tão somente quatro autoclaves. Uma das nutricionistas responsáveis pela cozinha revela: "Não tem como ficar boa. Comida de autoclave não é saborosa".

No que tange à higiene, as panelas aparentam estar limpas, apesar de velhas. Mas sobre o chão da cozinha, sempre úmido, de concreto, se caminha em estratos de madeira e os azulejos das paredes caíram. Pedaços de papelão estão jogados por todos os lados; observa-se também muitas moscas voando. O lixo é separado em orgânico e reciclável e o Departamento Municipal de Limpeza Urbana o recolhe diariamente. A nutricionista afirma solicitar limpeza e dedetização, mas que lembra que os pedidos não são atendidos.

Cabe acrescentar que os gastos, no que se refere à alimentação, alcançam R$ 448.025,00 por mês, ou seja, despende-se um valor mensal de R$ 89,60 por preso – custando, pois, cada refeição menos de um real (dados informados pela administração do Presídio durante a pesquisa de campo).

Resume-se essa situação com as palavras da nutricionista, para quem não se pode dizer que (ela e sua colega) façam o trabalho efetivo de uma nutricionista. A ausência de condições (de equipamento e de sabão e sabonete, por exemplo) impede que se ofereça uma cozinha em condições. "Trabalhamos com o que temos e fazemos o que se pode fazer", conclui.

4. CONCLUSÃO

O cárcere, por ser local onde o poder autoritário pode facilmente se impor, é importante *locus* para o Estado demonstrar o respeito pelos direitos das pessoas que nele vivem. Logo, pensar uma política penitenciária significa pensar sobre os direitos humanos. Neste artigo buscou-se, a partir de uma reflexão sobre qual a alimentação devida para quem recebe uma pena restritiva de liberdade, determinar a realidade brasileira da comida na prisão e verificar se existe preocupação em elaborar uma política penitenciária no país.

Parte-se do fato de que a alimentação de um preso, como a de qualquer pessoa, deve considerar regras dietéticas e higiênicas, variedade, qualidade, quantidade e custo, observando-se ainda a realidade cultural (religião, em especial), bem como o meio em que se situa a questão e a pessoa que irá recebê-la.

E estabeleceram-se três modelos de adequação, ou não, desta perspectiva no cotidiano. O modelo um refere-se aos países que respeitam os direitos humanos (Principado de Mônaco, Noruega e Holanda), o dois aponta aqueles que os respeitam de forma média (Estados Unidos, França e Inglaterra) e o terceiro indica os que não respeitam os direitos humanos dos presos (Malauí e Camarões). São países muito diversos, com realidades muito diferentes. O conhecimento de suas realidades aconteceu apenas por fontes secundárias, ofi-

ciais ou não, o que limita sua confiabilidade, mas ainda assim oferece a possibilidade, apontada, de estabelecer-se, de forma didática, estes modelos a fim de conhecer a situação da alimentação nos presídios brasileiros.

Assim, imediatamente, surge a necessidade de dizer que não há um documento brasileiro, oficial, que se tenha conhecido, no decorrer da pesquisa que redundou neste trabalho, sobre ele. A razão tanto pode ser o descaso com relação ao tema, quanto o fato de, sendo o Brasil uma federação, e este assunto estar na alçada dos Estados-membros – mas, destaque-se, também eles nada produzem, ou divulgam, sobre o tema.

Todavia, observa-se que a Legislação Federal (Lei 7.210/1984) rege, de forma genérica, o tema. Utopicamente, poder-se-ia pensar em legislação especificando com mais detalhes o que significa comer na prisão, determinando horário de refeições, cardápio, quantidade e qualidade mínimas. Mas isso é utopia e o Brasil, em especial, possui realidades diversas e contemplá-las seria impossível. A solução seriam regras gerais, determinando padrões mínimos de qualidade e quantidade. Todavia, de alguma forma, como já visto, isso já existe – e não é obedecido.

Na falta de material específico, analisou-se o Relatório Final da CPI de 2008, importante por ter proposto, pela primeira vez, a responsabilização de autoridades administrativas e judiciais, pelo caos penitenciário e por tornar-se relevante fonte de dados sobre o tema. Importa lembrar que neste trabalho foram analisados também, ainda que brevemente, informes sobre penitenciárias de menor porte e o Presídio Central de Porto Alegre (Rio Grande do Sul).

A partir destes elementos, se exclui da realidade pátria o modelo um. Não há em território nacional modelos prisionais que de fato respeitem os direitos humanos das pessoas encarceradas, nos quais a alimentação seja ofertada de forma excelente.

O que existe no Brasil é, em regra, a situação verificada no modelo três, representada por países africanos, mas suavizada pela existência de elementos que os aproximam do modelo dois. O Brasil aparece como um Estado pertencente a um modelo misto, com características tanto do modelo dois, quanto do três. Ou seja, no que tange ao sistema prisional, a "Belíndia" (conjunção entre a Bélgica e Índia, ideia criada pelo economista Edmar Lisboa Bacha, para explicar o Brasil) permanece existindo. O País aqui aparece como uma mistura entre modelos de Países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

Essa conclusão revela-se na não percepção de uma taxa de mortalidade exagerada nos presídios brasileiros (em especial se considerada a falta de alimentação). A comida nos presídios brasileiros é grosseira; trata-se, em regra, de

alimentação preparada por empresas terceirizadas, sem compromisso com a qualidade – sendo tal fato de interesse tanto das empresas, que gastam menos do que o serviço contratado, quanto de pessoas que irão "vender" complementos (ou mesmo alimentação de melhor qualidade) dentro das prisões.

Essa comida mostra-se inadequada, resultado do descaso com a qualidade da comida, o tempero, o tempo entre o preparo e a chegada à cela. Esses fatos seriam razão para a contratação de profissionais da área da saúde pelo sistema penitenciário, para averiguar e garantir que a alimentação fosse entregue com qualidade e na quantidade necessária.

A obrigatoriedade da presença de um deles garantiria uma situação como a do Presídio Central. Apesar das fortes críticas da CPI de 2008 à sua comida e a estrutura da cozinha, nele a comida é feia, não necessariamente apetitosa, mas possui qualidade, garantida pela vigilância de duas nutricionistas, e, por isso, deve-se admitir, respeita os direitos humanos dos encarcerados.

Isto não significa dizer que o Presídio respeite os direitos humanos, mas reconhecer que os presos se alimentam e, considerando a citada lição de Bourdieu, mesmo que para Deputados Federais, classe média e alta, a comida possa parecer terrível, a "massa carcerária", composta por pessoas de classe baixa, não parece considerar a comida seu pior problema: a superlotação e a falta de espaço de lazer (campos para prática de futebol) costumam ser reclamações mais presentes nos discursos dos presos no Presídio Central de Porto Alegre.

De toda forma, a comida nos grandes presídios é uma questão a ser enfrentada. Países ricos conseguem alcançar resultados no mínimo razoáveis. Países muito ricos têm resultados muito bons. Países africanos precisam avançar muito e o Brasil também. A adoção de presídios menores aparece como uma primeira solução, pois neles, já hoje no país, a qualidade da comida é melhor. Entretanto, essa perspectiva se choca com a realidade do crescimento da população prisional, o que remete a uma discussão sobre o modelo de sistema penal e prisional desejado – não há como dissociar uma parte do serviço de hotelaria prestado pelo Estado nas penitenciárias de todo um modelo de enfrentamento da criminalidade.

Logo, hoje, quando a tendência está no privilegiar políticas de "lei e ordem", que pregam aumento do rigor da lei penal e o "esquecimento" da pessoa presa e de seus direitos, parece não haver espaço para pensar em melhora das condições de vida da pessoa presa.

Todavia, se o Brasil pretende respeitar seus cidadãos e se ver respeitado na ordem internacional, necessita demonstrar capacidade para resolver seus problemas e essa questão. Assim, tendo em vista que nos últimos anos o país está conseguindo superar a fome e a miséria, agora necessita estender seus

programas para melhorar a situação das pessoas encarceradas e oferecer dignidade também a quem está privado de liberdade. Afinal, se praticaram crimes, merecem ser responsabilizados, mas permanecem cidadãos e, como tal devem ter ser direitos preservados.

5. BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVSKY, Abraham. First amendment rights of jewish prisoners: kosher food, skullcaps, and beards. *American Jornal of Criminal Law*. vol. 21. p. 241-272. Austin: University of Texas School of Law, 1994.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Conditions de detention au Cameroun selon Amnesty International*. Disponível em: [http://mongobeti.arts.uwa.edu.au/issues/pnpa63_66/pnpa63_25.html]. Acesso em: 25.11.2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito. *Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema carcerário brasileiro*. 2008. Disponível em: [www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/Relatorio%20Final%20-%20150908.pdf]. Acesso em: 09.02.2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BOURN, John. *Serving time: prisoner diet and exercise*. Disponível em: [www.nao.org.uk/publications/0506/prisoner_diet_and_exercise.aspx]. Acesso em: 20.12.2011.

CORRÊA, Márcio Jocemar. *Penitenciária modulada Estadual de Montenegro – PMEM*. Dissertação de monografia, Canoas, Centro Universitário Ritter dos Reis, 2006.

COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2002.

DERKZEN, Petra. *Aulas. Disciplina: food culture and custom*. Holanda: Universidade de Wageningen, jan. 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

FOREIGN POLICY. *The super-lux super max: from flat-screen TVs to jogging trails, here's where Norway's mass murderer could end up*. Disponível em: [www.foreignpolicy.com/articles/2011/07/25/the_super_lux_super_max]. Acesso em: 23.11.2011.

FORMAN, Jamie Aron. Jewish prisioners and their first amendment right to a kosher meal: na examinationof the relationship between prison dietary policy and correctional goals. *Brooklyn Law Review*. vol. 65. p. 477-528. Nova Iorque: Brooklin Law School, 1999.

FRANÇA. *Code Penal du 1791*. Disponível em: [http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm]. Acesso em: 26.11.2007.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

GREENWOOD, Arin. *Taste-testing nutraloaf: the prison food that just might be unconstitutionally bad*. Disponível em: [www.slate.com/id/2193538]. Acesso em: 10.04.2010.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

HUC, Marie-Line. *Mieux manger em prison?*. Disponível em: [www.i-dietetique.com/?action=articles&id=5331]. Acesso em: 17.04.2010.

LE DEVOIR. *Aux Pays-Bas – Un détenu contre le régime hallal*. Disponível em: [www.ledevoir.com/international/europe/260226/aux-pays-bas-un-detenu-contre-le-regime-hallal]. Acesso em: 14.07.2010.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O cru e o cozido*. Mitológicas I. São Paulo: Cosac e Naify, 2004.

MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. vol. 1, t. 2.

MATE, N. What is prison food really like? *A Review of the New, Post-National Menu Prison Fare*. Disponível em: [www.associatedcontent.com/article/903939/what_is_prison_food_really_like_a_review.html]. Acesso em: 10.04.2010.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. *Conselho Econômico e Social. Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros*. Doc. ONU Res 663/C/I (XXIV). 31.07.1957.

OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL DE PRISÕES. *Le nouveau guide du prisonnier de l'OIP*. Disponível em: [http://prison.eu.org/article.php3?id_article=314]. Acesso em: 03.06.2011.

POULAIN, Jean-Pierre. *Sociologies de l'alimentation*. Paris: Quadrige/PUF, 2007.

RADIO NETHERLANDS WORLDWIDE. *Around 40 inmates in the Dutch city of Sittard have protested against tighter prison rules that came into force on 1 March*. Disponível em: [www.rnw.nl/international-justice/article/dutch-inmates-protest-against-tighter-rules]. Acesso em: 16.01.2012.

RAUCH, W. Hardy. Prison dietary standards and the research potential for evaluating the effect of diet upon behavior. *Nutrition Reviews*. vol. 44. p. 132-134. Malden: Wiley Online Library, 1986.

ROWLEY, Anthony. *Une histoire mondiale de la table*. Paris: Odile Jacob, 2009.

RUDNICKI, Dani. *Direitos humanos e comida no sistema prisional brasileiro*. Disponível em: [www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/

arquivosPDF/27661/2321/com_identificacao/Artigo%20com%20identifica__o.pdf]. Acesso em: 14.10.2011.

_____; SOUZA, Mônica F. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: as CPIs do sistema penitenciário de 1976 e 1993. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 186. p.107-115. Brasília, 2010.

_____. Comida e direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre. *Revista Direito GV*. vol. 7. n. 2. p. 515-538. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, jul.-dez. 2011.

SARKIN, Jeremy. Prisões na África: uma avaliação da perspectiva dos direitos humanos. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*. n. 9. p. 23-51. São Paulo, dez. Disponível em: [www.surjournal.org/conteudos/pdf/9/sarkin.pdf]. Acesso em: 30.08.2011.

SETBOUN, Michel. Disponível em: [www.setboun.com/MONACO/R00322%20monaco%20jail/index.htm]. Acesso em: 10.04.2010.

SENDENSKY, Matt. *Florida suspends special meals for Jews, Muslims at state prisons*. Disponível em: [www.religionnewsblog.com/19114/prison-religious-meals]. Acesso em: 27.12.2011.

TAK, Peter J. P. *Prison policy, prison regime and prisoners' rights in the Netherlands under the 1998 Penitentiary Principles Act*. Disponível em: [http://fondationinternationalepenaleetpenitentiaire.org/Site/documents/Stavern/23_Stavern_Report%20Netherlands.pdf]. Acesso em: 12.01.2012.

ZARCHIN, Tomer. *Supreme Court: No bread for Muslim inmates over Passover. Haaretz*. Disponível em: [www.haaretz.com/news/supreme-court-no-bread-for-muslim-inmates-over-passover-1.265319]. Acesso em: 23.12.2011.

WAITE, Jennifer. *Prison food: what are America's inmates eating?*. Disponível em: [www.associatedcontent.com/article/1622123/prison_food_what_are_americas_inmates.html?cat=51]. Acesso em: 10.04.2010.

WILSON, Donovan W. *Prison food: not fancy, but*. Disponível em: [www.nytimes.com/1982/12/19/nyregion/prison-food-not-fancy-but.html?&pagewanted=all]. Acesso em: 10.04.2010.

WINES, Michael. *The forgotten of Africa, wasting away in jails without trial*. Disponível em: [www.phaseloop.com/foreignprisoners/prison-africa02.html]. Acesso em: 10.04.2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Meditação no cárcere: libertando-se da prisão interior, de Ana Gabriela Mendes Braga, *RBCCrim* 75/339.

- A defesa dos direitos do encarcerado, de Manoel Pedro Pimentel, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*, organizado por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 6, p. 795.

1

SOBRE O DOMÍNIO DO FATO NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Hegemony and control over the execution of the offense in the context of corporate criminality

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Bonn, Alemanha. Doutoranda em Direito Penal pela USP e pela Universidade de Bonn, Alemanha. Bolsista Capes e DAAD.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Previdenciário

RESUMO: Objeto do comentário é a fundamentação oferecida pelo TRF da 3.ª Região para a punição por autoria do réu pelo crime do art. 168-A, CP, realizada a partir da concepção de domínio do fato.

PALAVRAS-CHAVE: Autoria delitiva - Autoria mediata - Participação - Instigação - Omissão - Teoria do domínio do fato - Apropriação indébita previdenciária - Sujeito ativo nos delitos tributários.

ABSTRACT: This paper intends to make comments on the fundaments set by the Third Federal Regional Court for the punishment of a defendant for the offense established in Article 168-A, from the Criminal Code, based on the doctrine of "hegemony-over-the-act".

KEYWORDS: Perpetration - Perpetration-by-means - Accessories - Instigation - Omission - The "hegemony-over-the-act" theory - Unlawful misappropriation of social security funds - Perpetration on tax-related crimes.

SUMÁRIO: A) Acórdão - B) Comentário: 1. Introdução - 2. A Decisão do tribunal: 2.1 Apresentação do caso; 2.2 Argumentos do tribunal para a manutenção da sentença condenatória - 3. A autoria da apropriação indébita previdenciária - 4. Autoria mediata por domínio do fato? - 5. Omissão contrária ao dever de garante - 5. Omissão contrária ao dever de garante - 6. Conclusão.

A) ACÓRDÃO

TRF-3.ª Reg. – *ApCrim 0006333-27.2006.4.03.6114/SP* – 5.ª T. – j. 10.09.2012 – v.u. – rel. Des. Federal Ramza Tartuce – *DJe* 21.09.2012 – Área do Direito: Penal; Previdenciário.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA – Caracterização – Agente que deixa de repassar, à Previdência Social, as contribuições descontadas dos empregados – Comprovação de que o acusado, na condição de sócio-administrador da empresa, detinha poderes gerenciais, à distância, sem praticá-los de forma direta – Observância à teoria do domínio do fato – Crime formal, ademais, que prescinde da prova do *animus rem sibi habendi*.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 917/785, *RT* 893/554, *RT* 888/500, *RT* 857/715, *RT* 854/532, *RT* 845/689 e *RT* 844/703.

Veja também Doutrina

- A nova Lei de Crimes contra a Previdência Social, de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub – *RIASP* 6/240;
- Crimes previdenciários: Arts. 168-A e 337-A do CP – Aspectos gerais, de Heloisa Estellita Salomão – *RBCCrim* 36/309; e
- Crimes sócio-econômicos e crimes fiscais: Algumas características, de Leonardo Coelho do Amaral – *RBCCrim* 43/187.

ApCrim 0006333-27.2006.4.03.6114/SP (2006.61.14.006333-2/SP).
Relatora: Des. Federal Ramza Tartuce.
Apelante: Franco Strocchi – advogados: Sebastião Soares e outro.
Apelada: Justiça Pública.
Réu absolvido: Osmar do Amaral.
Extinta a punibilidade: Giuseppe Mappelli (falecido).
Número de origem: 00063332720064036114 – 3.ª Vara de São Bernardo do Campo/SP.

Ementa: Penal – Processual penal – Crime contra a Previdência Social – Art. 168-A do CP – Ausência do recolhimento de contribuições descontadas dos empregados – Materialidade e autoria delitivas amplamente comprovadas – Elemento subjetivo do tipo demonstrado – Crime formal – Prova do animus rem sibi habendi *– Desnecessidade – Recurso da defesa desprovido – Sentença condenatória mantida.*

1. A materialidade delitiva foi demonstrada por intermédio da Representação Fiscal para Fins Penais elaborada pelo INSS, acompanhada de farta prova documental (f.), em especial pela notificação fiscal de lançamento de débito – NFLD 35.913.424-6 – (f.) e pelos discriminativos de débito que a acompanham.

2. A autoria delitiva também está amplamente demonstrada nos autos, haja vista ser incontroverso que o apelante, na condição de sócio administrador da empresa, tinha o dever legal de proceder aos recolhimentos das contribuições previdenciárias descontadas das folhas de pagamento de seus funcionários, pois cabia a ele única e exclusivamente a administração da sociedade, conforme demonstra o contrato social da empresa e demais alterações, sendo ele e Osmar Amaral os únicos sócios componentes da empresa (cláusula sétima, de f. do contrato social da empresa), evidenciando-se, assim, sua inquestionável responsabilidade penal.

3. Pelas provas coligidas nos autos ficou evidenciado que o apelante era o único responsável pela administração da empresa "CM Construções Mecânicas Ltda.", sendo certo que dava ordens à distância, com visitas de tempos em tempos a sua empresa localizada no Brasil, auxiliado por Osmar do Amaral e Giuseppe Mappelli, cabendo ao primeiro coordenar a área técnica e comercial da empresa, sem poder de mando, com status *de empregado, e ao segundo – Mappelli – a administração da empresa sob a supervisão, orientação e comando do réu, ora apelante, conforme se vê do interrogatório judicial prestado pelo corréu, Giuseppe Mappelli, já falecido (f. – por precatória).*

4. Em que pese o apelante tenha negado a sua responsabilidade penal, atribuindo toda a responsabilidade pelo não repasse das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados a Giuseppe Mappelli, que era quem administrava a empresa em seu nome (tradução de seu interrogatório prestado por carta rogatória na Itália, juntado aos autos às f., realizado por tradutor juramentado – mídia de f.), no entanto, as provas coligidas nos autos apontam em sentido contrário e convergem para a conclusão de que o apelante, Franco Strocchi, era sim o responsável pelo recolhimento de contribuições previdenciárias, quando da prática delitiva, pois, além do interrogatório de Giuseppe, supratranscrito, encontram-se os depoimentos em juízo das testemunhas de defesa Roberta, Rinaldo, Luis e Edson (depoimentos gravados em mídia e transcritos no bojo dos autos às (f.), respectivamente], funcionários da empresa à época dos fatos, que vivenciavam o dia a dia da empresa, e que de forma harmônica e uníssona, afirmaram que Franco era o proprietário da empresa, indicando-nos uma vez mais, que o apelante era quem efetivamente dirigia à empresa, mesmo que à distância, cabendo a Mappelli a gerência administrativa e financeira da empresa, porém, sob a supervisão, orientação e comando final do apelante.

5. E, como se não bastassem tais depoimentos, ainda a corroborar a inquestionável responsabilidade penal do réu, ora apelante, Franco Strocchi, consta nos autos o interrogatório do corréu Osmar do Amaral, também ex-funcionário

da empresa, que foi absolvido pelo juiz sentenciante, pelo fato de sua atividade na empresa estar mais vinculada e centralizada na área técnica e não administrativa e financeira. Tendo, no entanto, Osmar, como os demais empregados da empresa ouvidos em juízo, esclarecido que o poder de comando e de decisão na área administrativa e financeira da empresa cabiam a Giuseppe Mappelli e ao apelante Franco Strocchi, sendo que este último como proprietário da empresa, dava sempre a última palavra sobre os rumos a serem tomados pela empresa, sobre os pagamentos a funcionários e fornecedores, bem como ao pagamento de débitos fiscais da empresa. E em que pese, Mappelli ter concentrado poderes a frente do comando e administração da empresa (conforme também demonstra e-mail *particular enviado pelo advogado da empresa, Ricardo Maia, a Franco, encartado pela defesa aos autos às f.), em razão do apelante estar na maior parte do tempo ausente do nosso país por residir na Itália, é certo também, que a Mappelli incumbia o encargo de prestar contas de suas atividades na empresa, bem como, se submetia às ordens, a supervisão e a orientação do dono da empresa, Franco, ora apelante, conforme afirmado pelo próprio Giuseppe Mappelli em seu interrogatório e pelos depoimentos dos demais funcionários da empresa transcritos no voto.*

6. Assim sendo, a autoria delitiva está cabalmente demonstrada, estando a versão exculpatória do réu, ora apelante, Franco Strocchi (tradução do interrogatório, realizado pela Justiça italiana – via carta rogatória, por tradutor nomeado pelo juízo – tradução em mídia eletrônica encartada às f.), no sentido de que a decisão de não repassar as contribuições previdenciárias dos valores descontados dos empregados da empresa em detrimento do INSS, não foi sua, e sim de seu patrício e gerente da empresa, Giuseppe Mappelli, a quem delegava poderes de gerência e administração, confiando-lhe os pagamentos dos funcionários e encargos tributários da empresa, resta insulada nos autos, e, portanto, não merece guarida, haja vista que o apelante Franco tinha o dever legal de proceder aos recolhimentos das contribuições previdenciárias, descontadas das folhas de pagamento dos funcionários, pois figura como um dos sócios instituidores e o principal administrador da empresa, tendo ele pleno poderes de mando e comando da empresa, mesmo à distância, coordenando e dando ordens a que todos os funcionários se submetiam, inclusive, Mappelli e Osmar, quando de suas visitas periódicas ao Brasil.

7. Sendo certo também que Mappelli (responsável pela área administrativa e financeira da empresa) e Osmar (responsável pela área técnica da empresa) reportavam-se diretamente a ele, e como já dito, se submetiam às suas ordens, conforme demonstram os depoimentos supratranscritos e o Contrato Social da empresa e posteriores alterações (f.), tendo o apelante, ao contrário do que alegou a defesa em suas razões de apelo e em suas alegações finais de (f.), ao qual se reporta, plena consciência e conhecimento da conduta criminosa praticada, sendo que todas as decisões tomadas no âmbito administrativo, fiscal e financei-

ro da empresa, eram submetidos a sua consulta e anuência, ainda que não praticasse os atos gerenciais diretamente, detinha o poder final dos atos decisórios (teoria do domínio do fato), tendo controle e conhecimento do rumo e das decisões tomadas na empresa, não sendo caso de responsabilidade penal objetiva.

8. A conduta típica prevista no art. 168-A do CP, tem natureza formal e se consuma quando o agente deixa de recolher, na época própria, os valores das contribuições previdenciárias descontados de seus empregados, ou seja, trata-se de crime omissivo próprio. Assim, para a configuração do delito, basta que ele não recolha as importâncias retidas dos empregados, que deveriam ser repassadas ao órgão previdenciário, o que foi devidamente comprovado nos autos.

9. Cumpre esclarecer que, tendo deixado de recolher referidas contribuições, incorreu o apelante nas penas cominadas para o crime previsto no artigo em questão, sendo certo que a prova do desconto das contribuições está evidente nas folhas de pagamento dos empregados constantes da representação fiscal para fins penais.

10. Além disso, não possui nenhuma relevância jurídica o fato de o apelante não ter tomado em proveito próprio o numerário devido à autarquia, eis que mero exaurimento do crime, não sendo exigida a presença do animus rem sibi habendi *para a caracterização do delito.*

11. Neste passo, provadas a autoria e a materialidade do delito, a manutenção da condenação do apelante é medida que se impõe.

12. Recurso da defesa desprovido. Sentença condenatória mantida.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, acordam os Desembargadores da 5.ª T. do TRF-3.ª Reg., nos termos do relatório e voto da Senhora relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso da defesa do réu Franco Strocchi, mantendo a sentença condenatória.

São Paulo, 10 de setembro de 2012 – RAMZA TARTUCE, relatora.

RELATÓRIO – *A Exma. Sra. Des. federal Ramza Tartuce*: Trata-se de Apelação Criminal interposta por Franco Strocchi, em face da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª. Vara Criminal da Justiça Federal em São Bernardo do Campo – SP, que julgou procedente a denúncia, para:

a) declarar extinta a punibilidade em relação ao acusado Giuseppe Mappelli, nos termos do art. 107, I, do CP;

b) condenar o réu FRANCO STROCCHI, como incurso no crime previsto no art. 168-A do CP, combinado com os arts. 29 e 71 do CP; à pena de 03 (três) anos e 04(quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 15 (quinze) dias- multa, cada dia-multa à razão de 02 (dois) salários mínimos vi-

Partes

- Apelante: Franco Strocchi.
- Apelada: Justiça Pública.

gentes à época do último não recolhimento, atualizados, com substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

c) absolver o corréu Osmar do Amaral, nos termos do art. 386, IV, do CPP.

Consta da denúncia que: "(...)no período de mar/2004 a dez/2005, incluindo os décimos terceiros salários, agindo na qualidade de representantes legais e administradores da empresa 'CM Construções Mecânicas Ltda'., CNPJ 03.082.772/0001-08, deixaram de repassar à Previdência Social, nas épocas próprias, as *contribuições sociais descontadas da folhas de pagamento dos empregados da empresa, bem como as retidas dos valores destacados nas notas fiscais de prestação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, causando ao INSS um prejuízo no montante de R$ 648.332,40 (seiscentos e quarenta e oito mil, trezentos e vinte e dois reais e quarenta centavos)*, atualizados para 28 de abril de 2006. A materialidade delituosas incontestavelmente comprovada pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD 35.913.424-6. Por outro lado, a autoria exsurge dos termos do contrato social da empresa 'CM Construções Mecânicas Ltda.", carreado aos autos às (f.), bem como da procuração juntada aos autos à (f.). Da análise dos documentos em questão, verifica-se que o denunciado Franco Strocchi exercia a administração da empresa, consoante cláusula 7.° de (f) e (f.). O denunciado Guiseppe Mappelli, por seu turno, foi nomeado em 14 de abril de 2004, para exercer o cargo de administrador da empresa (parágrafo 6.°, cláusula 7.° – f.), situação que perdurou até a data de 30 de junho de 2005 (cláusula 2.° – f.). Por derradeiro, o denunciado Osmar do Amaral, na data de 21 de junho de 2005, tornou-se procurador Franco Strocchi, nos termos do instrumento de (f.), donde se constata que lhe foram delegados amplos poderes para o fim especial de representar Franco Strocchi na qualidade de sócio, sócio-gerente, quotista, diretor, administrador e/ou quaisquer outras espécies de cargos e/ou funções junto a todas e quaisquer espécies de empresas e/ou sociedades em nome deste. *Destarte, verifica-se que os denunciados, na qualidade de representantes legais e administradores da empresa investigada, omitiram-se no recolhimento ao INSS das contribuições previdenciárias descontadas dos respectivos empregados e das retidas dos valores destacados nas notas fiscais de prestação de serviços executados mediante cessão de mão-de- obra, tendo praticado, portanto, o delito de apropriação indébita previdenciária*' (f.) (destaquei).

O recebimento da denúncia ocorreu em 30 de outubro de 2006 (f.).

Os réus foram interrogados (f.), tendo sido apresentada defesa prévia por Giuseppe Mapelli (f.) e defesa preliminar por Osmar Amaral (f.).

Às (f.), decidiu o Juízo pela não ocorrência de nenhuma das hipóteses de absolvição sumária. Foram ouvidas três testemunhas de defesa (f.).

Às (f.), consta a certidão de óbito de Giuseppe Mappeli. O réu Osmar do Amaral foi interrogado à (f.).

Houve o interrogatório de Franco Strocchi em seu idioma pátrio – o italiano [transcrição do conteúdo de seu interrogatório gravado em mídia eletrônica pela Corte de Justiça de Torino, via carta rogatória – (f.)], que foi revertida para o nosso vernáculo em mídia eletrônica por tradutor nomeado pelo juízo [mídia de (f.)].

Em alegações finais (f.), a acusação pugnou: a) pela condenação do réu Francisco Strocchi nas penas do art. 168-A, do CPP; b) pela absolvição do réu Oscar do Amaral, nos termos do art. 386, IV do CPP; c) pelo reconhecimento da extinção da punibilidade do réu Giuseppe Mappelli, nos termos do art. 107, I, do CP (f.).

Em alegações finais de defesa (f.), pleiteou-se a absolvição de Osmar e Franco Strocchi, em virtude da não comprovação de que os réus auferiram vantagem no ato ou omissão atribuída a Mappelli. Asseverou-se ainda que Osmar detinha tão somente a responsabilidade técnica e que Franco, em virtude de suas constantes viagens à sua terra natal, delegava poderes a Giuseppe Mappelli, mediante procuração por ele outorgada, a quem confiava a administração e gerência da empresa, cabendo a responsabilidade penal a ele, que era quem detinha o domínio final do fato, não podendo os corréus Osmar e Franco serem responsabilizados objetivamente.

A sentença condenatória foi proferida às (f.) e publicada em 14.10.2010 (f.).

Em razões de apelação (f.), a defesa do réu Franco Strocchi pretende a reforma da decisão condenatória, aduzindo, essencialmente, que:

a) o réu não pode ser condenado pela prática delitiva prevista no art. 168-A, do CP, haja vista que passava a maior parte do tempo no exterior, ou seja, no seu país de origem e outorgou uma procuração a Giuseppe Mapelli, para que o representasse;

b) por não residir o apelante no Brasil, a responsabilidade pelo repasse das contribuições sociais cabia a Mappelli;

c) não consta nos autos qualquer tipo de vantagem auferida pelo apelante, no que se refere aos descontos referidos e a falta de repasse;

d) não era de conhecimento do apelante que Mapelli não efetuava os repasses, pois em confiança, outorgou-lhe procuração para que o representasse;

e) o réu tinha informações da situação da empresa à distância, apenas quanto a aspectos gerais, mas com relação às contribuições e questões trabalhistas, era assunto tratado por Mappelli, pois era necessária a presença de um dos sócios na empresa para providenciar os repasses e pagamentos. Estando o apelante longe fisicamente, não tinha como adentrar em questões do dia a dia da empresa;

f) a sentença foi justa ao absolver Osmar do Amaral, mas falhou ao condenar o ora apelante, que assim como Osmar, não participava diretamente da administra-

ção da empresa, o primeiro por participar apenas da área técnica, e o segundo, por residir fora do país;

g) O apelante confiou no seu sócio, Mappelli, que participava diretamente da administração da empresa, e a ele incumbia a obrigação de efetuar os pagamentos e repasses à Previdência Social;

h) e, por fim, a defesa reporta-se a sua argumentação expendida em alegações finais de (f.), requerendo que sejam consideradas como parte integrante das presentes razões de apelo.

Com as contrarrazões (f.), subiram os autos a esta E. Corte, onde o parecer ministerial foi pelo desprovimento do recurso (f.).

À revisão, na forma regimental.

É o relatório.

RAMZA TARTUCE, relatora.

VOTO – *A Exma. Sra. Des. Federal Ramza Tartuce*: O recurso do apelante cinge-se basicamente a alegação de não ter concorrido para a prática delitiva, bem como que não auferiu nenhuma vantagem pecuniária com o não repasse das contribuições previdenciárias devidas e não recolhidas.

Vê-se dos autos que restaram amplamente comprovadas a autoria e a materialidade do delito praticado pelo apelante.

A materialidade delitiva foi demonstrada por intermédio da Representação Fiscal para Fins Penais elaborada pelo INSS, acompanhada de farta prova documental (f. – Volumes I, II e III), em especial pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD 35.913.424-6 – f.) e pelos discriminativos de débito que a acompanham.

A autoria delitiva também está amplamente demonstrada nos autos, haja vista ser incontroverso que o apelante, na condição de sócio administrador da empresa, tinha o dever legal de proceder aos recolhimentos das contribuições previdenciárias descontadas das folhas de pagamento de seus funcionários e de prestadores de serviços, pois cabia a ele única e exclusivamente a administração da sociedade, conforme demonstra o Contrato Social da Empresa e demais alterações, sendo ele e Osmar do Amaral os únicos sócios componentes da empresa (cláusula sétima, de (f.) do contrato social da empresa), evidenciando-se, assim, sua inquestionável responsabilidade penal.

Pelas provas coligidas nos autos, ficou evidenciado que o apelante era o único responsável pela administração da empresa "CM Construções Mecânicas Ltda.",

sendo certo que dava ordens à distância, com visitas de tempos em tempos a sua empresa localizada no Brasil, auxiliado por Osmar do Amaral e Giuseppe Mappelli, cabendo ao primeiro coordenar a área técnica e comercial da empresa, sem poder de mando, com status de empregado, e ao segundo – Mappelli – a administração da empresa sob a supervisão, orientação e comando do réu, ora apelante, conforme se vê do interrogatório judicial prestado pelo corréu, Giuseppe Mappelli, já falecido (f.), por via precatória, do qual transcrevo os seguintes excertos, *in verbis*:

"(...) Sabe do que está sendo acusado. Não foi sócio da empresa CM Construções Mecânicas. Trabalho na empresa desde sua fundação até fevereiro de 2005. *O interrogando era o administrador da empresa de acordo com as orientações do dono da empresa. O dono da empresa era Franco Strocchi, Franco morava na Itália e aparecia na empresa de três em três meses. Osmar coordenava a parte técnica e comercial da empresa. É verdade que a empresa deixou de recolher o INSS dos empregados em períodos de 2004 e 2005. Franco tinha ciência disso, pois o interrogando o mantinha informado diariamente por telefone e fax e enviava relatórios mensais. Reitera que Franco é quem determinava o que era e o que não era para ser feito na empresa. Os pagamentos do INSS dos empregados não foram feitos porque a empresa não tinha condições financeiras, reiterando que Franco tinha ciência disso.* Franco e Luigi tinham uma empresa na Itália que também fabricava moldes, lembrando que era cliente dessa empresa a Fiat. Franco queria manter bom relacionamento com a Fiat, inclusive aqui no Brasil. Em razão de tentar manter esse bom relacionamento com a Fiat, Franco e Luigi aceitaram, aqui no Brasil, vender moldes por valor inferior ao de mercado. Essas vendas por preço inferior ao de mercado começaram há sete anos atrás, aproximadamente. Com isso a empresa passou a apresentar perdas e prejuízos nos meses que se seguiram. Diante disso a empresa da Itália assumiria compromisso de cobrir as perdas da empresa aqui no Brasil, mas isso nunca ocorreu na prática. Com *isso, as dificuldades financeiras chegaram a um ponto que em 2004, aproximadamente, a empresa passou a não conseguir mais recolher as contribuições do INSS.* O interrogando reclamou várias vezes dessa situação, esclarecendo que a situação da empresa era insustentável, mas Franco e Luigi respondiam que a situação da empresa na Itália era pior e que era para a empresa no Brasil se virar sozinha. Mesmo o interrogando teve vários salários pessoais atrasados. A situação chegou a um ponto que em fevereiro de 2005 o interrogando foi "posto de lado" e não mais cuidou da administração. A partir daí Osmar passou a cuidar da administração da empresa. O interrogando sabia que a situação da empresa na Itália também não estava muito boa, mas não era tão ruim como falavam. O interrogando não tinha qualquer poder de mando sobre as negociações com a Fiat, sendo somente um empregado. Osmar passou a assumir o lugar do interrogando na administração em fevereiro de 2005, pois Osmar era tido como uma pessoa mais maleável e de maior aceitação das determinações vindas da Itália, *embora o interrogando saiba que Osmar também não tinha opção de aceitar ou não o que era determinado por Franco e Luigi Strocchi da Itália.* Observa que Luigi é primo de Franco. O que era fabricado

na Itália eram do mesmo tipo, mas não eram os mesmos moldes fabricados aqui no Brasil. O intuito de vender mais barato que o mercado no Brasil era o de agradar a Fiat para conseguir um tratamento prioritário da Fiat na Itália, lembrando que as empresas Strocchi não vendiam os moldes com prejuízo ou abaixo do preço na Itália. A empresa CM era uma empresa do Grupo Strocchi. Lembra que a Fiat exigiu que a Strocchi abrisse uma fábrica extra em Betim e isso foi aceito por Franco e Luigi, o que também gerou prejuízos à CM (....)". (destaquei).

Em que pese o apelante tenha negado a sua responsabilidade penal, atribuindo toda a responsabilidade pelo não repasse das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados a Giuseppe Mappelli, que era quem administrava a empresa em seu nome [tradução de seu interrogatório prestado por carta rogatória na Itália, juntado aos autos às (f.), realizado por tradutor juramentado – mídia de (f.)], no entanto, as provas coligidas nos autos apontam em sentido contrário e convergem para a conclusão de que o apelante, Franco Strocchi, era sim o responsável pelo recolhimento de contribuições previdenciárias, quando da prática delitiva, pois, além do interrogatório de Giuseppe, supratranscrito, encontram-se os depoimentos em juízo das testemunhas de defesa Roberta, Rinaldo, Luis e Edson [depoimentos gravados em mídia e transcritos no bojo dos autos às (f.), respectivamente], funcionários da empresa à época dos fatos, que vivenciavam o dia a dia da empresa, e que, de forma harmônica e uníssona, afirmaram que Franco era o proprietário da empresa, indicando, uma vez mais, que o apelante era quem efetivamente dirigia à empresa, mesmo que à distância, cabendo a Mappelli a gerência administrativa e financeira da empresa, porém, sob a supervisão, orientação e comando final do apelante.

Passo a transcrever excertos dos depoimentos desses empregados da empresa: Depoimento de Roberta Negri, *in verbis*:

"(...) Osmar era empregado da empresa e não proprietário. A pessoa responsável pela parte financeira da empresa era o senhor Mappelli. Era Mappelli quem determinava o recolhimento dos impostos. A depoente trabalhava no setor de engenharia. O proprietário da empresa era Franco Strock e a depoente o conhecia. E também era proprietário Luigi Strock. A empresa não tinha produto próprio, fabricava os produtos prestando serviços. A depoente não percebeu a perda de clientela durante o período no qual trabalhou ali. Os projetos dos trabalhos eram feitos por Osmar. Os cálculos dos valores a serem cobrados a testemunha não sabe. Não se recorda quando a empresa fechou as portas. A depoente deixou a empresa em dezembro de 2005. a testemunha não tem nenhuma reclamação de Franco, até porque não tinha quase nenhum contato com ele já que ele vinha muito pouco ao Brasil. Não tem nenhuma queixa contra Mappelli. (...) Era Osmar quem fechava os contratos com os clientes para a prestação de serviços. Não sabe qual era o tipo de contrato de Franco com os funcionários do Brasil. Eram clientes da empresa a Fiat e a Honda. Pelo que sabe os moldes não eram exportados. A depoente não sabe se

houve desentendimento entre Franco e Mappelli quando este deixou a empresa. Ouviu dizer que Franco possuía mais de uma empresa na Itália. Afirma que Osmar e Mappelli conversavam com a Itália quando havia necessidade de fixar ou abaixar o preço dos serviços.(...) (f.) (destaquei).

Depoimento de Rinaldo Guerra, *in verbis*:

"Osmar era responsável por todo o departamento técnico da empresa CM, da parte industrial. Pelo que sabe Osmar era empregado da empresa e não proprietário. O responsável pela parte financeira da empresa era o diretor financeiro de nome Mappelli. O depoente trabalhou dez anos na empresa. Itar funcionário do setor financeiro reportava-se diretamente ao senhor Mappelli. Os funcionários não tiveram conhecimento do enfraquecimento da saúde financeira da empresa porque nunca houve atraso de salários. O dono da empresa era uma pessoa de nome Franco. Franco vinha ao Brasil uma ou duas vezes ao ano. Era um patrão exigente. A empresa era prestadora de serviços. Em algumas épocas havia diminuição de clientes mas devidos a sazonalidade. Senhor Osmar era o responsável pela elaboração dos orçamentos.(...) Não sabe se o senhor Mappelli foi demitido ou pediu demissão. (...) O nome do dono da empresa CM era Franco Strock. Nas oportunidades em que Franco estava no Brasil todos os funcionários se reportavam a ele. O depoente saiu da empresa em novembro de 2005.(...)O depoente ingressou na empresa em outubro de 1995. durante os dez anos em que a testemunha trabalhou na empresa CM o senhor Mappelli exerceu o cargo de diretor financeiro. Osmar também durante os dez anos exerceu o cargo de responsável pela área industrial. Pelo que sabe quando Franco não estava no Brasil quem mandava na empresa era o senhor Mappelli. Também dava ordens fora da área financeira. (...) Luigi Strock era também sócio da empresa e havia um outro de nome Azola. O Sócio majoritário era Franco.(...)" (f.) (destaquei).

Depoimento de Luis Antônio da Silva, *in verbis*:

"(...) Osmar era responsável pela engenharia da CM. O conhece há vinte anos. Osmar era funcionário da empresa e não proprietário. O senhor Mappelli era responsável pelas finanças da empresa. Os proprietários da empresa eram Franco e Luigi, residentes na Itália. Os dois vinham ao Brasil numa média de duas vezes por ano e permaneciam por volta de 15 a 20 dias. Não sabe quem era o contador da empresa. A empresa era prestadora de serviços. (...) Só sabe que Mappelli desligou-se da empresa em 2005. (...) Luis ingressou na empresa em 1996 e saiu em dezembro de 2005. Osmar e Mappelli permaneceram nas mesmas funções por todos esses anos. Osmar responsável pela engenharia e Mappelli que era o principal diretor da empresa, mais o depoente não sabe qual é a sua função.(...)" (f.) (destaquei).

Legislação citada

- arts. 29, 71, 107, I, e 168-A do CP; e art. 386, IV, do CPP.

E por fim, transcrevo o depoimento de Edson de Fazio, *in verbis*:

"(...) Os responsáveis pela finanças da empresa eram o senhor Mappelli e o senhor Franco. Osmar era funcionário da empresa e não proprietário. O contador da empresa era Itar Miura. A empresa não tinha produto próprio era prestadora de serviços. O principal cliente da empresa era a Fiat. Como a Fiat não pagava em dia havia estremecimento da situação da empresa CM. A empresa não perdeu clientela. (...) O depoente saiu da CM em 2004. Ouviu dizer que Mappelli foi demitido. (...) Franco era dono de duas empresas na Itália, Comec e Cast Mecânica, em Rivoli. As duas empresas tinham a mesma área de atuação que a CM. Também prestavam serviços para a Fiat da Itália e Fiat Brasil. (...) Pelo que sabe as duas empresas na Itália vieram a falir. (...) Quando Franco e Luigi estavam no Brasil, Osmar, Mappelli e o depoente reportavam-se diretamente aos dois. Osmar e Mappelli questionavam os donos da empresa sobre essa operação Itália, Brasil, Fiat, mas 'morria ali'. Explica que isso quer dizer que não havia solução para o problema, ou seja, o dinheiro não vinha para o Brasil. (...) Em fevereiro de 2004 a empresa passava por muita dificuldade financeira, mas não atrasava o salário dos funcionários. O depoente sabe que impostos e fornecedores estavam com o pagamento atrasado. (...) As dificuldades financeiras pelas quais a empresa passou em 2004 era resultado do valor da hora de trabalho estipulado e pago pela Fiat." (f.) (destaquei).

E, como se não bastassem tais depoimentos, ainda a corroborar a inquestionável responsabilidade penal do réu, ora apelante, Franco Strocchi, consta nos autos o interrogatório do corréu Osmar do Amaral, também ex-funcionário da empresa, que foi absolvido pelo juiz sentenciante, pelo fato de sua atividade na empresa estar mais vinculada e centralizada na área técnica e não administrativa e financeira, tendo, no entanto, Osmar, como os demais empregados da empresa ouvidos em juízo, esclarecido que o poder de comando e de decisão na área administrativa e financeira da empresa cabia a Giuseppe Mappelli e ao apelante Franco Strocchi, sendo que este último como proprietário da empresa, dava sempre a última palavra sobre os rumos a serem tomados pela empresa, sobre os pagamentos a funcionários e fornecedores, bem como ao pagamento de débitos fiscais da empresa. E, em que pese Mappelli ter concentrado poderes a frente do comando e administração da empresa [conforme também demonstra email particular enviado pelo advogado da empresa, Ricardo Maia, ao réu Franco, encartado pela defesa aos autos às (f.)], em razão do apelante estar na maior parte do tempo ausente do nosso país por residir na Itália, é certo, também, que a Mappelli incumbia o encargo de prestar contas de suas atividades na empresa, bem como se submetia às ordens, a supervisão e a orientação do dono da empresa, o réu Franco, ora apelante, conforme afirmado pelo próprio Giuseppe Mappelli em seu interrogatório e pelos depoimentos dos demais funcionários da empresa, acima transcritos.

Confira-se o bastante esclarecedor interrogatório do corréu, Osmar do Amaral [mídia audiovisual encartada nos autos às (f.)] oferecido na fase judicial, ao qual

ora degravo e transcrevo os seguintes excertos, ao qual o interrogando veio informar o que segue:

"(...)

Réu: Eu fui contratado para ser um técnico, não tenho nenhuma formação administrativa ou financeira, sou zero neste assunto (...) Fiquei na empresa de 95 a 2005.

Juiz: quem fazia a parte gerencial, em termos financeiros da empresa?

Réu: era o Sr. Giuseppe Mappeli, já falecido, ele fazia toda a parte de compras, parte contábil, administração, financeira e pessoal, pessoal também era responsabilidade dele, eu não tinha responsabilidade sobre pessoas, só tinha sobre trabalho, a administração das pessoas também era com este senhor.

Juiz: E o Franco qual era a atividade dele na empresa?

Réu: O Franco era o dono, entendo que seria o empresário.

Juiz: E no dia a dia, o que ele fazia exatamente?

Réu: O Sr Franco era uma figura difícil, ele vinha para o Brasil duas vezes por ano. Quem tomava a frente de todos os negócios da empresa era o Sr. Giuseppe Mappelli, este ficava desde às 7:00 h da manhã até às 7:00 h da noite. *O Sr. Franco vinha esporadicamente fazer uma visita, uma vistoria, conversava mais com ele porque era o homem que estava envolvido financeiramente com a empresa e retornava para a Itália.* (...) Era muito bem separado, técnica de administração da empresa, nós não participávamos. Tanto era verdade, que um detalhe importante, os prédios eram separados também, a administração ficava num anexo e a fábrica e a engenharia noutro anexo. A gente praticamente não tinha acesso à administração.

Juiz: E o Sr. Giuseppe ele era sócio da empresa?

Réu: Eu penso que sim, ele tinha participação.

Juiz: O Sr. alguma vez recebeu alguma procuração para ter poderes na empresa?

Réu: Eu tinha poderes técnicos, né? Eu tinha autonomia da Itália pra responder tecnicamente, quando discutia projetos do cliente, eu tinha autonomia pra... só não podia 'fechar' valores.

Juiz: O Sr. era empregado da empresa? Réu: Eu fui empregado até... de 1995 a 1999, como técnico, depois passei a ser contratado, quando as pessoas são só consulente, consultor. (...)

Juiz: O Sr. afirmou que não prestava contas pro Sr. Giuseppe, então. O Sr. se reportava diretamente ao Sr. Franco?

Réu: Sem dúvida.

Juiz: Consta dos autos uma procuração que o senhor recebeu poderes como outorgado e diretamente do Sr. Franco e os poderes eram amplos aqui pra representar o Sr. Franco na qualidade de sócio, sócio-gerente, quotista, diretor, administrador (...) [passou o juiz a proceder à leitura do inteiro teor da procuração], ou seja, são

diversos aqui os poderes que foram atribuídos ao senhor na empresa, isto já no final, o Sr. diz em 2005. Porque exatamente o Sr. teria recebido esta procuração?

Réu: Eu acredito que 'pro forma', uma maneira de deixar um documento, quer queira quer não, era uma pessoa que já vinha doente, tinha dois câncer, ele vinha muito debilitado, talvez, foi uma preparação, alguma coisa deste nível, porque na verdade eu nunca fiz jus a este documento, jamais! Nunca vendi, nunca comprei, nunca fiz transação nenhuma na empresa.

Juiz: A contabilidade em si quem fazia?

Réu: Tinha um contador na empresa, mas o serviço era contratado fora.

Juiz: Era uma contabilidade externa?

Réu: Era.

Juiz: E quem lidava com a contabilidade no dia a dia?

Réu: Bem, eu conheci a pessoa, era um senhor que se chamava Itar. (...)

Juiz: Durante este tempo todo dos dez anos, o senhor exerceu a parte mais técnica, né?

Réu: Exatamente.

Juiz: Houve alguma alteração de suas funções na empresa, o senhor chegou a mudar de setor ou fazer alguma coisa diferente?

Réu: Sempre técnico, sempre. É a única coisa que sei fazer (...).

MP: Qual era a relação entre o Giuseppe e o Franco?

Réu: É difícil dizer porque a gente não participava diretamente das visitas e das reuniões deles, mas posso te dizer que não era amistosa não, talvez por causa dos números.

MP: o senhor tinha ciência dos débitos da empresa?

Réu: Nunca, eu nunca vi o caixa da empresa, nem nada. (...)

MP: O Sr. Mappelli prestava contas ao Franco?

Réu: Eu acredito que sim, pois, é como eu disse, quando ele estava em visita ficavam horas, dias fechados conversando, sabe como é italianos, ficavam discutindo [fez gestos insinuando que os dois se alteravam durante as discussões sobre a empresa].

MP: O Sr. sabe sobre as dificuldades econômicas da empresa? A empresa passou por dificuldades econômicas? Eles não mencionavam pra nós, nem pro pessoal da fábrica (...).

MP: Quem é Luigi Strocchi?

Réu: é um parente distante do Sr. Franco Strocchi, é um primo, não sei de que grau, mas um primo.

MP: O senhor sabe se ele tinha alguma relação com a empresa?

Réu: De sociedade não, mas ele era um técnico como eu, era a única pessoa que conversava comigo quando vinha para o Brasil. (...) O que era exatamente estas reuniões da empresa?

Réu: nunca ficou registrado, pra mim sempre foi falta de dinheiro. (...)

Defesa: Se o senhor Mappelli tinha uma procuração de amplos poderes para esta administração?

Réu: Desconheço.

Defesa: O senhor disse que volta e meia o senhor Franco vinha da Itália para que ele prestasse contas da administração. O que o senhor acha, ele prestava contas verdadeira para o senhor Franco, o Mappelli? O senhor Franco era enganado, ou o senhor Franco sabia de toda a situação da empresa?

Réu: Eu nunca fui chamado pra saber o resultado destas reuniões (...) Ele sempre disse [o Sr. Mappelli] não envolve o Osmar em nada, ele tem cabeça de técnico para resolver os problemas de técnico, então eu nunca fui envolvido (...).

Juiz: Esta solução de continuidade que houve na empresa, no interrogatório do Sr. Giuseppe, ele disse que em fevereiro de 2005, o mês é este, o senhor assumiu o lugar dele. A gente tá aqui trabalhando com fatos delitivos que começaram em 2004 e se estenderam até o final de 2005, então o senhor teria assumido a empresa justamente neste período. Quando o Sr. Giuseppe sai da empresa fica um vácuo e no depoimento dele causa a impressão de que o senhor assumiu, inclusive, as funções que ele exercia na parte financeira da empresa, foi isso que ele disse.

Réu: Eu não tenho competência pra isto doutor, se alguém me colocasse a força lá eu avisaria.

Juiz: Se o senhor não assumiu, quem passou a exercer esta função?

Réu: Foram as duas meninas que já trabalhavam lá naquela oportunidade que estudaram, tinham conhecimento de administração, começaram a tocar a empresa, o único departamento que funcionava a partir deste momento era contas a pagar.

Juiz: E essas meninas seriam quem?

Réu: já eram funcionárias de lá.

Juiz: Eu sei, mas qual era o nome delas?

Réu: (...) Roberta, que eu coloquei... era secretária de engenharia e passei para a administração para poder fazer 'rodar' a empresa com relação a estes documentos, fiquei sabendo, fiz entrevista com ela, que ela tinha curso de administração de empresas (...)

Juiz: Tá. E quando o senhor passou a exercer esta função o senhor prestava contas para o Sr. Franco ou para o Sr. Giuseppe?

Réu: Pro senhor Franco.

Juiz: Diretamente pro Sr. Franco?

Réu: No dia a dia sim.

Juiz: E as contas que chegavam no final do mês para pagamentos de impostos etc., quem assumia?

Réu: Esta pessoa vinha comigo e oh! Temos contas a pagar. E aí eu liberava. Esta pessoa de contas a pagar continua na empresa, fazia notas, pagava, ia no banco, tinha uma pessoa que era funcionária do Sr. Mappelli que deu continuidade a isto. E tinha uma pessoa, uma moça da engenharia, a Sra. Roberta, que foi pra lá pra ajudar na parte de cotação [interrompido pelo juiz].

Juiz: O senhor alterou alguma coisa em termos de salários neste período?

Réu: De ninguém.

Juiz: O seu salário aumentou?

Réu: Não, fiquei todo este ano sem receber, fui recebendo depois aos poucos quando entrava algum dinheiro, fazia alguma liberação pra mim. (...)

Juiz: O Sr. Franco recebia todo mês, '*pro labore*'?

Réu: Nunca recebeu um tostão da empresa.(...)

Juiz: Nesta minuta que o senhor juntou, ora apresentada desta comissão da empresa, o senhor aparece como representante da empresa, parecendo que seria mesmo um representante patronal da empresa com relação aos empregados, né? Qual foi exatamente o seu papel nesta fase aqui, em janeiro de 2006, o senhor que decidiu quais bens iriam ser vendidos da empresa, o senhor recebia ordens de alguém?

Réu: Recebi ordens do Sr. Franco Strocchi, ele me autorizou: 'olha vende os bens', e não fui eu quem vendi, isto é um detalhe importante, coloca os bens à disposição para pagar a rescisão e os salários dos funcionários, mas naquele momento a comissão entrou na minha sala e falou: 'Seu Osmar, nós vamos cuidar disto, o senhor cuida de colocar serviço aqui dentro, vamos continuar trabalhando, vamos dar este apoio pro senhor, mas quem vai cuidar dos funcionários somos nós perante o sindicato'. (...)

Juiz: E quem representava a empresa?

Réu: Tinha esta comissão de fábrica e no meio desta comissão tinha o advogado que era funcionário da empresa. (...)

Juiz: O senhor sabia que tinha débitos na empresa nesta época, débitos, eu digo fiscais, né?

Réu: A partir de março de 2005, sim, o que foi uma grande surpresa, tanto é verdade que eu comentei com este Dr. Maia, falei: 'vamos continuar pagando'. Pagamos mais alguns meses, depois não tínhamos condições de pagar mais.

Juiz: Tá certo.

Juiz: Mais alguma pergunta? MP, doutor?

Defesa: Eu só queria acrescentar, Excelência que o fato dele constar no contrato, isto era 'pro forma', porque ele não fazia nada sem ordem do Sr. Franco.

Juiz: Mais alguma pergunta?

MP e defesa: Não.

Juiz: Então está ótimo. Está encerrado o interrogatório" (destaquei).

Assim sendo, a autoria delitiva está cabalmente demonstrada, estando a versão exculpatória do réu, ora apelante, Franco Strocchi [tradução do interrogatório, realizado pela Justiça italiana – via carta rogatória, por tradutor nomeado pelo juízo – tradução em mídia eletrônica encartada às (f.)], no sentido de que a decisão de não repassar as contribuições previdenciárias dos valores descontados dos empregados da empresa em detrimento do INSS não foi sua, e sim de seu patrício e gerente da empresa, Giuseppe Mappelli, a quem delegava poderes de gerência e administração, confiando-lhe os pagamentos dos funcionários e encargos tributários da empresa, resta insulada nos autos, e, portanto, não merece guarida, haja vista que o apelante Franco tinha o dever legal de proceder aos recolhimentos das contribuições previdenciárias, descontadas das folhas de pagamento dos funcionários e nas notas fiscais de serviços, pois figura como um dos sócios instituidores e o principal administrador da empresa, tendo ele pleno poderes de mando e comando da empresa, mesmo à distância, coordenando e dando ordens a que todos os funcionários se submetiam, inclusive, Mappelli e Osmar, quando de suas visitas periódicas ao Brasil.

É certo também que Mappelli [responsável pela área administrativa e financeira da empresa] e Osmar [responsável pela área técnica da empresa] reportavam-se diretamente a ele, e como já dito, se submetiam às suas ordens, conforme demonstram os depoimentos supratranscritos e o Contrato Social da empresa e posteriores alterações (f.), tendo o apelante, ao contrário do que alegou a defesa em suas razões de apelo e em suas alegações finais de (f.), ao qual se reporta, plena consciência e conhecimento da conduta criminosa praticada, sendo que todas as decisões tomadas no âmbito administrativo, fiscal e financeiro da empresa, eram submetidos a sua consulta e anuência; ainda que não praticasse os atos gerenciais diretamente, detinha o poder final dos atos decisórios [teoria do domínio do fato], tendo controle e conhecimento do rumo e das decisões tomadas na empresa, não sendo caso de responsabilidade penal objetiva.

Quanto à afirmação de atipicidade da conduta por ausência de dolo na conduta do réu, não tendo o propósito de se apropriar das quantias, bem como a de que não obteve qualquer vantagem ou benefício com a conduta, nenhuma guarida merecem tais alegações.

Com efeito, a conduta típica prevista no art. 168-A do CP, tem natureza formal e se consuma quando o agente deixa de recolher, na época própria, os valores das contribuições previdenciárias descontados de seus empregados, ou seja, trata-se de crime omissivo próprio. Assim, para a configuração do delito, basta que ele não recolha as importâncias retidas dos empregados, que deveriam ser repassadas ao órgão previdenciário, o que foi devidamente comprovado nos autos.

Cumpre esclarecer que, tendo deixado de recolher referidas contribuições, incorreu o apelante nas penas cominadas para o crime previsto no artigo em questão, sendo certo que a prova do desconto das contribuições está evidente nas folhas de pagamento dos empregados constantes da Representação Fiscal para Fins Penais.

Além disso, não possui nenhuma relevância jurídica o fato de o apelante não ter tomado em proveito próprio o numerário devido à autarquia, eis que mero exaurimento do crime, não sendo exigida a presença do *animus rem sibi habendi* para a caracterização do delito.

Neste passo, provadas a autoria e a materialidade do delito, a manutenção da condenação do apelante é medida que se impõe.

Diante do exposto, nego provimento à apelação do réu Franco Strocchi, mantendo a decisão de primeiro grau.

É como voto.

RAMZA TARTUCE, relatora.

B) COMENTÁRIO

1. INTRODUÇÃO

A grande repercussão originada pelo julgamento da APn 470 pelo STF (conhecida como "caso do mensalão") criou no imaginário popular brasileiro a ideia de que a punição dos responsáveis pelas organizações política, financeira e empresarial pelos crimes praticados por seus subordinados seria possível somente a partir da utilização da "inédita" teoria do domínio do fato.[1]

Não apenas não é esse o caso, como requer especial atenção a utilização dessa teoria pela jurisprudência, especialmente problemática em razão da falta de clareza no uso dos conceitos "autoria" e "domínio do fato", com a consequência de certa confusão entre o objeto de imputação e as regras utilizadas para tal.

1. Claro nesse sentido o artigo publicado no *Jornal Valor Econômico* em 24.09.2012: "Tese que permitiria condenar Dirceu é inédita no Supremo".

2. A DECISÃO DO TRIBUNAL

2.1 Apresentação do caso

O réu S. figurava como sócio de uma sociedade limitada que, no período de 03/2004 a 12/2005, deixou de repassar à Previdência Social as contribuições sociais descontadas da folha de pagamentos dos empregados da empresa, assim como as contribuições retidas dos valores destacados nas notas fiscais de prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra.

A função exata desempenhada pelo réu na empresa não fica clara no acórdão. O contrato social aponta a qualidade de sócio-administrador. Posteriormente, porém, realizou-se um aditamento no contrato para a nomeação do corréu M. como administrador da empresa, exatamente no período que coincide com o início da apropriação indébita previdenciária. De acordo com a alegação da defesa, S. delegara poderes de representação ao corréu M. por meio de procuração, uma vez que não residia no Brasil.

Essa divisão de tarefas serve de fundamento às razões de apelação da defesa. A responsabilidade pelos repasses à Previdência Social – e, portanto, o "domínio do fato", em suas palavras – incumbiria a M. e não a S., que apenas tomava conhecimento à distância de questões gerais da empresa.

2.2 Argumentos do tribunal para a manutenção da sentença condenatória

O questionamento colocado pela defesa encerra menos uma questão de fato que de direito. Apesar disso, o voto seguido pela quinta turma do TRF da 3.ª Região passa rápido demais pela questão jurídica debatida e analisa a existência da autoria delitiva essencialmente sob o aspecto probatório, buscando elementos que comprovem o "domínio do fato" pelo réu. Contudo, a invocação da teoria do domínio do fato obscurece os fundamentos legais da condenação.

Os requisitos necessários para que uma pessoa possa ser considerada autora do crime de apropriação indébita previdenciária são estabelecidos pelo art. 168-A, CP. De acordo com o primeiro inciso do parágrafo primeiro do dispositivo, comete o crime de apropriação indébita previdenciária quem "deixa de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público."

Tal formulação é elíptica: o fato de eu "omitir" o repasse de contribuições sociais arrecadadas pela empresa do meu vizinho não me torna autora do art.

168-A, § 1.°, I, CP, ainda que eu tenha condições físicas suficientes para realizar tal repasse. A omissão jurídico-penalmente relevante do art. 168-A, § 1.°, I, do CP, pressupõe obviamente a existência de um dever anteriormente constituído de realizar tais repasses à Previdência Social. É justamente esse dever que nega a defesa com a alegação de que a função administrativa de repassar as contribuições descontadas à Previdência incumbia ao corréu M. O argumento da falta de domínio do fato aqui apresentado diz respeito, portanto, à inexistência de um elemento objetivo do tipo, necessário para a subsunção do comportamento à previsão do art. 168-A, § 1.°, I, CP.

O acórdão, pelo contrário, considera presente o dever de realizar o repasse em razão da posição de sócio-gerente ocupada por S. No entanto, como não quisesse derivar da simples condição de sócio a responsabilidade penal do réu, o tribunal busca comprovar a existência do domínio do fato pelo mesmo em um sentido diverso daquele questionado pela defesa. A partir da análise das provas testemunhais, o domínio do fato agora tem por base a constatação de que S. exercia uma participação ativa na coordenação das atividades administrativas da empresa, uma vez que possuía, mesmo à distância, controle e conhecimento das decisões ali tomadas.

A argumentação do tribunal é contraditória. Pois se a condição de sócio-gerente fundamentasse realmente o dever de realizar o repasse, como considerara inicialmente, então teríamos que admitir a conclusão de que, desde a fundação da empresa, o réu poderia ter cometido o art. 168-A, § 1.°, I, CP ao menos na forma tentada, caso se verificasse que ele, da Itália, não tivesse tomado as providências necessárias a cada período para se assegurar de que o repasse seria feito antes do vencimento do prazo. O fato de que diversas vezes os tributos foram efetivamente recolhidos não descaracterizaria sua autoria, apenas teria impedido a consumação do crime. A partir dessa premissa, portanto, a condenação não depende da comprovação do exercício efetivo da coordenação da atividade empresarial, mas de sua inexistência.

Para que se justifique a revisão probatória do TRF da 3.ª Região, que se alinha com a vasta jurisprudência que se opõe à concepção de que a simples participação societária seria suficiente para a denúncia por crimes praticados no âmbito empresarial,[2] é imprescindível o esclarecimento dos pressupostos do art. 168-A, § 1.°, I, CP. O recurso à teoria do domínio do fato não contribui à solução do verdadeiro problema a ser tratado: o tribunal demonstrou, sem

2. Emblemático, STF, MC no HC 105953/SP, j. 05.11.2010, rel. Min. Celso de Mello.

dúvida, o domínio sobre a atividade empresarial; estamos diante, todavia, da necessidade de imputação de uma conduta criminosa.[3]

3. A AUTORIA DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Inicialmente, cabe uma consideração sobre a natureza do crime de apropriação indébita previdenciária, uma vez que não raras vezes os delitos tributários são classificados como delitos especiais,[4] os quais se caracterizam por uma restrição do círculo de destinatários da norma penal.[5] Não é esse o caso do dispositivo em questão, que não faz depender a autoria de qualquer qualificação especial do agente, nem faz referencia expressa ao exercício de funções sociais específicas.[6]

Como foi observado acima, no entanto, o art. 168-A, § 1.º, I, CP apenas faz sentido se for lido como a omissão de quem, *tendo a obrigação de fazê-lo*, deixa de repassar à previdência social as contribuições descontadas dos contribuintes. Algumas observações devem ser feitas quanto à delimitação dessa obrigação.

Na doutrina brasileira, o sujeito ativo do crime de apropriação indébita previdenciária é definido como o substituto ou responsável tributário.[7] É uma

3. A confusão entre o domínio "do fato" e o "domínio" da atividade empresarial não é exclusividade da jurisprudência brasileira. Cf. a crítica de RANSIEK, Andreas. *Unternehmensstrafrecht – Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*. Heidelberg: Müller, 1995. p. 43, ao BGH no caso Lederspray.

4. Alternativamente são apresentadas exceções de crimes comuns. Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (org.). *Leis penais especiais e sua interpretação judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 1, p. 609; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 271.

5. Vide a respeito, MAÑALICH, Juan Pablo. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. *Política criminal*. vol. 7. n. 14. p. 358, 363. Dez. 2012. Disponível em: [www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A4.pdf]. Acesso em: 28.02.2013.

6. Sobre a diferenciação entre status social e funções da atividade dentro da empresa como técnicas legislativas, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. vol. 41. p. 542, 1988,

7. Cf. DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 386; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 772 e ss.

definição que não diz tudo. Isso fica claro diante das dificuldades de se transferir simplesmente o conceito do direito tributário para o direito penal.

Estabelecesse a legislação que cria a tarefa de arrecadação o fundamento único do dever pressuposto pelo tipo de repassar as contribuições sociais à previdência, então bastaria que o contribuinte prestasse o serviço à pessoa jurídica para que não houvesse o crime do art. 168-A, CP, uma vez que a obrigação de arrecadar e recolher as contribuições devidas por seus empregados à seguridade social não recai sobre os sócios e sim sobre as empresas[8] – e estas não são responsabilizadas penalmente no âmbito dos crimes tributários.[9]

Sobretudo no que diz respeito a uma empresa com personalidade jurídica própria e separação patrimonial, os sócios e administradores não podem ser automaticamente considerados responsáveis por tributos que recaem em seu nome. O CTN estabelece nos arts. 128 a 138 as condições para tanto. Sendo assim, quanto à responsabilidade pessoal do sócio, administrador, mandatário, preposto ou empregado por atos praticados com excesso de poderes ou em infração de lei, contrato ou estatuto (art. 135, CTN), não fica clara a razão pela qual a responsabilidade penal do agente devesse depender do desrespeito a normas de direito privado. Nas hipóteses de responsabilidade pessoal por infrações de normas tributárias ou penais (arts. 136 e 137, CTN), a argumentação acaba sendo circular.

Antes disso, é questionável a afirmação de que no caso das contribuições sociais a empresa figuraria como responsável tributário. Como pondera Schoueri, se a empresa fosse responsável pela contribuição social devida por seus empregados, a obrigação recairia em seu próprio nome, o que, juridicamente, caracterizaria o não repasse das contribuições como simples falta de pagamento. Nessa hipótese, o art. 168-A, CP significaria uma incriminação pela mera existência da dívida tributária, o que seria inaceitável. Para que se possa falar genuinamente em apropriação dessas contribuições é preciso ter-se em mente que o papel desempenhado pela empresa limita-se exclusivamente à tarefa de arrecadação do tributo em lugar do estado, que lhe confia o recebimento dos valores devidos pelos contribuintes.[10]

Em suma: o art. 168-A, CP não pode ser compreendido como uma omissão de quem possui a tarefa criada pela legislação tributária de realizar tais repas-

---

8. Por força do art. 216, I, *a*, *b*, c/c art. 12 do Dec. 3.048/1999.

9. A respeito da previsão do art. 173, § 5.°, da CF, como guarida de seu estabelecimento, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 122 e ss.

10. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário.* São Paulo: Saraiva, 2011. p. 703 e s.

ses, mas de quem se encontra na posição fático-institucional de cumprir essa obrigação. A principal relação que se estabelece com a figura do responsável tributário mencionado pela doutrina é a consideração da necessidade da divisão de competências dentro da empresa, com a respectiva relação de confiança que dela se deriva, para que seja possível a realização da atividade como um todo, inclusive o cumprimento de obrigações a ela vinculadas.

A definição dos deveres de realizar medidas positivas para cumprir as obrigações da empresa depende da análise do conjunto de instituições do direito privado que incidem na situação concreta. As formas de atuação em nome da empresa não se restringem aos órgãos de formação e expressão de vontade constituídos por meio do contrato ou estatuto da pessoa jurídica, mas incluem também a delegação, formal ou informal, de atribuições a empregados ou terceiros.[11]

A importância dessa análise para a realização típica do art. 168-A, § 1.º, I, CP, reside no fato de que, em princípio, apenas quem possui a competência para dispor desses valores é que tem em mãos a possibilidade de realizar a sua apropriação, para si ou para a empresa. Sendo essa competência exclusiva do administrador, o sócio depende de uma decisão sua para que o resultado possa ocorrer. Assim, caso o administrador se negue a deixar de repassar os valores, transferindo-os como a lei estabelece, o sócio terá que se socorrer de meios jurídicos para que a apropriação indébita tenha lugar, por exemplo, destituindo o administrador de sua função.

Por tratar-se de um delito comum, tais considerações não excluem a possibilidade de que a pessoa responsável pela disposição patrimonial seja utilizada como instrumento: é essa a razão pela qual se admite igualmente que o contador seja autor do delito tributário quando realiza uma "fraude" contra o administrador da empresa.[12]

Com isso, ganha-se um argumento para refutar-se a vinculação automática entre a falta de repasse do tributo e a autoria de todos que aparecem no contrato social. Logo, a defesa é correta e consequente ao negar a autoria delitiva sob a alegação de que não cabia ao réu a decisão de recolher ou não os

11. Sobre as diversas possibilidades de atuação em nome da pessoa jurídica, cf. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et al. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro. *Revista Jurídica*. p. 34, jun.-set. 2009.

12. EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 140, fala em estelionato contra o responsável tributário, o que não seria necessariamente o caso quando se considera a questão sob a perspectiva do dano patrimonial do mesmo.

valores arrecadados (isto é, desde que verdadeira a afirmação de que esta seria uma atribuição do corréu M. na administração da atividade empresarial). O acórdão não traz maiores considerações sobre a divisão de tarefas dentro da empresa. Mas o fato de que S. morava no exterior e de que M. fora apontado pelos funcionários como responsável pelo setor financeiro demonstram que, se S. exercia atividades de administração, muito provavelmente o repasse das contribuições não era parte de sua competência.

A punibilidade de S. por autoria do art. 168-A, § 1.º, I, CP fica excluída nesse primeiro momento.

4. AUTORIA MEDIATA POR DOMÍNIO DO FATO?

Diante dessa perspectiva, passa a fazer sentido a indagação sobre um "domínio do fato" nos termos colocados pelo tribunal. O réu, apesar de não realizar diretamente o crime de apropriação indébita previdenciária, poderia figurar como o autor mediato por trás da ação criminosa praticada por outrem.

Duvidosa é a consideração da autoria mediata sob um ponto de vista interno da própria teoria do domínio do fato. Os desenvolvimentos realizados por Roxin na década de 1960 não tinham em vista o contexto delitivo empresarial. Nessa época o autor opunha-se à teoria subjetiva, utilizada em casos emblemáticos para atribuir a autoria delitiva a agentes que em princípio seriam somente instigadores. De acordo com Roxin, a teoria subjetiva teria intuitivamente oferecido uma solução correta quanto ao resultado, mas pelas razões erradas.[13]

Em consonância com a proposta metodológica que marca sua obra,[14] Roxin demonstra, a partir da análise da estrutura de um aparelho organizado de poder, o que seria a peculiaridade objetiva da relação estabelecida entre os agen-

13. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter, 2006. p. 244.

14. Em sua *Habilitation*, o autor afirma a necessidade de uma síntese entre duas metodologias contrapostas: de um lado, métodos valorativos que embasaram o neokantismo no direito penal, de outro, os métodos de cunho ontológico, que inspiraram o finalismo (idem, p. 19 e ss.). Em conclusão, define como fio condutor da determinação do conceito de autor a concepção de que este "é a figura central do acontecimento delitivo", fórmula aberta que tem por objetivo considerar as relações de sentido pré-jurídicas e cujo conteúdo deve ser definido posteriormente, conforme os valores do legislador, a estrutura do comportamento e os tipos da parte especial (p. 25 e ss.). Sua orientação teleológica assim compreendida manteve-se no tratamento posteriormente dado ao tema. Cf. nesse sentido, ROXIN, Claus. Organisationherrschaft und Tatentschlossenheit. In: HOYER, Andreas (org.). *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, 2006. p. 398.

tes que permitiria excepcionalmente diferenciar tais casos dos demais de instigação. Esta seria a fungibilidade do executor, o qual, sob a perspectiva do autor mediato, não aparece como indivíduo livre e responsável, mas como "peça de uma engrenagem complexa que pode ser substituída a qualquer momento".[15] Condição para isso é a circunstância de que a estrutura funcione como um todo de forma apartada da ordem jurídica existente, pois apenas nesses casos as ordens emitidas com vistas ao cometimento de crimes apareceriam como um fato natural para todos os membros da organização, os quais, por essa razão, não irão questionar ou se opor a tais ordens.[16]

A ambos os critérios, vale dizer, a fungibilidade do indivíduo e a desvinculação da organização à ordem jurídica, adicionou-se a consideração de que tais realidades devem ainda ser caracterizadas por fatores criminógenos típicos da convivência dentro da organização (disposição organizacional ao fato) para que se possa realmente dizer que o homem da frente atua como parte de um instrumento maior, a própria organização. Esse conjunto asseguraria ao homem de trás, nas palavras de Roxin, a grande probabilidade de ocorrência do resultado, de tal sorte que se poderia mesmo falar de um domínio do resultado.[17]

Tal posicionamento, embora amplie a figura da autoria mediata a casos tratados tradicionalmente sob a rubrica da instigação, pode ser considerado restritivo diante do desenvolvimento ocorrido na teoria do concurso de pessoas nas últimas décadas na doutrina e na jurisprudência alemãs, especialmente no que respeita os crimes praticados no âmbito empresarial.[18] A utilização indiscriminada do conceito de domínio do fato faz-se igualmente presente no Brasil, do que dá mostras o atual projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012)[19] e uma jurisprudência que, ao lidar com a realidade empresarial brasileira, faz emprego da concepção do domínio por organização em casos relativamente simples, como pequenas sociedades familiares.[20]

---

15. ROXIN, *Täterschaft*... cit., p. 245.
16. Idem, p. 249.
17. ROXIN, *Organisationherrschaft*... cit., p. 392, 397 e ss.
18. Cf. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2011. § 39, Rn. 35; ROTSCH, Thomas. Der ökonomische Täterbegriff – Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik. *ZIS*, p. 262 e s., 2007.
19. A esse respeito, CAMARGO, Beatriz Corrêa. O concurso de pessoas na reforma do Código Penal. *Boletim IBCCRIM*. n. 241. p. 13, dez. 2012.
20. Recentemente, STJ, REsp. 1.084.959/SC, j. 11.10.2012, rel. Min. Laurita Vaz.

A popularidade que a figura da autoria mediata encontrou no direito penal econômico não surpreende. No plano meramente fático, a analogia não é feita com a realidade do aparelho governamental de um estado autoritário, mas de uma organização criminosa. Como aponta Ransiek, a metáfora da organização como instrumento não se ajusta perfeitamente nesse caso, a despeito de seu rompimento com ordem jurídica. Os subordinados que executam os crimes tanto são necessários, quanto têm a alternativa, em um estado de direito, de não fazerem mais parte da organização criminosa. Se a autoria decorre do fato social da divisão de poder, então não haveria nada que impeça a transposição desse modelo para a realidade da organização empresarial.[21] No plano teórico, a quebra de sistematicidade que se opera com essa categoria não encontra razões para se restringir a uma constelação de casos e não a outra.

Fundamental é não perder de vista que, juridicamente,[22] o cerne da responsabilização pelo que assim se denomina "autoria mediata" deve ser idêntico ao da instigação (o que pressupõe igualmente a teoria do domínio do fato). É preciso um comportamento anterior do agente que explique a atuação criminosa do autor imediato – neste caso, uma ordem, uma promessa ou uma ameaça. Mas nem a prova dos autos, nem a argumentação do tribunal no sentido de que, mesmo à distância, o réu possuía plenos poderes de mando na empresa, demonstram o necessário, isto é, que tenha havido uma ordem dirigida a M. com o conteúdo de não repassar as contribuições recolhidas à Previdência.

5. Omissão contrária ao dever de garante

O fato de que o réu não deva ser responsabilizado nem pela autoria imediata do art. 168-A, § 1.°, I, CP, nem por sua instigação, não significa que não possa ser averiguada sua punibilidade na forma de autoria por omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2.°, CP.[23]

---

21. Ransiek, Andreas. Op. cit., p. 48 e s.

22. Esclarecedor, Mañalich, Juan Pablo. La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho*. n. XXXIV. p. 385 e ss. 2010, Disponível em: [http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=173616611011]. Acesso em: 28.02.2013.

23. Sobre a concepção de que existiria uma "acessoriedade" da omissão imprópria com relação ao domínio do autor do crime vide a crítica de Haas, Volker. Die Beteiligung durch Unterlassen. *ZIS*. p. 393 e ss., 2011.

Embora não reine maior consenso sobre os fundamentos e os limites da posição de garante do dono do negócio e do administrador da empresa,[24] a existência de deveres de garantia derivados da realização da atividade empresarial não deve ser desconsiderada. Sua importância mostra-se notadamente diante da tendência presente na jurisprudência em análise no sentido de se ofuscar os limites estabelecidos pelo tipo penal perante a necessidade de não deixar sem resposta situações cuja relevância penal parece ser latente.[25]

Dogmaticamente, a posição de garante dos órgãos de direção é construída na forma de um dever de vigilância sobre os riscos emanados da própria atividade, nos termos de um domínio institucional sobre a causa do resultado.[26] Ainda que o resultado seja produto de uma atividade criminosa dentro da empresa, deve ser observado que a afirmação de um dever de vigilância sobre a atuação dos empregados não é idêntica à compreensão de que estes representariam uma fonte permanente de perigo ou que haveria um dever de garantia dos órgãos empresariais acerca de todos e quaisquer crimes que venham a ocorrer.[27] Especial relevância possuem aqui as regras de direito societário na determinação do âmbito da garantia assumida com a função.[28]

No caso em questão, há que se indagar se a participação societária não fundamentaria um dever do réu de impedir as apropriações praticadas pelo administrador da empresa. Favorável a respeito é a consideração de que apenas com a formação da organização empresarial é que se cria o espaço para o trato e o manuseio de dinheiro público, espaço esse relativamente fechado

24. Cf. CAVERO, Percy García. La imputación jurídico-penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa, p. 6 e ss. Disponível em: [www.ciidpe.com.ar]. Acesso em: 28.02.2013.

25. Nesse sentido a argumentação de SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 533, sobre a necessidade político-criminal de uma definição da omissão imprópria do superior no tratamento da criminalidade empresarial, especialmente diante do distanciamento entre o poder de decisão e a execução de tarefas.

26. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 536 e s.; RANSIEK, Andreas. Op. cit., p. 34 e ss., 40 e s.; SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Die strafrechtiliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane*. In: SCHÜNEMANN, Bernd; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (orgs.). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln: Carl Heymanns, 1995. p. 315.

27. Críticos a respeito, KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., § 36, Rn. 63; STEIN, Ulrich; RUDOLPHI, Hans-Joachim, comentário ao § 13 StGB. In: WOLTER, Jürgen (org.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Köln: Heymanns, 2012. § 13, Rn. 35 e ss.

28. KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., § 36, Rn. 63.

em torno de seus integrantes - apenas aos sócios incumbem os poderes de designar e destituir os administradores.[29] Latente se faz ainda o art. 30 da Lei 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e poderia igualmente ser invocada como fundamento do dever de proteção dos valores públicos.

A aceitação dessa tese tem por consequência o fato de que a proximidade do sócio com a administração da empresa não constitui um elemento necessário para a existência da posição de garante, mas somente um indício relevante para a imputação subjetiva do fato. Em outras palavras, o simples desinteresse de quem figura "apenas formalmente" como sócio não teria o poder de excluir sua posição de garante. Sua distância da vida empresarial apontaria para o fato de que não estava ciente das circunstâncias fáticas que o obrigariam a evitar o resultado,[30] o que nessa hipótese exclui a imputação por dolo e, consequentemente, sua autoria pelo art. 13 c/c art. 168-A, § 1.º, I, CP. Ao contrário, a omissão dolosa sucederia sempre que o sócio ausente tivesse conhecimento da atividade criminosa, porém não tomasse as medidas necessárias para evitar sua continuidade.[31]

A demonstração de que o réu tinha conhecimento das apropriações indébitas pode ser inferida da comprovação de que estava a par das dificuldades financeiras da empresa, o que deveria ter ocorrido o mais tardar com a aprovação das contas da administração, supondo-se a inexistência de fraude por parte do administrador.

No entanto, não se pode esquecer que atos como a aprovação de contas pelos sócios constituem a realização positiva de uma condição necessária para a atuação delitiva do administrador, podendo vir a configurar auxílio ao crime, a ser considerado independentemente da aceitação ou não da existência de uma posição de garante pelo dono da empresa.

---

29. No caso das sociedades limitadas em razão do art. 1.071, CC.

30. A construção da omissão culposa depende, por sua vez, da comprovação de que o garante, com a atenção exigida, pudesse e devesse ter reconhecido que estavam presentes as circunstâncias fáticas que o obrigariam a evitar o resultado. Cf. KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., § 36, Rn. 36.

31. Sobre a relevância de considerar-se as regras da sociedade empresarial na definição dos limites da ação concreta devida para a evitação do resultado a partir do exemplo da divisão de responsabilidade por medidas de precaução dentro da empresa, vide BÖSE, Martin. *Die gesellschaftsrechtlichen Regeln über die Geschäftsführung als Grenze von Garantenpflichten am Beispiel der strafrechtlichen Produktverantwortung*. In: WISTRA, 2005, p. 41 e ss.

6. CONCLUSÃO

A relevância da diferenciação entre os tipos de imputação já desde a fase do inquérito e a sua delimitação na denúncia de acordo com o conjunto indiciário adquirido não constitui nenhuma novidade. Também eles definem os fatos que podem e devem ser provados ao longo do processo judicial, não podendo ser considerados apenas no momento da decisão pelo juiz, segundo aquilo que mais ou menos se conseguiu comprovar em relação a alguém que participava da atividade empresarial.

Repete-se aqui o apelo feito por Silveira quanto à responsabilidade de se utilizar o arsenal dogmático existente, tendose em vista o dia de amanhã.[32]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A aplicabilidade da regra de extinção da punibilidade pelo pagamento do chamado refis II para os crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 5, p. 729; e
- Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP – Aspectos gerais, de Heloisa Estellita Salomão, *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social*, organizada por Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 5, p. 1305.

---

32. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do domínio do fato e os crimes do poder. *Valor Econômico*, São Paulo, 05.10.2012; A Ação Penal n. 470 e a teoria do domínio do fato. *Valor Econômico*, São Paulo, 27.09.2012.