REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 101 • mar.-abr. / 2013

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 101 • mar.-abr. / 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, Fernanda Emy Matsuda, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Giovani Agostini Saavedra, Helena Regina Lobo da Costa, João Daniel Rassi, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Juliana Garcia Belloque, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Lopes, Marina Pinhão Coelho Araujo, Marta Machado, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Sánchez Rios, Sérgio Salomão Shecaira 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 Gímenez-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

62812

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 101 • mar.-abr. / 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. 101 • mar.-abr. / 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
Visite nosso site
www.rt.com.br
aval.artigo@thomsonreuters.com

Impresso no Brasil: [03-2013]
Profissional
Fechamento desta edição: [20.03.2013]

EDITORA AFILIADA



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

Baletim
Rogério FernandoTaffarello

Comunicação e Marketing
Cristiano Avila Maronna

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 Internacianais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Heloisa Estellita

Revista Liberdades
Alexis Couto de Brito

Tribuna Virtual
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 Especiais

17.º Concurso de Monografias
Fernanda Regina Vilares

19.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Cursos com a Universidade de Coimbra
Ana Lúcia Menezes Vieira

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 21 • vol. 101 • mar.-abr. / 2013

Diretora Responsável
Giselle Tapai

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
Juliana Mayumi Ono

Equipe de Conteúdo Editorial: Bruna Schlindwein Zeni, Elisabeth Bianchi, Flávio Viana Filho, Henderson Fürst, 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: Bruna Svetlic, Caroline Neves da Silva, Diego Garcia Mendonça, Fernando Cavazani Damico, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Renor Oliver Filho

Assistente Editorial: Bruno Augusto Santos Copassi

Capa: Chrisley Figueiredo

Coordenação Administrativa
Renata Costa Palma e Rosangela Maria dos Santos

Assistentes: Cibele Souza Mendes, Karla Capelas e Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Caardenação
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. Il processo penale come scriminante
   DANIELE NEGRI 13
2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español
   JOSÉ LUIS DE LA CUESTA 51
3. Direito penal e emoções: a influência da personalidade na formação da culpa jurídico-penal
   ANDRÉ MAURO LACERDA AZEVEDO 97

DIREITO PENAL ECONÔMICO

1. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas
   THIAGO BOTTINO 125

PROCESSO PENAL

1. Acesso à Justiça penal: desigualdade e garantismo
   FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS 157
2. O transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva na sentença penal condenatória
   MOACYR PETROCELLI DE ÁVILA RIBEIRO 181
3. Delação premiada e idoneidade probatória
   TIAGO CINTRA ESSADO 203
4. A propósito da chamada "tortura salvadora": outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova?
   BRUND MOURA 229
5. Direito penal e investigação: convencionalismo e dogmatismo no conceito de crime como objeto de investigação criminal
   ELIOMAR DA SILVA PEREIRA 283

DIREITO INTERNACIONAL

1. A efetividade do Direito Internacional Penal à luz do caso Al-Bashir no TPI
   VIVIAN MARANGONI 317

2. A garantia processual penal da publicidade à luz das cortes europeia e americana de direitos humanos
MÁRCIO ADRIANO ANSELMO E ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO 355

CRIME E SOCIEDADE

1. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal
MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ 389

SISTEMA PRISIONAL

1. Assistência transdisciplinar aos presos estrangeiros: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo
ANA LUISA ZAGO DE MORAES 429

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1. Observações sobre os casos penais de 2012: imprensa, projetos de lei e jurisprudência
CAIO CEZAR DE FIGUEIREDO PAIVA 463

RESENHAS

1. *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, de Enrique Bacigalupo
Resenha por RODRIGO SÁNCHEZ RIOS 485

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 501

TEMAS 502

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 507

62813

1 Il processo penale come scriminante

Criminal proceedings as cause of justification

Daniele Negri

Professore associato di Diritto processuale penale Università degli Studi di Ferrara – Dipartimento di Giurisprudenza.

Área do Direito: Penal; Processual

Riassunto: In presenza delle manifestazioni del terrorismo internazionale, si considera che il processo penale sia un potente strumento nella lotta alle tendenze criminali in seno alla popolazione. L'autore contrasta i risultati di tale fenomeno, mostrando che il principio costituzionale di legalità svolge un ruolo fondamentale per ciò che riguarda il diritto processuale. Le costrizioni imposte dagli organi giudiziari alla sfera privata si giustificano soltanto nella misura in cui la legge pretende pronostici affidabili concernenti la responsabilità personale. D'altra parte, le scriminanti di natura sostanziale rispetto a condotte altrimenti illecite, compiute dalla polizia per prevenire la commissione di reati, non possono avere in nessun modo l'effetto di autorizzare l'uso probatorio delle conoscenze acquisite per mezzo della violazione dei diritti individuali.

Abstract: With the manifestation of international terrorism, criminal proceedings have been considered a powerful instrument in the fight against criminal tendencies in the population. The author contrasts the results of the phenomenon, showing how the constitutional principle of legality plays an essential role in the aspect of procedural laws. The constraint of legal bodies in the private sphere is justified only if the law intends to offer reliable predictions as to a person's liability. Discriminatory actions related to illicit conduct used by the police to deter crimes, although adaptable to the material context, would never authorize probative use of knowledge obtained through the violation of rights of the population.

PAROLE CHIAVE: Processo penale - Approccio preventivo - Cause di giustificazione - Principio costituzionale della legalità procedurale.

KEYWORDS: Criminal proceeding - Preventative approach - Cause of justification - Constitutional principle of procedural legality.

"Ein Mörder steht vor mir"
(BEETHOVEN, Fidelio, Atto II, Scena 3.ª).

SOMMARIO: 1. Il ruolo "scriminante" del processo penale nell'ottica della prevenzione: scenari da verificare - 2. Una categoria preziosa: gli atti processuali a duplice effetto - 3. Le alterazioni allo schema delle norme processuali: a) *fumus delicti* e principio di legalità - 4. *(segue)* b) pronostici su eventi futuri e criterio di proporzionalità - 5. Coercizioni a forma libera e reazioni processuali.

1. IL RUOLO "SCRIMINANTE" DEL PROCESSO PENALE NELL'OTTICA DELLA PREVENZIONE: SCENARI DA VERIFICARE

La capacità di imporsi al dibattito, carica com'è di redivive inquietudini, attesta la natura non effimera né solo abilmente retorica della formula che tende a presentare "il processo penale come scriminante";[1] se non altro perché, rivisitate nella turbinosa corrente di oggi, certe figure pur familiari, ma a lungo trascurate, presentano sembianze mutate rispetto a ieri. Nient'affatto neutro sin dalle sue implicazioni dogmatiche, l'adagio riflette e al tempo stesso suscita un clima culturale; corrisponde a immediati bisogni della prassi e allude a più durature strategie di politica criminale; sembra perciò aprire all'indagine fertili prospettive, nel dubbio metodico se assecondare o contrastarne la concezione di fondo. Quest'ultima rinvia ad una lucida – ma, come vedremo, non inedita – diagnosi della dottrina tedesca sulla condizione attuale del diritto penale sostanziale e processuale, ormai allontanatosi dal paradigma retributivo classico e sospinto dentro la logica della prevenzione, così da divenire strumento elettivo di produzione della sicurezza pubblica; tendenza ineluttabile della

1. L'elaborazione in chiave realistico-polemica della formula ellittica che viene ripresa nel titolo di questo scritto si deve a M. DONINI, Il diritto penale di fronte al nemico, *Cass. pen.*, 2006, p. 775 ss.; nonché, tra gli altri luoghi, *Diritto penale di lotta* vs. *diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Monduzzi, Bologna, 2007, p. 170 ss.

modernità, dominata dalla paura del crimine e dal bisogno di controllo propri di una società del rischio, con essa occorre dunque imparare a convivere – si sostiene – riorientando ai nuovi scopi le garanzie di libertà ereditate dallo Stato di diritto, anziché arroccarsi nella difesa anacronistica del modello tradizionale d'ispirazione illuminista.[2] L'atteggiamento misto di pragmatismo e di rinnovata fiducia nei nuclei vitali del sistema penale fa breccia tra gli studiosi italiani, anche come antidoto alla perniciosa deriva verso l'arsenale teorico e operativo tipico di un "diritto penale del nemico": subito riscoperto dinanzi al violento manifestarsi del terrorismo internazionale (specie di matrice islamica), esso mira appunto a catalizzare le impurità preventive che altrimenti finiscono per contaminare – snaturandolo – il *Bürgerstrafrecht*.[3]

Del sistema punitivo complessivamente considerato è il processo, per la sua spiccata natura dinamica, che rivela una formidabile attitudine all'impiego quale strumento di lotta contro fenomeni criminosi in atto e di neutralizzazione della pericolosità individuale; difficile sostenere oggi, se mai si è potuto in passato, che la giurisdizione penale serva soltanto all'accertamento di responsabilità relative a fatti già commessi. In particolare, molteplici istituti adoperabili durante la fase preliminare si prestano ad una torsione in senso marcatamente preventivo,[4] e sopra tutti, la custodia cautelare assume il ruolo di "vero avamposto della tutela sociale contro il pericolo".[5] Ecco allora evocata la categoria dell'esordio: le disposizioni processuali autorizzano una serie di attività restrittive di diritti (pure di rango fondamentale) esse stesse suscettibili di costituire reato, se non fossero giustificate dalle esigenze connesse al perseguimento penale. Non si tratta – va ribadito – semplicemente di rovesciare l'ottica, guardando le figure del processo dall'angolazione della

2. Al vertice di un'ampia riflessione sugli attuali orizzonti del sistema penale si colloca il celebrato saggio di W. HASSEMER, Sicherheit durch Strafrecht, *StV*, 2006, p. 322 ss.

3. E' la sin troppo nota posizione discussa, criticata, contrastata infinite volte, ma sempre ossessivamente al centro del dibattito giuridico tra i penalisti nell'ultimo lustro, espressa da G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti?* (2005), trad. it., in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. E. KOSTORIS e R. ORLANDI, Giappichelli, Torino, 2006, p. 3. ss.

4. Così, M. DONINI, *Il diritto penale* cit., p. 775-776, il quale dipinge a tinte fosche la "valenza bellica del processo", che "ne fa lo strumento privilegiato di forme di diritto penale del nemico, forse più del diritto penale sostanziale".

5. La soluzione, presentata come il male minore, è chiaramente enunciata da F. VIGANÒ, Terrorismo, guerra e sistema penale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 695, all'esito di una argomentata trasposizione delle tesi di Hassemer entro le coordinate dell'ordinamento penale italiano.

teoria del reato, anche se già questo primo livello di comprensione aggiunge significato alla formula: qualificare come fatti di reato, sia pure scriminati, certe operazioni processuali attribuisce loro una connotazione aggressiva viceversa assente se si concepisce l'esercizio di quei poteri legittimi alla stregua di elementi negativi del fatto che ne escludono la stessa tipicità.[6] Ancor più preme tuttavia cogliere le enormi potenzialità di espansione del fenomeno, ossia la dilatazione applicativa che simili misure subiscono, quanto a condotte illecite raggiungibili e a soggetti colpiti, causa l'arretramento per via normativa della soglia di punibilità sufficiente a legittimare l'iniziativa penale (emblematica la proliferazione dei delitti associativi) e le conseguenti cadute nel rigore necessario alla prova di fattispecie di pericolo. Ogni spostamento del diritto penale verso i territori della prevenzione moltiplica, insomma, le occasioni di ingresso dei poteri autoritativi nella sfera delle libertà individuali e favorisce così il propagarsi di situazioni scriminanti di origine processuale.

Analisi del genere non sono del tutto nuove; vantano una chiara ascendenza nella immagine del processo come sanzione in divenire; nell'idea – cioè – che sussista un rapporto di equivalenza tra sequela giudiziaria e pena, se con quest'ultimo concetto s'intende estensivamente ogni patimento inflitto all'imputato nel corso e a causa dell'attività di accertamento del reato.[7] La comune genealogia dei due filoni di pensiero, pur molto diversi nelle loro ragioni giustificative[8], mostra che l'insistita compenetrazione dei singoli istituti processuali con gli scopi della legge punitiva, di cui il rito penale unitariamente considerato è necessario strumento di attuazione, spinge ad un risultato quasi

6. Si vedano ancora le suggestive pagine di M. DONINI, *Il diritto penale* cit., p. 775.

7. Riprende con particolare acume diagnostico le "disinvolte categorizzazioni" di F. CARNELUTTI (*Lezioni sul processo penale*, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, p. 33), per stigmatizzare i pervertimenti subiti da certi istituti processuali nella realtà giudiziaria italiana a partire dagli anni Novanta, R. ORLANDI, Effettività della sanzione penale e principi processuali, *L'effettività della sanzione penale*, a cura di F. GIUNTA, R. ORLANDI, P. PITTARO, A. Presutti, Milano, Kluwer Ipsoa, 1998, p. 44 ss.; l'Autore si sofferma sulla cruciale differenza tra le attività processuali divenute eterodosse "sanzioni informali" e i normali doveri di sopportazione che la legge processuale fa gravare sul cittadino: "*Duldungspflichten* (...) li chiamano i tedeschi, con espressione che lascia intuire l'esigenza di un bilanciamento fra diritti individuali della persona e interesse generale al perseguimento penale".

8. F. CARNELUTTI (Contro il giudicato penale, *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 292) concepisce la pena (e, simmetricamente, la tortura) non più come un male, bensì quale "*medicina* buona a guarire" la "malattia" in cui consiste il delitto. Ora lo sfondo teorico è piuttosto quello secolarizzato della coppia efficienza/sicurezza.

immancabile: il ritorno presto o tardi sulla scena di metodi investigativi assimilabili alla tortura, apertamente evocata nel discorso scientifico,[9] stimolata con legislazioni speciali sospensive dei diritti fondamentali[10] o piuttosto praticata da chi, in virtù del ruolo istituzionale ricoperto, si sente per ciò solo autorizzato a perseguire nella singola vicenda giudiziaria il fine superiore di tutela della collettività dal delitto. Volendo ancora esplicitare le parentele dell'odierno *Leitmotiv* sugli slittamenti funzionali della giurisdizione criminale, risale almeno alla metà degli anni Settanta la costatazione che l'ineliminabile identità di effetti concreti tra determinati strumenti processuali e la sanzione "può essere consapevolmente sfruttata" nella prassi per finalità eterodosse di immediata prevenzione e intimidazione;[11] usciva già allora nitida la conclusione che il fenomeno del processo penale divenuto mezzo autonomo di controllo sociale non rappresentasse affatto una occasionale patologia, ma fosse il risultato di una trasfigurazione operata ben dentro il sistema.[12]

A guardar meglio sotto le concezioni che circolano, anche là dove mosse da buoni propositi, s'intravede il possibile congedo dalla forma processuale.

9. Merita riproporre, come emblema, il noto ragionamento di F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, p. 168, secondo il quale la critica alla tortura "va contenuta sul terreno tecnico, non invece estesa sul terreno morale"; infatti "se vi fosse un mezzo di coercizione, il quale fornisca (...) garanzie" di verità, "senza cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito, non vi sarebbe alcuna ragione perché non fosse adottato". Nel clima politico successivo ai drammatici eventi inaugurati con gli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, spicca l'impostazione di A. M. DERSHOWITZ, *Terrorismo* (2002), trad. it., Carocci, Roma, 2003, p. 125 ss., il quale propone la legalizzazione di alcune pratiche di tortura, allo scopo di sottoporre quantomeno a controllo giudiziario uno strumento purtroppo rivelatosi ineliminabile dalla realtà.

10. Sulle procedure di amministrazione della giustizia nei confronti dei "combattenti nemici", da parte delle commissioni militari nominate dal governo statunitense durante il settennio successivo al 2001, cfr. per tutti, nella letteratura giuridica internazionale, la documentata denuncia di J. A. E. VERVAELE, La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 766 ss.

11. La linea di tematizzazione del fenomeno procede almeno dagli scorci sapienti di G. DE LUCA, Principi costituzionali di libertà e istruzione *formale*, in AA.VV., *I problemi della istruzione formale penale*, Patron, Bologna, 1977, p. 29 ss.; è condotta a piena consapevolezza ed efficacia da M. NOBILI, La procedura penale tra "dommatica"e sociologia: significato politico di una vecchia polemica, *Quest. crim.*, 1977, p. 80 ss., cui è dovuta la citazione testuale (p. 84); sfocia e si misura con i vincoli costituzionali nell'opera ormai classica di G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 3 ss., 42 ss. Da lì in avanti, può dirsi argomento di dominio comune.

12. M. NOBILI, *La procedura* cit., p. 83 e 87.

Una remota disputa circa la posizione istituzionale del pubblico ministero, con ricadute d'ordine dogmatico sulla natura dell'attività demandata all'organo inquirente e sul perimetro stesso della giurisdizione penale, ricompare difatti aggiornata in chiave di realismo politico dietro la convinzione che la fase delle indagini preliminari assuma "legittimamente" compiti di lotta alla criminalità. Quando si colloca il modo di adoperare lo strumento penalistico durante l'investigazione tanto lontano dalla logica del giudizio, quanto "vicino al diritto di polizia",[13] si riscopre nel pubblico ministero il ruolo del magistrato abilitato a far valere contro l'autore del reato la "pretesa punitiva" dello Stato, inteso alla vecchia maniera come potere di governo,[14] così da orientare la sua azione al primato dell'efficienza che contraddistingue l'apparato amministrativo. Non a caso le funzioni degli organi requirenti s'intrecciano ormai programmaticamente, nella legislazione più recente, con i compiti dei servizi di sicurezza, che agiscono alle dipendenze gerarchiche dell'esecutivo; l'attività di *intelligence* è rafforzata sul piano sostanziale da una serie di scriminanti speciali, che, ampliando i margini di intrusione non punibile nella sfera giuridica altrui, accrescono altresì le occasioni di collaborazione con l'autorità giudiziaria, quantomeno sotto forma di contributo istituzionalizzato alla scoperta di fatti configurabili come reati (sintomatica la disciplina introdotta con l. 3 agosto 2007, n. 124).[15]

Siamo al crocevia di due filoni di pensiero solidali tra di loro: l'idea che il rito penale "scrimini" è suscettibile di parti pericolosi se fecondata con l'altra, affetta da epidemia di produttività.[16] In nome della sicurezza si è disposti

13. Le ricostruzioni citate si riferiscono al saggio di M. DONINI, *Diritto penale di lotta* cit., p. 44-45, che, nelle sue varie versioni, ha sollecitato e fa da sfondo a queste pagine.

14. Su quella concezione ed il suo retroterra, cfr. la sintesi di G. VASSALLI, voce Potestà punitiva, *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 801 ss.

15. Evidenzia R. ORLANDI (*Attività di intelligence e diritto penale della prevenzione*, in corso di pubblicazione, p. 5 dattil) che "nel corso degli anni si è prodotta una profonda mutazione nei rapporti tra servizi di sicurezza e organi requirenti. L'iniziale impermeabilità dei contesti operativi ha progressivamente lasciato il posto ad un rapporto osmotico, ispirato alla collaborazione reciproca, temperata da una discrezionale opponibilità del segreto". Ad emblema di questa ormai consolidata tendenza, l'Autore rammenta da ultimo l'art. 23 comma 7 della l. n. 124 del 2007, secondo il quale i direttori dei servizi di sicurezza debbono fornire "ai competenti organi di polizia giudiziaria le informazioni e gli elementi di prova relativamente a fatti configurabili come reati, di cui sia stata acquisita conoscenza nell'ambito delle strutture che da essi dipendono".

16. Con il linguaggio dell'efficienza meccanicistica e della tecnica, D. PULITANÒ (Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p.

ad accettare un sensibile regresso delle garanzie a salvaguardia delle libertà individuali coinvolte dal procedimento penale, sino a prefigurare una sorta di incontro a metà strada con il settore delle misure preventive, da parte sua evolutosi nel tempo verso più accentuate forme giurisdizionali: a chi ritiene comunque preferibile la gestione interna al sistema penale dei compiti di difesa sociale, onde ridurre il rischio di errori o abusi,[17] si può obiettare che l'insieme delle componenti essenziali alla limitazione di diritti (presupposti, motivazione, controlli dell'atto restrittivo) mantiene del processo penale solo le sembianze esteriori, se l'accertamento di fattispecie già vaghe all'origine è oltretutto condizionato in radice dalle tecniche e informazioni di polizia; lungi dal costituire un freno a derive arbitrarie, l'intervento della magistratura penale finisce allora per assecondare la volontà del potere esecutivo, ammantandola di valutazioni indipendenti,[18] oppure – peggio ancora – con il perseguire autonome strategie preventive immuni da responsabilità. Certo è questione di misura nel bilanciamento tra le opposte esigenze in gioco, sicché la conclusione appena accennata andrà nel prosieguo meglio verificata.

970, afferma che il sistema di giustizia nel suo complesso deve "saper produrre accertamenti di responsabilità; senza di che, girerebbe a vuoto"; la spinta a recuperare una decisa strumentalità del processo è contrastata da A.A. DALIA e M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 6. ed., Cedam, Padova, 2006, p. 37, dove si obietta che individuare nella punizione del colpevole il fine del processo penale significherebbe vanificare il valore di garanzia che esprime la giurisdizione. Assai critico sul "poco identificabile" concetto di "*capacità* di accertamento", G. RUGGIERO, *Ideologia e dogmatica sui rapporti tra diritto penale e processo*, *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 263, al quale replica lo stesso D. PULITANÒ, Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto, *sostanziale e processo*, *ivi*, p. 517 ss., sostenendo la pari dignità di principio, sia dell'accertamento che dell'esclusione della responsabilità penale.

17. L'impostazione del problema nei termini accennati è tipica, ad esempio, di F. VIGANÒ, *Terrorismo*, cit., p. 695, nota 121, al cui saggio si rinvia anche per il fruttuoso dialogo con altre voci della dottrina penalistica e della più vasta pubblicistica corrente.

18. Simili promiscuità, tali da configurare una "*magistratura con funzioni para-poliziesche* (per la sostanza amministrativa e potestativa dei loro presupposti)", sono indagate e criticate nell'opera, densa di riferimenti storici e filosofici ulteriori, di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 7. ed., Laterza, Bari, 2002, p. 800 ss. Un contributo nient'affatto eccentrico (ma – diremmo – istruttivo più di molti trattati giuridici) a smascherare il pericolo di giudizi "di cartapesta", di ridurre gli istituti processuali a "mezzi di facciata", o, detto altrimenti, di ammantare la mera violenza di una "crosta giurisdizionale", proviene dalle recenti variazioni su temi letterari di M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 93 ss. (nn. 180 e 192, in particolare).

Merita frattanto di anticipare come, una volta avviatisi in un simile schema di ragionamento, a subire le scosse maggiori sia la categoria non sufficientemente robusta della legalità processuale penale,[19] la quale, una volta pervasa dal criterio funzionale della pubblica sicurezza, perde il privilegio malfermo della tassatività e viene presto degradata a mero limite esterno di scelte largamente discrezionali degli operatori nell'individuazione dei mezzi più utili al risultato; o addirittura si assottiglia fino a coincidere con l'incarico assegnato a determinati soggetti di perseguire un obiettivo generalissimo, come quello di protezione della collettività dal pericolo, traendo occasione – nulla di più – dall'attività di repressione di determinati reati. Sono dunque intuibili, anche se bisognose di attente conferme, le conseguenze sull'ampiezza degli effetti scriminanti di origine processuale, causate da ciascuna delle visioni riduttive del principio di legalità testé paventate. Nel primo caso, è lasciato agli organi pubblici valutare in concreto quale degli strumenti a disposizione, ancora doverosamente tipici, sia proporzionato (o non sproporzionato) al vantaggio avuto di mira e all'interesse privato corrispondentemente leso; nella seconda e meno rassicurante ipotesi, l'avvio dell'iniziativa penale, reso facile dal moltiplicarsi di norme incriminatrici di meri atti preparatori, legittima una generica supremazia delle autorità procedenti autorizzandole implicitamente all'esercizio di tutti i poteri che si rendono necessari di volta

19. Il versante processuale del principio di legalità meriterebbe forse una messa a fuoco maggiore di quella che gli si è data finora, dalla prevalente angolazione dei rapporti tra *tempus regit actum* e divieto di retroattività sfavorevole. Rimane essenziale al riguardo l'apertura di prospettiva di M. NOBILI, Principio di legalità, processo, diritto sostanziale, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 204. Con specifica attenzione al divieto di analogia, v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I-Principi generali*, Utet, Torino, 2004, p. 36. Risoluto, a proposito della relazione tra legge e giudice, P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, 2. ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 40-41: "Le forme sono tali perché inderogabilmente predeterminate dalla legge, senza possibilità di scarti o forzature in rapporto a contingenze del singolo processo. La legalità è un valore elementare dello stato di diritto. Nessuno auspicherebbe un processo fondato sul *bon plaisir* del giudice, alla cui discrezionalità fosse rimessa l'individuazione delle garanzie di volta in volta ritenute idonee; e si sa bene come ogni svolta autoritaria si accompagni per lo più alla lotta contro il formalismo legalitario in nome di confuse ideologie sostanzialiste". In prospettiva generale, sul significato del riferimento alla legalità nell'odierno art. 111 comma 1 Cost., cfr. M. CHIAVARIO, voce Giusto processo. II) Processo penale, *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma, agg. 2001, p. 4. Un aspetto peculiare del criterio di tassatività della norma processuale interna, legato agli scenari europei, è trattato da chi scrive in D. NEGRI, Corte europea e iniquità del giudicato penale – I confini della legalità processuale, *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1232 ss.

in volta per raggiungere lo scopo, incluso il compimento di azioni di fatto contro il pericolo non predeterminabili in astratto:[20] il rito smarrisce la propria morfologia e, almeno nella versione più estrema, i suoi attori istituzionali accedono direttamente ai meccanismi operativi delle cause di giustificazione comuni.

2. UNA CATEGORIA PREZIOSA: GLI ATTI PROCESSUALI A DUPLICE EFFETTO

La riscontrata deriva del processo penale verso l'area della prevenzione e lo schema della "scriminante", eletto a suo connotato, consigliano la ripresa dalle

20. L'alternativa adombrata nel testo rimanda alle variabili accezioni e dimensioni del criterio di proporzionalità, storicamente determinate; come noto, dopo la sua comparsa sullo sfondo del primo costituzionalismo tedesco, l'evoluzione del criterio per noi più significativa si dipana dall'originario settore del diritto di polizia all'inizio del Novecento (un rapido *excursus* in D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 11 ss.), e, nel secondo dopoguerra, diviene uno dei cardini dello Stato di diritto, assumendo un ruolo centrale e penetrante proprio riguardo alla disciplina del processo penale come "diritto costituzionale applicato" (secondo l'immagine di W. SAX, Grundästze der Strafrechtspflege, *Die Grundrechte*, a cura di K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, III-2, DunckerHumblot, Berlin, 1959, p. 967). Quelle faticose conquiste avevano portato ad intendere il principio di proporzionalità "in senso stretto" (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) specie nel campo del diritto processuale penale, più sensibile al problema dei limiti da porre alle restrizioni di libertà fondamentali per mano dei pubblici poteri (in questa prospettiva, cfr. almeno W. DEGENER, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Duncker Humblot, Berlin, 1985, p. 47 ss.; D. SCHÜTZ, Der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei strafprozessualen Maßnahmen*, diss., Tübingen, 1969, p. 57 ss.). La progressiva involuzione del processo penale verso i paradigmi operativi del diritto di polizia, cui abbiamo assistito negli ultimi decenni, allenta di nuovo il vincolo di proporzionalità all'insegna dell'efficienza e dell'opportunità: a metà dell'ultimo decennio del secolo scorso, descriveva in questi termini il crepuscolo dello Stato di diritto, avviatosi specialmente con la legislazione di contrasto al terrorismo, H.-U. PAEFFGEN, "Verpolizeilichung" des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?, *Zur Teorie und Systematk des Strafprozeßrechts*, a cura di J. WOLTER, Luchterland, Neuwied-Kriftel-Berlin, 1995, p. 16.
Un compendio del pensiero politico e giuridico che pone la distinzione tra giustizia e scienza di polizia, all'alba del XX secolo, si trova ora in G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza. Teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Ombre corte, Verona, 2009, p. 223-226, con ampi riferimenti testuali all'opera fondamentale di O. RANELLETTI, La polizia di sicurezza, *Trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto da V. E. ORLANDO, IV, Società editrice libraria, Milano, 1904.

dottrine generali di alcuni temi chiarificatori. Tali si annunciano i risultati della fitta speculazione dogmatica attorno alla categoria delle *doppelfunktionelle Prozeßhandlungen*, elaborata in ambito tedesco a metà del secolo scorso per dare precisa rappresentazione ad un aspetto saliente del complesso rapporto tra i due campi del diritto sostanziale e del rito. Storicamente, il crisma della strumentalità del secondo rispetto al primo si è potuto evolvere durante i regimi autoritari nell'assoluta supremazia dell'interesse pubblico alla realizzazione della pretesa punitiva dello Stato, a sua volta orientata allo scopo della difesa sociale; simile esito politico trovò talora sostegno teorico nella concezione tradizionale del processo penale come rapporto giuridico, con il suo corredo di diritti e di obblighi.[21] D'altro canto la contrapposta sistematica della "situazione giuridica", d'intonazione liberale, rischiava anch'essa di prestarsi a pericolosi fraintendimenti là dove, ritenendo i diritti in senso processuale non suscettibili di violazione per mancanza di correlati doveri da osservare, assimilava figuratamente l'agonismo delle parti nella dinamica del rito alla guerra e alla lotta politica: caratteristica comune a tutti i fenomeni paragonati, secondo la prospettiva della *Rechtslage*, sarebbe l'estraneità a giudizi di valore, ossia il distacco dal mondo dell'etica e della morale[22]. Riletta alla luce dell'attuale tendenza a moltiplicare le occasioni di ingresso nella sfera giuridica individuale mediante il processo, può allora destare inquietudine la

21. Tale dottrina si distende lungo la parabola che muove da ARTURO ROCCO (*La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Jovene, Napoli, 1906, p. 98 ss.), passa per V. MANZINI (*Trattato di diritto processuale penale*, I, Utet, Torino, 1931, p. 91-93) e culmina in A. DE MARSICO (Dogmatica e politica della scienza del processo penale, *Nuovi studi di diritto penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1951, p. 71 s). Di estremo interesse per il nostro tema è la rivalutazione sul piano politico dovuta a G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Jovene, Napoli, 1961, p. 218: "Il primo aspetto conduce a rivendicare alla teoria del rapporto giuridico processuale (...) la funzione di essere stata una delle più difese trincee contro lo sgretolamento dei canoni tradizionali del diritto processuale. La dottrina tedesca che piegò al massiccio urto del nazismo rinnegò in pieno la concezione del processo penale come rapporto giuridico, denunciandone l'ispirazione liberale". Occorre difatti rammentare, in vista di quanto si dirà oltre nel testo a proposito della pericolosa tendenza a rendere flessibili le forme processuali, che la "*Auflockerung*" fu non a caso il principio riformatore del periodo nazista: cfr. la sintesi storica di E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordinung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, II, VandenhoeckRuprecht, Göttingen, 1957, p. 278.

22. Si allude, ovviamente, alla celeberrima visione di J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens* (1925), Scientia Verlag, Aalen, 1962, p. 292 e nota 1510.

corrente di pensiero che sottrae le attività degli organi giudiziari a valutazioni di conformità o contrarietà al diritto e le commisura piuttosto al puro criterio funzionale della idoneità ad ottenere il risultato perseguito;[23] ad una prima analisi, si sarebbe portati a dedurne che ciò impedisca persino di ipotizzare la caduta nella illiceità penale di qualche condotta processuale, così da escludere ogni sensata discussione sul prodursi dell'effetto scriminante ove l'autore di quel comportamento si mantenga entro certi limiti deontologici.[24]

La configurazione delle *doppelfunktionelle Prozeßhandlungen* ha appunto il merito di enucleare dall'ampio insieme degli atti processuali il più ristretto novero di quelli "a natura bifronte", mettendone in piena evidenza il bisogno di speciale considerazione scientifica anche se ci si dovesse muovere di preferenza nell'ottica ricostruttiva del fenomeno processuale alla stregua di un "mondo chiuso", refrattario agli imperativi di diritto sostanziale.[25] Precisamente, viene

23. Una recente rilettura critica di quella impostazione, "impenetrabile ed insensibile" ai valori ("*moralinfrei*"), proviene da L. P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 276 ss., il quale sottolinea il radicale capovolgimento di prospettive sancito dalle garanzie del processo "equo" o "giusto", "al termine di un'evoluzione storica, che, con la catarsi post-bellica della seconda metà del secolo XX, ha dato vita alla ricostruzione del moderno Stato Democratico di Diritto".

24. In realtà, sappiamo come J. GOLDSCHMIDT (*Der prozess* cit., p. 291, 295-296) avvertisse perfettamente la potenziale illiceità dell'azione degli organi giurisdizionali; soltanto, in polemica con la concezione anteriore risalente a Beling e Sauer, escludeva che la valutazione di antigiuridicità dal lato materiale (configurata dall'Autore quale violazione di doveri d'ufficio) fosse suscettibile di riflessi processuali. Concorde l'opinione di F. CORDERO, Prove illecite, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 150, a proposito delle invalidità probatorie derivabili dalla violazione dei precetti di natura sostanziale o costituzionale. Un'attenta disamina della questione si trova anche in L. P. COMOGLIO, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericani e germanica*, Pavia, 1966, p. 347 ss.

25. L'elaborazione compiuta della categoria, alla luce degli accenni già presenti nell'opera di Goldschmidt, risale allo studio di W. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtlehre*, Vandenhoeck Ruprecht, Göttingen, 1950, p. 126 ss. Estremamente severo il giudizio al riguardo di F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1956, p. 156: "Tirando le somme, sembra di dover concludere che questa nuova escogitazione dogmatica rappresenti il prodotto di una discutibile tendenza alla moltiplicazione dei concetti in doppioni spogli di una effettiva ragione d'essere". Riscopre l'importanza della classificazione, entro la quale cala il bilanciamento tra i contrapposti valori della libertà e dell'autorità, F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 37 ss., pur avvertendo che la rilevanza della categoria si mantiene su di un piano "meramente descrittivo" (p. 38, nota 2). Ad oltre mezzo

in rilievo la serie di misure necessarie al perseguimento penale che, a causa dello scopo loro assegnato, esorbitano dallo spazio processuale e incidono direttamente nella sfera materiale del soggetto colpito, sia esso l'accusato oppure una qualsiasi altra persona costretta a subire tali conseguenze giuridiche nonostante l'estraneità al quadro indiziario.[26] La stretta regolamentazione di questa classe di atti ad opera delle norme processuali, con riguardo all'*an* e al *quomodo* dell'intervento coattivo, non stabilisce soltanto sotto quali condizioni ne sia autorizzato il compimento in vista delle finalità connesse alla repressione penale, ma chiarisce al tempo stesso, dal lato delle valutazioni d'ordine sostanziale, come la lesione di beni giuridici tutelati dall'ordinamento che si produce per effetto di operazioni del genere risulti conforme a diritto – sia cioè "scriminata" – proprio in quanto vengano rispettati i presupposti di origine formale.[27] Rovesciando il discorso, va rimarcato che le disposizioni processuali in materia di provvedimenti a "duplice funzione" legittimano magistrati e polizia giudiziaria all'esercizio di poteri o impongono loro l'adempimento di doveri la cui fuoriuscita dai confini normativi e trasgressione, rispettivamente, rende antigiuridica l'applicazione dello strumento restrittivo della libertà individuale sino a farla talvolta scivolare in un reato:[28] se l'azione intrapresa dall'autorità giudiziaria tocca interessi della vita, la violazione del precetto di parte processuale costituisce un fatto illecito al limite anche di rilevanza penale, mentre la conformità allo schema tracciato dalle norme di rito giustifica condotte viceversa riprovate in base al paradigma di diritto sostanziale.[29]

---

secolo dalla stroncatura di Cordero, è forse venuto il momento di ammettere che certe formulazioni possiedono una forza connotativa tale, appunto, da aggiungere significato al fenomeno descritto, perché riescono a suggerire associazioni di idee e interpretazioni sistematiche meno accessibili altrimenti. Sulle posizioni attuali della dottrina tedesca, circa la fruttuosità della concezione di Niese, si veda C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25. ed., Beck, München, 1998, p. 165.

26. Così, W. NIESE, *Doppelfunktionelle* cit., p. 48-51.

27. Si veda ancora: idem, p. 129.

28. Non si tratta di situazioni giuridiche sempre definibili in termini di potere-dovere, dato che la decisione di avvalersi di determinati strumenti processuali obbedisce spesso ad esigenze tattiche o strategiche, implica cioè scelte non necessariamente vincolate. Quanto al problema se costituisca "reato" la condotta del soggetto che agisce fuori dei presupposti legittimanti l'esercizio del relativo potere, resterebbe comunque da appurare la sussistenza dell'elemento soggettivo: v. F. CORDERO, *Le situazioni* cit., p. 158.

29. Sottolineature puntuali sul rapporto tra lo schema della norma processuale e le sanzioni riconducibili al diritto disciplinare o penale sostanziale, nel caso di mancata

E' appena il caso di notare che il fenomeno qui analizzato contraddistingue in misura più ampia e intensa il procedimento penale di quello civile; le ragioni ci appaiono ovvie, ma l'abitudine di considerarle assodate ha forse oscurato nel tempo una osservazione tanto semplice quanto profonda. L'oggetto essenzialmente patrimoniale della controversia fa sì che i relativi poteri di coercizione (si pensi al sequestro) non siano esercitabili oltre la soglia dei beni giuridici di natura reale; quel tratto d'identità si riflette, per il resto, sulla stessa struttura dei mezzi muniti di doppia efficacia nel processo civile, largamente improntati alla logica dispositiva: anziché vincere con l'impiego della forza l'eventuale resistenza del titolare dell'interesse destinato a soccombere, sulla base della comparazione effettuata dall'ordinamento, si preferisce indurre il consenso della parte all'ingresso alieno nella propria sfera giuridica prefigurando in caso contrario un esito della causa a lei sfavorevole (ciò vale, ad esempio, per l'ispezione e l'ordine di esibizione).[30] Principio ordinatore del sistema si rivela dunque il canone di proporzionalità, che, nel paragone tra enti macroscopici come il processo civile e penale, vale a selezionare il tipo di situazioni giuridiche soggettive vulnerabili da ciascuno di essi e a differenziare il peso della *servitus iustitiae* secondo il grado di importanza della posta in gioco.

Su questa linea di pensiero, l'interesse statuale all'accertamento e alla repressione dei reati innalza la caratura dei diritti comprimibili con misure

---

ottemperanza, sono compiute da M. CHIAVARIO, voce Norma (dir. proc. pen.), *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 443.

30. Ritiene l'assenza di coercizione "indipendente dal carattere generalmente 'inquisitorio' o 'dispositivo' del modello di processo", A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 289, nel quadro di uno studio comparato assai critico con la tendenza normativa ed interpretativa dell'ordinamento italiano, incline ad escludere caratteri spiccatamente coercitivi alle misure istruttorie. Quanto all'ispezione, ritiene difatti incoercibile l'obbligo di consentire al suo compimento, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, 19. ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 282, nota 125, il quale aggiunge che la pena pecuniaria cui può essere condannato il soggetto terzo, nel caso di eventuale rifiuto ingiustificato, non modifichi la situazione, trattandosi pur sempre di coazione indiretta e non diretta (*ivi*, p. 283, nota 130). Sulla "concezione puramente pubblicistica" dell'ordine di esibizione rivolto alle parti o ai terzi, nel senso che l'interesse all'accertamento della verità costituisce la ragione fondante dello strumento istruttorio, cfr. però A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 46 ss., il quale – con altra parte della dottrina – enuclea un potere di accesso coattivo del giudice nel caso di inottemperanza alla richiesta di ispezione, mentre considera applicabile per analogia la regola della *ficta confessio* all'ipotesi di rifiuto di esibizione.

processuali sino a giustificare il sacrificio delle libertà del singolo; autorizza operazioni insidiose per sopraffare chi, preso di mira dall'iniziativa penale, tende comprensibilmente a sottrarvisi; "scrimina" aggressioni a beni di rango primario più energiche e durature di quelle ammesse in altri settori d'intervento dei pubblici poteri. Volendo anticipare a livello generale quanto emergerà dal dato positivo, possiamo considerare sin d'ora come nasca proprio dalla volontà politica di accesso ad un arsenale così potente la tentazione di trasferire al procedimento penale o anche solo ai suoi organi le funzioni preventive che spetterebbero al diritto di polizia, dove però s'impone l'uso di strumenti più miti. Con lo sviluppo storico degli ordinamenti moderni verso il paradigma dello Stato costituzionale di diritto e l'inserimento delle garanzie dell'individuo tra le norme fondamentali a carattere rigido, il principio di proporzionalità non si risolve tuttavia in un mero criterio di razionalità tecnica, solo circoscritto alla valutazione di idoneità e necessità del mezzo rispetto allo scopo; assai più, diviene partecipe di una strategia di bilanciamento tra le opposte esigenze della libertà e dell'autorità che assegna alle prime una tendenziale supremazia.[31] Nel costruire lo schema normativo delle *doppelfunktionelle Prozeßhandlungen*, la cui osservanza "scrimina" le coercizioni strumentali allo svolgimento della regiudicanda penale, la legge formale è dunque vincolata dalla fonte superiore ad adeguarsi ad una serie di principi sostanziali.

Non bisogna tuttavia nascondersi – e di lì, appunto, siamo partiti – che messo in seria discussione è oggi precisamente un certo modo di situare l'equilibrio tra diritti del singolo e sicurezza collettiva; di collocare cioè la frontiera dei limiti alle restrizioni dei beni giuridici fondamentali dell'individuo, essendo chiaro come la capacità "scriminante" del processo penale cresca a misura che quella linea arretra. Bersaglio della polemica sono le versioni "canoniche" del bilanciamento in questione, asseritamente ispirate ad un eccesso di geometria concettuale, alle quali si chiede maggiore flessibilità per poter vincere con strumenti incisivi la "sfida criminale" lanciata dal terrorismo internazionale;[32]

31. Sul passaggio dallo Stato legislativo allo Stato di diritto con base costituzionale rigida, cfr. per tutti L. FERRAJOLI, Lo Stato di diritto fra passato e futuro, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. COSTA e D. ZOLO, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 349 ss. Un'ampia disamina delle tecniche di bilanciamento adottate – in particolare – dalla Corte costituzionale tedesca, mediante la struttura trifasica del controllo di proporzionalità (idoneità, necessità, ponderazione), è condotta da G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 264 ss.

32. Mette in guardia i giuristi dalla "tentazione di un discorso di tipo *politically correct*", D. PULITANÒ, *Sui rapporti* cit., p. 973; piena consonanza manifesta F. VIGANÒ, *Terrorismo* cit., p. 703.

ancora si obietta alla dogmatica più rigorosa che, argomentando dai principi costituzionali, non si ottiene deduttivamente un unico paradigma regolativo degli atti processuali a duplice efficacia, ma una pluralità di soluzioni differenziabili in base a fattori rilevanti.[33] Il monito ha una sua indubbia persuasività, sebbene occorra poi intendersi sui vincoli inderogabili della legge processuale: esiste una soglia critica oltre la quale le alterazioni che si accetta di imprimere alla forma del processo non tanto ne modificano l'ordine disceso dall'illuminismo attraverso le Carte costituzionali del secondo dopoguerra, quanto determinano il passaggio ad un'altra regione dell'esperienza.

Conviene allora riprendere il filo del ragionamento da svilupparsi attorno ad un concetto cruciale, quello di proporzionalità, comune anche alla dimensione logica e politica delle "scriminanti", sì da mostrarci quale nesso originario delle medesime con l'istituto processuale riemerga nei periodi di maggiore tensione dell'ordinamento e impegni il dibattito odierno: l'analogia va al di là della osservazione estrinseca, in sé non decisiva, che entrambi i fenomeni postulano un conflitto tra interessi la cui ponderazione si risolve con la prevalenza dell'uno sull'altro, entro limiti variamente fissati. Senza lasciarsi fuorviare dalle ambientazioni storiche, riserva spunti istruttivi risalire alla "matrice" dell'idea stessa di giudice penale, rinvenibile nello schema della difesa della vittima rivolta contro l'aggressore ad opera di una persona terza. Le modalità sostanziali del "soccorso difensivo", sottoposte al metro della proporzione, conservano indubbiamente i tratti più prossimi alle potestà di coercizione autorizzate o imposte dall'interesse pubblico, destinata com'è la scriminante a sopperire ad un impossibile intervento tempestivo degli organi dello stato; l'estraneo al conflitto decide, similmente al magistrato e alla polizia, quale posizione soggettiva vada sacrificata nel caso di specie, con la differenza che la sua intromissione ha natura occasionale e – aspetto dirimente per il nostro tema – il potere in concreto esercitato prescinde da qualunque struttura formale.[34] Appartiene ad una concezione arcaica ma non ancora del tutto spenta, cui è estranea la figura stessa del processo penale, l'idea che la

33. Il rilievo, per verità, è espresso in forma più generale da M. DONINI (*Diritto penale di lotta* cit., p. 176), quando critica la posizione di chi (Ferrajoli in testa) vede in ogni eccezione una violazione dei principi costituzionali, "quasi che dalla Costituzione potessimo dedurre l'unico codice penale e l'unico codice di procedura conformi ai principi".

34. Potenti suggestioni al riguardo si traggono da M. PISANI, voce Giurisdizione penale, *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 382; N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Unam, México, 1970, p. 50 ss.

reazione contro l'illecito possa consistere nell'abbandono al privato cittadino dell'attività di persecuzione penale, togliendo il carattere di antigiuridicità alla violenza da costui commessa sull'offensore:[35] una lunga tradizione ha saputo mostrarci l'intimo legame della giustizia con l'ordine formale, così necessario alla prima che, rinunciando a quel connotato, essa perderebbe la propria identità per divenire forza allo stato puro.[36] Poco evoluto, del resto, è lo stadio di attribuzione dei meccanismi repressivi al potere "amministrativo",[37] rispetto al quale il successivo affermarsi del principio di giurisdizione ha imposto, come progresso ulteriore, il vincolo per le misure di natura strumentale ai risultati emersi dall'accertamento processuale *in itinere*.

Una traccia residua della sedimentazione appena accennata, utile perciò a scandagliare i fondali delle "scriminanti" processuali, è ravvisabile nell'arresto in flagranza di reato, operazione a duplice efficacia che presenta anche la singolarità di situarsi al confine tra lo spazio giuridico del rito penale e la vita materiale: il fatto di reato – si osservò con limpida sintesi – costituisce in tal caso la prova di se stesso.[38] Ebbene, la privazione della libertà personale viene lì eccezionalmente giustificata anche se ad esercitare la violenza in cui consiste l'arresto è la polizia o il privato cittadino; il dato normativo, unito al referente di grado superiore (art. 13 Cost.), spinge così a delineare in via di prima sintesi almeno due ordini di limiti all'idea di una procedura che "scrimina": da un lato, coercizioni istantanee del massimo bene comprimibile non sono ammesse allo scopo di prevenire futuri reati, ma soltanto di evitare le conseguenze ulteriori di un *iter criminis* che abbia varcato la soglia rilevante del tentativo; dall'altro, la provvisoria legittimazione di soggetti diversi dall'autorità giudiziaria

35. L'interpretazione sembra condivisa dalla più rigorosa storiografia; si veda la ricostruzione proposta nei manuali di V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7. ed., Jovene, Napoli, 1989, p. 78-79; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, 5. ed., Jovene, Napoli, 1998, p. 12 ss.

36. La citazione è quasi testuale dall'opera di P. AYRAULT, *L'Ordre, Formalità et Instruction iudiciaire dont le Grecs et Romains ont usés accusations publiques* (1588), Caffin Plaignard, Lyon, 1642, p. 3; il passo viene efficacemente ripreso da M. NOBILI, *Forme e valori duecento anni dopo*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 3.

37. Ci si riferisce al momento storico dell'esperienza processuale descritto e discusso da F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1981, p. 338 ss. (con rinvio ad ulteriori fonti anche dissenzienti), allorquando cioè "la provocatio ad populum converte un meccanismo repressivo da 'amministrativo'" (l'*imperium*) "a 'giurisdizionale'".

38. Così, F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, p. 63.

presuppone una visibilità del reato tale da escludere il rischio di valutazioni indiziarie tenute basse, per grado di concludenza, oltre la misura del lecito. L'investitura istituzionale della polizia – che, percepito direttamente il reato nel suo manifestarsi, assume funzioni giudiziarie (art. 220 disp. att. c.p.p.) – esige la formalizzazione della "scriminante" attraverso requisiti normativi serrati, come si conviene ad un ordinamento giuridico liberaldemocratico dove è lo stato a detenere il monopolio della forza fisica legittima. In altre parole, il giudizio di proporzionalità tra l'offesa inflitta o minacciata dall'illecito e la lesione del bene inviolabile della libertà personale, attuata in reazione con l'arresto,[39] non è lasciato dipendere integralmente dalla situazione concreta; piuttosto, esso è ancorato ad una serie di qualificazioni relative al reato flagrante che la legge processuale mutua da categorie di schietta matrice sostanziale: elenco tassativo delle ipotesi delittuose e indicazione delle soglie edittali di pena che obbligano o autorizzano l'esercizio dell'attività coattiva; rilevata presenza di cause di giustificazione o di non punibilità a renderlo di contro vietato.

Se poi ci si chiede quale comprensione di parametri a così elevata specializzazione giuridica possa pretendersi dal *quivis de populo*, affinché sia tollerabile un suo agire "scriminante" (art. 383 c.p.p.), la risposta risente del carattere non doveroso ma solo facoltativo dell'intervento a lui demandato in via d'eccezione; secondo la stima dell'ordinamento è dunque meglio che se ne astenga, ogni qual volta il naturale dubbio sui presupposti del potere coercitivo rischi di precipitarlo nella fattispecie delittuosa dell' "arresto illegale" (art. 606 c.p.).[40] Tanto è ormai stretto il nesso tra *doppelfunktionelle Prozeßhandlungen* e tipicità della loro disciplina, a salvaguardia delle libertà individuali dall'aggressione dell'autorità, che pure al comune cittadino si ascrive nei rari casi di delegazione ad incidere sui diritti altrui la temporanea qualità di "pubblico ufficiale";[41] le responsabilità disciplinari e penali collegate al ruolo, difatti, chiudono gli spazi all'uso indiscriminato della forza. Soltanto di scorcio, osserviamo d'altronde come al privato si finisca con l'attribuire funzioni di natura pubblicistica anche quando compie attività processuali sprovviste di efficacia materiale diretta, non appena ci si risolve ad estendergli

39. In tal senso, v. già M. CHIAVARIO, Profli di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta, *La libertà personale*, a cura di L. ELIA e M. CHIAVARIO, Utet, Torino, 1977, p. 211.

40. Una ricostruzione più dettagliata della questione si è tentata in D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 94-95.

41. Corte cost., sent. 10 giugno 1970, n. 89.

facoltà riservate d'abitudine a magistratura e polizia; esempio che richiama l'attenzione è la vicenda delle indagini difensive, un tempo considerate addirittura illecite e in seguito espressamente autorizzate dalla legge per l'esercizio del diritto alla prova (art. 38 disp. att. c.p.p.), così da togliere loro lo stigma dell'antigiuridicità.[42] L'intento legislativo di espanderne le potenzialità, più di recente (l. 7 dicembre 2000, n. 397), ha comportato una crescita corrispondente nel grado di formalizzazione degli atti investigativi consentiti, ora tipici (artt. 391-*bis* ss. c.p.p.), contraltare della quale si è tuttavia ben presto rivelata la possibile responsabilità penale del difensore in ordine a condotte proprie del pubblico ufficiale: tale, appunto, l'ipotesi di "falso ideologico" ravvisata nella redazione mendace del verbale che documenta l'atto compiuto.[43]

Con maggiore approssimazione ai drammatici casi venuti alla ribalta nell'ultimo periodo,[44] il discorso tenuto sin qui porta ad escludere che gli

---

42. Una rassegna ragionata della giurisprudenza disciplinare forense circa l'illiceità di ogni contatto tra il difensore e i testimoni, sotto il codice di rito del 1930, può leggersi in F. LAZZARONE, Le indagini difensive, in Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale, diretta da M. CHIAVARIO e E. MARZADURI. *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coord. da M. G. AIMONETTO, Utet, Torino, 1999, p. 296 ss. Nel senso che la "funzione della *difesa*, in quanto tale, di fronte al favoreggiamento non può assumere altro rilievo che quello di limite, esegetico (ai fini della configurazione del tipo di reato) o eventualmente scriminante, in ordine a fatti di oggettiva tipicità penale", v. D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 225. Centrano come sempre il tema gli argomenti di T. PADOVANI, Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del Codice Penale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 924: "sembra francamente riduttiva l'idea di confinare la funzione dell'art. 33" (poi divenuto l'art. 38 disp. att. c.p.p.) "nei limiti di una scriminante 'speciale' del delitto di favoreggiamento. Così ragionando si dovrebbe concludere (non senza uno spunto paradossale) che il difensore il quale si attivi a norma dell'art. 33 cit. (...) è pur sempre autore di un'offesa tipica, ancorché giustificata; mentre, al contrario, sembra chiaro ch'egli svolge un compito essenziale per realizzare il contraddittorio e determinare così la formazione di una corretta 'verità processuale'".

43. Tale, la conclusione raggiunta nell'autorevole arresto di Cass., sez. un., 27 giugno 2006, Schera, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3985, con argomentazioni esattamente anticipate in dottrina da S. CARNEVALE, Questioni irrisolte in tema di documentazione delle indagini difensive, *Giur. it.*, 2003, p. 9 ss. All'indomani dell'ultima riforma aveva subito paventato il rischio di un difensore "in divisa", M. NOBILI, Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?, *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 14.

44. Si allude al caso di minaccia di gravi sofferenze, rivolte dagli agenti di polizia all'arrestato per estorcergli confessioni, episodio emerso in Germania e noto alle cronache come *Fall Daschner*; il clamore suscitato dalla vicenda, riguardante l'attività di repressione di un reato comune, dipende anche dal suo collocarsi entro il più ampio dibattito sulla

organi dello stato – e in particolare quelli incaricati del perseguimento penale – possano divincolarsi dal rigoroso apparato formale eretto a giustificazione delle condotte lesive riconducibili ai medesimi per esigenze funzionali, invocando sussidiariamente l'applicazione a proprio favore delle scriminanti di diritto comune. Salvo verificare più in là quali conseguenze processuali discendano dal superamento dei limiti istituzionali assegnati, s'intuisce già ora che una soluzione del genere finirebbe per contraddire le stesse ragioni logiche e di principio sottese alla disciplina del rito; difatti, di tale importanza sono i valori finali o strumentali messi in pericolo dalla fisiologica durata del procedimento penale che la necessità di neutralizzare la fonte della minaccia spingerebbe – specie nei casi di maggiore allarme sociale – ad una sistematica violazione delle norme formali con l'aspettativa di avvalersi di qualche "stato di necessità" sostanziale.[45] In altre parole, l'ordinamento rinnegherebbe i propri compiti di tutela dell'individuo dalle coercizioni statuali qualora considerasse lecite, in base allo schema autonomo delle esimenti comuni, quelle condotte spregiudicate, quanto fatalmente stimolate dagli enormi poteri disponibili alla repressione penale, che gli stretti requisiti delle "scriminanti" processuali tendono a prevenire, mostrando al potenziale trasgressore i confini di altrettanti reati.

3. LE ALTERAZIONI ALLO SCHEMA DELLE NORME PROCESSUALI: A) *FUMUS DELICTI* E PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Se è propensione diffusa quella di dilatare l'efficacia "scriminante" del processo (oggi dinanzi all'allarme terroristico), occorre ribadire che l'obiettivo

---

legittimazione della tortura, sviluppatosi specialmente in relazione ai mezzi di contrasto delle organizzazioni criminali a matrice terroristica. Nell'ambito di una copiosa letteratura, si vedano le considerazioni dall'angolatura processuale di F. SALINGER, Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung, *ZStW*, 2004, p. 35 ss., dove è posta l'interessante questione se la minaccia di tortura da parte della polizia, allo scopo di salvare l'ostaggio ma nel corso del procedimento penale, integri una cosiddetta *doppelfunktionelle Maßnahme*, a cavaliere tra persecuzione penale e prevenzione dal pericolo. Se ne tratterà di nuovo al § 5.

45. Nega l'applicazione dello stato di necessità a favore degli organi pubblici, stante "la previsione espressa di poteri autoritativi e procedurali in sé privilegiati", M. DONINI, *Il diritto penale* cit., p. 771, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni di dottrina italiana e tedesca; l'intera problematica, emersa già negli anni Settanta di fronte ai fenomeni di terrorismo interno a sfondo politico, è oggetto dello studio monografico di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 433 ss.

implica l'alterazione di certe proporzioni stabilite tra le molteplici misure bifronti e all'interno di ciascuna di esse. Provvedimenti cautelari, mezzi di raccolta della prova, atti d'indagine, possono diventare fungibili ed assicurare indifferentemente persone, cose, tracce, qualunque sia l'importanza dei beni giuridici in causa, al servizio di un processo a sua volta piegato ad esigenze preventive. Basta allungare l'elenco delle figure criminose, come anche abbassare la soglia di pena edittale che concorre ad autorizzare l'impiego delle misure più incisive; oppure togliere a queste ultime il ruolo di *extrema ratio*, capovolgendolo in una presunzione di adeguatezza del mezzo allo scopo nonché di proporzionalità al reato perseguito: il tragitto normativo degli ultimi vent'anni, per restare al codice di rito di età repubblicana, reca segni vistosi o meno nitidi di manovre in questa direzione, sebbene non manchino le retromarce.[46] Il capitolo delle disposizioni speciali designate con la metafora del "doppio binario", ad esempio, meriterebbe da solo un'intera trattazione in chiave di "scriminanti" processuali di altrettante lesioni a libertà fondamentali, lì giustificate con maggiore ampiezza dalla pericolosità degli illeciti coinvolti "per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva".[47]

Essendo la materia sin troppo nota, sarà dunque il caso di limitarci qui a spalancare qualche porta già aperta, allo scopo di indicare i luoghi del processo penale generalmente più sensibili al fenomeno "scriminante". Il principale di essi concerne il grado di fondatezza dell'accusa necessario all'ingresso nella sfera giuridica dell'individuo, questione che accompagna da cima a fondo lo sviluppo della regiudicanda penale. Il momento genetico della *notitia criminis*, con quel suo fungere da "discrimine" tra i territori della repressione e della prevenzione, racchiude in sé il principio di individuazione di un intero sistema, come in parte si vide a proposito dell'arresto in flagranza: soltanto l'iniziativa "giudiziaria" (artt. 13, 14, 15 Cost.), al cospetto cioè di fattispecie munite almeno in apparenza della gravità e dello spessore di un reato, dovrebbe giustificare a modo di reazione proporzionata la lesione di diritti altrimenti "inviolabili" quali la libertà personale, di domicilio e

46. Per una panoramica delle novelle susseguitesi, in particolare, durante il primo decennio dalla riforma processuale del 1988-89, può consultarsi utilmente la *Guida al sistema penale degli anni Novanta. Normativa, giurisprudenza, dottrina*, a cura di V. MILITELLO e R. ORLANDI, Cedam, Padova, 1998, p. 50 ss.

47. Così poteva ritenere "manifesta la non irragionevolezza" dell'esercizio della discrezionalità legislativa, a proposito della presunzione legale di adeguatezza della sola custodia in carcere per i delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (art. 275 comma 3 c.p.p.), Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450.

di comunicazione.[48] Prima ancora e pur senza spingersi all'identificazione del processo con la pena, è innegabile come la stessa indagine comporti notevoli soggezioni a carico di una cerchia di persone potenzialmente vasta, quantomeno perché condiziona i ritmi di vita alle mosse e ai tempi dell'autorità: nessuno ne metterebbe seriamente in discussione il fondamento, ma nemmeno è semplice curiosità il ricordare che anche il terzo estraneo alla vicenda – e talvolta costui specialmente – patisce coazioni strumentali al processo.[49] Quali deformazioni possano subire nella prassi le tecniche investigative emerge dai contesti di "lotta" alla criminalità organizzata, dove il risultato di espandere la capacità "scriminante" della procedura viene ottenuto grazie all'evanescenza delle fattispecie penali associative. Se la norma incriminatrice difetta di precisione – si è messo bene in luce – gli organi d'indagine tenderanno a formare (più che a ricercare) secondo vedute ampiamente discrezionali il presupposto sostanziale del processo, costituito dalla notizia di reato; si assiste così all'indefinito protrarsi di "inchieste preparatorie" ufficialmente esterne al procedimento penale e perciò in larga misura svincolate dai relativi parametri legali di garanzia, durante le quali un'enorme messe di informazioni su certi ambienti sospetti viene raccolta all'insaputa delle persone che solo eventualmente saranno coinvolte nelle successive indagini preliminari.[50]

Non è da pensare che simile spostamento del baricentro più verso le ragioni della sicurezza collettiva resti circoscritto all'avvio del procedimento. Come abbiamo accennato, l'equilibrio si gioca attorno all'intera dorsale dell'accertamento penale. Gli ordinamenti processuali moderni a base costituzionale, difatti, subordinano la liceità degli atti a duplice efficacia

48. La prevalente posizione contraria, ancorché in un'ottica di garanzia, è rappresentata da P. NUVOLONE, voce Misure di sicurezza, *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, p. 636, per il quale i provvedimenti provvisori di restrizione della libertà personale comprendono anche le misure di prevenzione *ante-delictum*: "si arriverebbe, altrimenti, al singolare paradosso (...) di ritenere che la Costituzione tutela la libertà dei cittadini solo nella prospettiva processuale".

49. A rapidi passi, inquadra limpidamente la questione della strumentalità processuale, rispetto al potere finale di decisione, G. DE LUCA, voce Coercizione processuale penale, *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 298.

50. Il merito dell'analisi riportata nel testo va all'ormai classico saggio di R. ORLANDI, Inchieste preparatorie nel procedimento di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 568 ss. Dal lato del diritto penale sostanziale, cfr. anche l'approfondito studio monografico di A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997.

a presupposti probatori dotati di una certa consistenza, commisurata all'importanza dei diritti incisi e all'intensità della restrizione.[51] Si tratta di parametri che possono essere indeboliti dall'esterno e dall'interno, alterandone lo schema normativo, sempre con l'esito di spingere più oltre i margini d'intervento "scriminato" nelle libertà del singolo; la loro molteplicità tipologica non impedisce tuttavia di raggrupparli in due principali categorie, a seconda della prossimità o estraneità del tema di prova alla fattispecie sostanziale che identifica la regiudicanda. La partizione consentirà di chiarire meglio sino a qual punto siano legittimi allentamenti del rigore normativo imposto alle "scriminanti" di matrice rituale, in modo da evitare quell'impropria assimilazione di tutti i requisiti processuali sotto un'unica morfologia che talvolta può nascondersi dietro gli appelli alla flessibilità.

La prima classe di presupposti si avvale di formule che proiettano all'interno della dinamica processuale la struttura statica della norma incriminatrice, adattandone gli elementi costitutivi alle diverse esigenze strumentali suscitate da un accertamento della responsabilità penale ancora fluido: alla ricerca della prova bastano i connotati materiali del "reato" (ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni),[52] mentre le cautele personali implicano valutazioni provvisorie di "colpevolezza" (art. 273). La scelta terminologica è subito traducibile in chiave di latitudine "scriminante", giacché nell'un caso la servitù di giustizia colpisce anche persone non direttamente sospettate di aver commesso il fatto; nell'altro si stringe attorno a chi è ritenuto l'autore del reato. Al tempo stesso, su quella porzione più o meno ampia della fattispecie penale la legge processuale richiede prognosi di attendibilità crescenti in ragione del grado di afflittività posseduto dalla misura e del disvalore dell'illecito perseguito (con linguaggio sintetico: *fumus delicti*; *Verdachtsgrad*, nell'accezione tedesca); così, per rammentare qualche canone eloquente, gli atti a doppia funzione si appagano di "fondati motivi", di indizi "gravi" oppure anche "sufficienti".[53] Si comprende allora come la qualità di simili giudizi intermedi sia messa in crisi, per motivi esogeni, dalla natura indeterminata delle previsioni sostanziali

51. Apre alla visione comparata delle tecniche di bilanciamento in materia, F. RUGGIERI, *La giurisdizione* cit., p. 37 ss.

52. Almeno finché non verrà approvato il d.d.l. 1415/C, d'iniziativa del Ministro della Giustizia (Alfano), la cui ultima versione, approvata dalla Camera nella seduta dell' 11 giugno 2009, esige che le intercettazioni siano autorizzate quando sussistono "evidenti indizi di colpevolezza".

53. Sul valore endoprocessuale della fattispecie penale sostanziale, nonché sulle relative regole di giudizio, v. D. NEGRI, *Fumus commissi delicti* cit., p. 51 ss., 205 ss.

che ne forniscono lo schema, come accade quando il processo riguarda delitti associativi o più in generale figure criminose concepite a scopo anticipatorio della tutela penale. Tra le cause endogene spicca invece la tecnica di attenuare il livello di persuasione preteso dalla regola legale sul convincimento dell'organo investito di potere, con l'identico risultato di potenziare le capacità intrusive del mezzo: ancora a proposito del "doppio binario" processuale, l'emblema di un equilibrio scivolato in quella direzione si rintraccia nella mutata qualifica degli "indizi" che giustificano le intercettazioni relative ai delitti di criminalità organizzata, divenuti da "gravi" solo "sufficienti" (art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152).

La rassegnazione allo slittamento del sistema penale verso marcate funzioni preventive potrebbe dunque trarre conforto dall'idea che la natura processuale delle norme in questione ne renda tutto sommato alquanto malleabili i parametri verso il basso. Formule vaghe, ispirate alla logica del "sospetto", aprirebbero così notevoli brecce al potere discrezionale dell'autorità nell'applicazione di misure anche molto restrittive, lasciando che la prassi trasformi i relativi presupposti in autentici *passepartout*. Al contrario, lo spazio disponibile al bilanciamento incontra proprio sul terreno delle valutazioni anticipate di colpevolezza il limite più saldo, nella tutela riconosciuta all'imputato dall'art. 27 comma 2 Cost. Se la presunzione d'innocenza serve a ripartire in favore dell'accusato il rischio dovuto alla necessità di ricondurre a misure solo strumentali gli stessi effetti pratici della sanzione finale, allora la prognosi di responsabilità che rende conformi a diritto le *doppelfunktionelle Prozeßhandlungen* va fissata al livello più alto, in modo da diminuire al massimo il pericolo di vulnerare frattanto la libertà di un individuo destinato a non subire pena all'esito del processo.[54] Nella logica della proporzionalità, simile criterio virtuoso dovrebbe riguardare almeno le restrizioni a fini processuali paragonabili, quanto ad invasività e durata, allo stato detentivo legittimato dalla condanna, com'è confermato sul versante negativo del fenomeno dall' "equa riparazione" concessa alla persona che sia stata "vittima" di coercizioni obiettivamente antigiuridiche per difetto del *fumus delicti* (art. 314 comma 2 c.p.p.):[55] esteso in altri ordinamenti al di là

54. Il ragionamento è sviluppato da E. MARZADURI, Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza, *Cass. pen.*, 2002, p. 223, sulle orme di G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare personale. La carcerazione preventiva*, Cedam, Padova, 1953, p. 43; cfr. anche D. NEGRI, *Fumus commissi delicti* cit., p. 8 ss.

55. Alludono espressamente alla persona "vittima" di arresto o di detenzione illegali, l'art. 5, par. 5, Conv. eur. dir. uomo, e l'art. 9, par. 5, Patto int. dir. civ. pol. Sulla

delle misure strettamente custodiali,[56] l'istituto segna comunque l'abbandono di una lunga tradizione a matrice autoritaria, dov'era inconcepibile l'idea che un atto espressivo del potere pubblico potesse costituire violazione del "diritto altrui".[57] Una conclusione, quella appena raggiunta, che concorre a temperare l'odierna tentazione di veder "scriminato" un uso ancor più disinvolto della custodia cautelare in carcere, data la massima idoneità del mezzo a neutralizzare soggetti ritenuti socialmente pericolosi.

4. *(SEGUE)* B) PRONOSTICI SU EVENTI FUTURI E CRITERIO DI PROPORZIONALITÀ

Sarebbe tuttavia miope ignorare che la partita più aperta tra i paradigmi classici della giustizia penale e le misture del *Präventionsstrafrecht* si gioca nel campo delle clausole processuali del secondo genere annunciato poco fa; abbinate ad una serie di attività diverse l'una dall'altra per funzione (probatoria, cautelare, preventiva), tali norme conferiscono al titolare della potestà corrispondente il compito di formulare previsioni su eventi futuri di specie eterogenee,[58] la principale delle quali consiste ai nostri fini – merita anticiparlo – nella commissione di reati distinti da quello in corso di accertamento. Senza dubbio la lesione "scriminata" da precetti processuali di beni a loro volta penalmente tutelati tocca persone estranee al fatto in misura tanto maggiore, quanto minore è la probabilità di successo dell'operazione e più generico il suo oggetto. Del "corpo del reato" possediamo ad esempio una definizione abbastanza precisa (art. 254 comma 2 c.p.p.), mentre l'incerta identità delle "cose pertinenti" all'illecito (art. 247 comma 1 c.p.p.) favorisce ricerche a vasto raggio dentro la sfera privata. Riguardo al livello di affidabilità della prognosi, l'ispezione si giustifica non appena "occorre" scrutare i segni materiali del reato, laddove la perquisizione esige una "fondata" convinzione

---

considerazione dell'imputato quale "*Sonderopfer*" di una "*Pflichtwidrige Inhaftierung*", v. H.-U. PAEFFGEN, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Heymann, Mainz, 1986, p. 217 ss.

56. La legislazione tedesca, ad esempio, estende la riparazione a sequestri e perquisizioni contrari a diritto (§ 2 *StrEG*).

57. Ripercorre e demolisce come "pseudometafisica reazionaria" la dogmatica di G. CHIOVENDA (*Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1928, p. 482) e ARTURO ROCCO (*La riparazione* cit., p. 255), F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Utet, Torino, 1986, p. 151.

58. Analizza la struttura di queste fattispecie, M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 329 ss.

di poter trovare nel dominio altrui persone o cose da assicurare al processo; per captare dialoghi presso il domicilio bisogna invece supporre, di regola, che lì si stia svolgendo l'azione criminosa. Si tratta di segnali normativi rivolti a ordinare per gradi proporzionali di prudenza le illazioni necessarie, i quali tutti concedono nondimeno margini fisiologici assai ampi di discrezionalità agli organi applicatori, prive come sono simili formule processuali di legami diretti con lo schema della fattispecie incriminatrice e il corredo probatorio a sostegno dei giudizi anticipati sulla medesima. Lontane dal rigore che circonda la verifica retrospettiva dell'ipotesi d'accusa, anche quale presupposto di decisioni "allo stato degli atti", le situazioni testé evocate s'inseriscono soltanto a guisa d'episodio nell'itinerario processuale e risultano perciò facilmente sguarnite dei punti fermi idonei a rendere meno aleatorio il ragionamento inferenziale; non si tratta più di sussumere il fatto concreto, sia pure provvisoriamente verificato, sotto lo schema di una determinata figura criminosa, sebbene anch'essa abbinata *rebus sic stantibus*.[59]

La scarsa concludenza del pronostico costituisce un esito programmato dal legislatore quando accentua la vocazione preventiva di certi istituti; corrispondono a questa strategia le innumerevoli figure di perquisizione regolate fuori dal codice di rito penale, in larga parte frutto dei ciclici scenari d'emergenza criminale. Nell'arretrare il *fumus* dietro la soglia indiziaria che connota un'autentica notizia di reato, le norme in questione allentano simultaneamente l'altro presupposto dell'operazione coercitiva, talvolta sino a ridurlo a mero requisito teleologico; ad esempio, l'art. 4 della legge 22 maggio 1975, n. 152, richiamato anche dalla più recente normativa di contrasto al terrorismo internazionale, autorizza la polizia a compiere di propria iniziativa una perquisizione personale sul posto onde appurare l'eventuale possesso di armi, esplosivi o strumenti d'effrazione, se soltanto l'atteggiamento del soggetto caduto sotto sorveglianza non appare giustificabile in relazione alle circostanze di tempo e di luogo.[60] Desta attenzione,

59. Si è cercato di dare sistemazione alle ipotesi appena evocate nel testo, sotto la categoria dei "fatti processuali", in D. NEGRI, *Fumus commissi delicti* cit., p. 57 ss.

60. Per un generoso tentativo di fugare il sospetto di incostituzionalità della norma, v. P. P. PAULESU, Perquisizioni "sul posto", *Contrasto al terrorismo* cit., p. 300-301. Assai critico, invece, F. MORELLI, Commento all'art. 18-bis, d.l. 27.7.2005 n. 144, conv., con modif., in l. 31.7.2005 n. 155 – Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale, *Leg. pen.*, 2005, p. 600, il quale ritiene che le attribuzioni in materia affidate ai membri delle forze armate accentuino, semmai, il rischio di applicazioni disinvolte della perquisizione, indebolendo significativamente il limite posto dal legislatore all'esercizio di un potere comunque eccezionale.

poi, la disciplina delle intercettazioni preventive, la cui collocazione in appendice al codice di procedura penale (art. 226 disp. coord. c.p.p.) avvalora la spinta alla promiscuità tra le indagini anteriori e quelle successive alla commissione di un reato; a dispetto della proclamata esclusione dei risultati acquisiti *ante delictum* dal contesto processuale, non sembra infatti contestabile l'impiego dei medesimi per orientare l'inchiesta penale o anche soltanto stimolare la ricerca d'iniziativa di idonee *notitiae criminis*. L'impressione è di trovarsi dinanzi ad una "scriminante" autoreferenziale, dato che nessuna particolare pretesa di fondatezza razionale qualifica gli "elementi investigativi" da porre alla base del provvedimento autorizzatorio: il pubblico ministero è chiamato semplicemente ad appurare che essi "giustifichino" l'attività di prevenzione, ossia le operazioni d'ascolto "necessarie" ad acquisire informazioni su possibili comportamenti prodromici alla realizzazione di delitti di massimo allarme sociale.[61] Quasi a voler riequilibrare l'eccesso di favore tributato alle ragioni di pubblica sicurezza, a scapito del diritto di comunicare riservatamente, il legislatore vieta l'uso nel procedimento penale di quanto captato; è come se, consapevole di stare autorizzando un'operazione dotata di effetti sproporzionati nella sfera materiale del singolo, causa l'estrema esiguità dei presupposti, tramite la sanzione processuale dell'inutilizzabilità l'ordinamento pretendesse di neutralizzare il conflitto latente con l'art. 15 Cost.[62]

Una tecnica di bilanciamento inammissibile, quella descritta, poiché contrabbanda l'esclusione probatoria come reazione del sistema sufficiente ad impedire e reprimere condotte, invece, astrattamente meritevoli di riprovazione dal lato sostanziale, se non mantenute entro gli stretti confini dell'eccezione;[63]

---

61. La tendenza segnalata sembra destinata ad amplificarsi notevolmente dopo che la l. 3 agosto 2007, n. 124, ha introdotto speciali cause di giustificazione per l'attività di *intelligence* dei "servizi segreti".

62. Considerazioni analoghe svolge F. CAPRIOLI, Le disposizioni in materia di intercettazioni e perquisizioni, *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di CHIARA, Giappichelli, Torino, 2002, p. 23: "L'irrilevanza processuale delle intercettazioni non lenisce in alcun modo il danno inferto al diritto di comunicare segretamente: tanto più se il soggetto danneggiato, come spesso accade, non è minimamente coinvolto nella progettazione o nella realizzazione di attività criminose. Escluso l'impiego processuale dei risultati acquisiti, il legislatore non sembra dunque autorizzato a rendere meno rigorose le condizioni necessarie per procedere alle operazioni di ascolto".

63. La questione è chiarissima nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ritiene necessario che lo Stato introduca disposizioni di diritto penale a sanzione delle pratiche contrarie all'art. 3 C.e.d.u. e le applichi concretamente perseguendo i colpevoli, mentre non reputa sufficienti a far perdere la qualità di vittima di una violazione del genere il solo fatto di escludere la prova a carico ottenuta *contra ius*

al contrario, solo una volta minacciata la pena l'invalidità processuale potrà tutt'al più incentivare gli organi pubblici a comportarsi conformemente a diritto per evitare anche un inutile dispendio di energie.[64] Occorre ribadire al riguardo che l'altra faccia delle attività doppiamente efficaci appena menzionate è rappresentata dalle ipotesi di reato a tutela della libertà individuale, quali sono particolarmente previste dagli artt. 606, 609 e 617 c.p.; allentare sino all'evanescenza le condizioni applicative dei mezzi in questione significa perciò dilatare a dismisura le aggressioni dell'autorità contro diritti inviolabili, rinunciando a punirle per difetto dell'antigiuridicità speciale condensata nella figura dell' "abuso di potere".[65] Il primo limite alla costruzione di clausole aperte verso una così ampia discrezionalità dei soggetti investiti di potere si rinviene nel dettato costituzionale, a proposito della necessità che la legge stabilisca i "casi" e i "modi" di restrizione delle principali libertà dell'individuo; nell'ambito delle norme che comportano valutazioni prognostiche circa il buon esito dell'operazione strumentale, tale garanzia occupa un ruolo paragonabile a quello ricoperto dal principio di tassatività rispetto al precetto penale e alla presunzione d'innocenza quale vincolo a mantenere alto il *fumus delicti*. La riserva assoluta di legge non è soddisfatta semplicemente con la predisposizione di misure tipiche, alle quali vengano assegnate finalità generali di prevenzione o accertamento penale, bensì a patto di conferire ai loro presupposti centrati su eventi futuri una elevata qualità descrittiva, in modo da ancorare a criteri obiettivamente riconoscibili l'accesso "giustificato" nelle sfera privata.[66]

(la posizione è ribadita al § 75. della recente Corte eur., sez. V, sent. 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania, *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1185).

64. Ci si riferisce all'opinione che individua la funzione dei divieti probatori nell'esigenza di disciplinare l'attività degli organi incaricati del perseguimento penale. In quest'ottica – come sottolinea K. ROGALL, Questioni fondamentali in tema di divieti probatori, *Ind. pen.*, 1998, p. 1080-1081 – "i divieti di utilizzazione si fonderebbero su un 'principio sanzionatorio di ordine processuale', che agirebbe come meccanismo di attrazione/repulsione tale da influire con opportuni stimoli (per non dire frustrazioni) sugli organi della repressione penale, i quali sono indotti a comportarsi conformemente al diritto onde evitare inutili sprechi di energia".

65. Fornisce ancora utili spunti la digressione di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Utet, Torino, 1964, p. 688 e nota 3, il quale mette in luce come il legislatore del 1930 avesse sostituito con la formula omnicomprensiva dell'abuso di potere le specificazioni contenute nel progetto preliminare e nel codice previgente, dove si richiamavano l'usurpazione di potere, l'eccesso dai limiti di competenza, la non conformità ai casi, alle condizioni e alle formalità previste dalla legge.

66. Un esempio importante a sostegno della nostra tesi viene dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla tematica dei prelievi biologici coattivi . Dapprima

Ma la prospettiva seguita fin qui fornisce conferme ulteriori all'assunto. Se la visione rovesciata del processo come fenomeno "scriminante" mirava ad accentuarne la funzione di mezzo di lotta contro la criminalità, si ammetterà che essa induce pure una consapevolezza dei vincoli imposti alle formule strumentali maggiore di quanto non permettesse la tradizionale considerazione separata dal diritto materiale. Poiché concorrono a segnare i confini tra le attività lecite e quelle penalmente riprovate, le norme processuali attributive di poteri a contenuto indeterminato lasciano all'autorità giudiziaria margini di arbitrio tali da precipitare i destinatari di una fisiologica *servitus iustitiae* nel ben diverso ruolo di vittime potenziali di costante aggressione; al pari delle fattispecie incriminatrici di tenore generico, presupposti labili delle *doppelfunktionelle Prozeßhandlungen* si tramutano così in dispositivi liberticidi, con la sola variante che la coercizione d'impronta autoritaria non si manifesta nella pena, bensì discende da misure munite di effetti pratici ad essa equiparabili.[67] L'esigenza di tutela dei diritti inviolabili, da bilanciare con gli interessi collettivi alla base delle "scriminanti" processuali, reclama pertanto la conformità anche di queste ultime al principio di stretta legalità (art. 25 comma 2 Cost.), cosicché la precisione della loro fattispecie assicuri contorni certi all'alternativa tra liceità e antigiuridicità della coazione esercitata dai pubblici poteri; diversamente, quella proporzione sarebbe solo in apparenza prestabilita dalla legge, ma in realtà delegata alla sensibilità di magistratura e polizia, la quale a sua volta rimarrebbe esposta alle infinite sollecitazioni esterne o interiori: sappiamo come percezioni di insicurezza differenziate secondo i frangenti condizionino le risposte del sistema penale, mettendo a rischio il canone fondamentale della parità di trattamento.

---

la Corte costituzionale (sent. 24 marzo 1986, n. 54) ritenne che fosse sufficiente alla preventiva determinazione dei "modi", l'avere il legislatore regolato il mezzo di prova della perizia; quanto ai "casi", affermò che tra di essi "rientrano sicuramente" le "ragioni relative alla giustizia penale, e all'accertamento della verità che la concerne". L'approdo successivo (sent. 9 luglio 1996, n. 238), propiziato dall'accentuazione del *favor libertatis* nel codice di rito del 1988-89, segna l'abbandono della logica finalistica a tutto vantaggio dell'esigenza di tipicità: il rinvio alla legge da parte del dettato costituzionale non può infatti tradursi nell'ulteriore rimando della stessa "alla piena discrezionalità del giudice che l'applica, richiedendosi invece una previsione normativa idonea ad ancorare a criteri obiettivamente riconoscibili la restrizione della libertà personale". Notevoli sviluppi riguardo al principio di tassatività, sul versante della disciplina delle intercettazioni, trae dalle pronunce costituzionali (*in primis*, dalla fondamentale sent. 6 aprile 1973, n. 34) e di legittimità, F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 67 ss.

67. Il passaggio argomentativo è mutuato dalle pagine imprescindibili di F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Cedam, Padova, 1979, p. 286-287.

La conclusione intermedia così raggiunta si completa di alcuni corollari in tema di funzioni preventive attribuibili agli istituti processuali; quand'anche si riconoscesse l'ineluttabilità del fenomeno dentro la moderna società del rischio, come sembra ragionevole, ne andrebbero comunque attentamente sorvegliati i confini. Il pronostico preteso dallo schema normativo dell'atto a duplice efficacia riguarda in tal caso la futura commissione di reati da parte di chi, tuttavia, non può essere considerato colpevole finché rimane instabile l'accertamento a suo carico della regiudicanda principale; onde evitare che la privazione anticipata della libertà personale contraddica la presunzione d'innocenza, occorre dunque dare spazio all'esigenza di tutela della collettività accanto al presupposto del *fumus commissi delicti*, senza confondere l'una nell'altro: il motivo della cautela finirebbe altrimenti per coincidere in sostanza con il rimprovero di responsabilità che giustifica la pena, vietato sino alla condanna definitiva.[68] Ne deriva, da un lato, l'incostituzionalità di meccanismi legali che inferiscano l'esistenza del *periculum libertatis* dalla sola valutazione di colpevolezza provvisoriamente formulata[69]; detto altrimenti, le opposte ragioni dell'individuo e dell'autorità vanno soppesate in concreto, se non si vuole che la "scriminante" processuale operi indebitamente alla stessa stregua della decisione finale attuativa del diritto penale sostanziale. Dall'altro lato, si è appena visto come le disposizioni permissive di condotte altrimenti illecite, a danno dei diritti inviolabili, patiscano vincoli più intensi della mera tassatività; il principio di legalità impone di circoscrivere dall'interno i "casi" nei quali la limitazione di libertà fondamentali è giustificata, attraverso formule dotate di un adeguato coefficiente di determinatezza. Nel dare spessore a presupposti per natura aleatori, come quelli che implicano previsioni su accadimenti futuri, l'impegno esigibile dal legislatore è di ancorare gli enunciati a specifiche situazioni di fatto; soltanto il legame con circostanze materiali suscettibili di essere provate nella loro reale esistenza fornisce una solida base

68. Sulla "concezione normativa" della presunzione d'innocenza, quale "corollario del principio di colpevolezza". V. R. ORLANDI, Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 132-133.

69. Ritiene in certa misura legittimi simili automatismi, quando sia elevato il coefficiente di pericolosità degli illeciti perseguiti, Corte cost., ord. n. 450 del 1995, cit., sull'erroneo presupposto che il parametro della presunzione d'innocenza sia estraneo "all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, che è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena". La pronuncia è criticata da chi scrive in D. NEGRI, Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p., *Cass. pen*, 1996, p. 2835 ss.

ai ragionamenti a struttura probabilistica che l'applicatore è tenuto a sviluppare e spiegare nella motivazione del provvedimento, rendendoli controllabili. Non potrà quindi trattarsi di timori fondati su semplici congetture, quali scaturiscono da clausole rese elastiche per potenziare l'efficacia preventiva dei singoli mezzi. Piuttosto, la fattispecie a salvaguardia della sicurezza sociale va costruita con la maggiore approssimazione possibile alla soglia del tentativo punibile, pur senza toccarla; la prognosi dovrà trarre sostegno da qualche atto preparatorio sintomatico di un pericolo concreto e attuale, ma non ancora inequivoco al punto da configurarsi come reato *in itinere*, poiché una situazione simile giustificherebbe un autonomo procedimento penale.

I criteri rigorosi testé enucleati si adattato, ovviamente, alle misure di profilassi che incidono nel modo più acuto sulla libertà personale, mentre la probabilità di raggiungere il fine perseguito potrà essere inferiore se l'intervento strumentale coinvolge beni giuridici di minore importanza. E' dunque tollerabile il vincolo reale di sequestro apposto di fronte al "pericolo che la libera disponibilità della cosa possa agevolare la commissione di altri reati" (art. 321 c.p.p.); meno giustificato, al contrario, appare il sacrificio dello *status libertatis* finché la legge processuale autorizza il giudice a dedurre il "concreto pericolo" di condotte delittuose dalle stesse circostanze riferibili al fatto oggetto dell'addebito principale e dalla personalità dell'imputato (art. 274 lett. *c* c.p.p.): proprio quando il pronostico riguarda episodi criminosi ulteriori, rispetto a quello contestato, cresce il bisogno di rintracciare i dati necessari all'inferenza oltre il perimetro dell'ipotesi originaria, affinché lo scopo di prevenzione coesista senza sovrapporsi all'accertamento di colpevolezza nei riguardi dell'imputato. Riferito alle servitù di giustizia imponibili a persone terze, in quanto tali non toccate da alcun *fumus delicti*, il ragionamento complessivo sin qui condotto porta a ritenere che le operazioni intraprese a scapito dei loro diritti inviolabili, per risultare "scriminate", debbano sempre reggersi su situazioni di fatto strette con sufficiente precisione attorno a quel determinato soggetto estraneo, muovere cioè da circostanze capaci di collegare costui in via probabilistica al risultato d'interesse collettivo da raggiungere con l'atto doppiamente efficace; all'opposto, non sono ammissibili le intrusioni indiscriminate nella sfera privata, ad esempio, tramite *screening* genetici di massa oppure mediante la sottoposizione generalizzata a controllo delle utenze telefoniche.[70]

70. Rispetto alla normativa sulle intercettazioni, valorizza il requisito della assoluta indispensabilità del mezzo di ricerca della prova ai fini della prosecuzione delle indagini (art. 267 comma 1 c.p.p.), allo scopo di delimitare il novero dei soggetti

5. COERCIZIONI A FORMA LIBERA E REAZIONI PROCESSUALI

L'aspirazione a ridimensionare un così elevato valore garantistico del principio di legalità è divenuta negli ultimi anni fortissima, sorretta dal *topos* della sempre maggiore complessità sociale e della conseguente imprevedibilità dei fattori di rischio collettivo bisognosi di efficace rimedio;[71] la procedura penale è anch'essa immersa in questa temperie culturale, che, dinanzi alla minaccia di agguerrite organizzazioni criminali, torna a prediligere una concezione debole della riserva di legge, incline alla razionalità amministrativa, foriera cioè di semplici direttive di scopo rivolte agli apparati giudiziari. Gli schemi delle disposizioni processuali che attribuiscono potestà "scriminanti" assumono dunque contenuto generico secondo l'ottica funzionale, sia nel momento della formulazione normativa sia sul piano ermeneutico; clausole aperte si prestano ad autorizzare l'impiego delle tecniche intrusive ritenute più efficienti, in vista di una ottimale gestione pragmatica dei pericoli. Al posto di censire le innumerevoli manifestazioni di simile tendenza nell'ambito del diritto positivo e della prassi, converrà ridurre la casistica ai principali metodi di elusione della garanzia costituzionale che vorrebbe esclusa, al pari della fattispecie penale, qualunque coercizione processuale di libertà inviolabili "*sine lege stricta*";[72] tali espedienti possono essere ordinati sopra una scala di crescente distacco da quel vincolo di tutela delle posizioni soggettive.

---

passivi, E. MARZADURI, Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori, *Cass. pen.*, 2008, p. 4842: se il giudice "è chiamato a motivare al riguardo, non potrà non prendere in considerazione il rapporto tra il titolare dell'utenza intercettata ed i contenuti dell'attività investigativa, per giustificare il coinvolgimento di chi non è raggiunto da indizi di colpevolezza". Nella stessa prospettiva di garanzia, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 124 ss., basa la conclusione sul criterio di pertinenza a norma dell'art. 187 c.p.p. Favorevole a prelievi coattivi indiscriminati nei confronti di terzi, tenuti a collaborare alla stregua dei testimoni, è P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 157, la quale argomenta dal "dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.".

71. Diagnosi del genere, intorno allo "smarrimento del senso originario della legge", percorrono l'opera, assai influente sul pensiero giuridico contemporaneo, di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 41 ss.

72. Enuncia il brocardo, maccheronico ma efficace, del "*nullum Eingriff sine lege*", K. AMELUNG, Erweitern allgemeine Rechtsvertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffbefugnisse des Staates?, *NJW*, 1977, p. 833 ss., opportunamente ripreso da D. SICILIANO, "Non si possono fare con una scavatrice tenere carezze". Sulla giustificazione dell'uso della forza militare contro aerei civili, *Pol. dir.*, 2008, p. 376.

Per il suo collocarsi intorno alla nebulosa frontiera delle condotte "scriminate", merita specifica considerazione anzitutto il fenomeno dei poteri impliciti, del quale s'intuisce la capacità di espansione ben oltre le zone di presa oggi diagnosticabili se continuerà a prevalere la logica della strumentalità. Si tratta di operazioni prive di espressa e analitica base legale, eppure talvolta giustificate poiché connesse ad attività tipiche o ritenute necessario presupposto delle medesime; nel permettere l'esercizio della potestà principale, il sistema renderebbe altresì disponibili agli organi pubblici quegli interessi del singolo il cui sacrificio non comporti un sostanziale incremento di supremazia a favore dell'autorità.[73] Così impostato, il discorso si aggira perciò sui limiti di continenza della "scriminante". Tra gli altri selezionabili, isoleremmo al riguardo gli esempi che colpiscono per l'immediata attinenza al nostro tema, il primo tratto dalla dinamica delle intercettazioni ambientali: è controverso se l'autorizzazione legittima a captare i dialoghi presso il domicilio scrimini le attività materiali di ingresso (fraudolento, clandestino) della polizia nell'abitazione altrui, al fine di collocarvi gli appositi microfoni. La natura esecutiva delle operazioni parrebbe in grado di attrarle sotto lo schema dell'adempimento di un dovere, tuttavia le modalità di restrizione della libertà domiciliare dovrebbero essere regolate in forma tassativa (art. 14 Cost.), mentre qui la lesione di un secondo diritto inviolabile si aggiunge a quella primaria, rivolta contro la segretezza delle comunicazioni, senza il sostegno di specifiche indicazioni legali. La giurisprudenza, sensibile alle ragioni di efficacia funzionale, identifica in maniera surrettizia la questione dei "modi" con il profilo ad essa preliminare degli scopi, ritenendo bilanciata l'aggressione ulteriore alla sfera individuale dall'esigenza di proteggere valori anch'essi fondamentali come il perseguimento dei reati e gli interessi superiori della giustizia.[74] L'argomento si dimostra appunto arbitrario, come accadde a proposito dei prelievi ematici coattivi strumentali alla perizia: anche lì, la finalità di acquisizione della prova si ritenne dapprima sufficiente a giustificare manomissioni innominate della libertà personale, nell'ottica dell' "accertamento della verità"; sennonché, la Corte costituzionale rivide in seguito il proprio stesso orientamento e distinse gli obiettivi perseguiti mediante l'uso della forza, pur essenziali al sistema, dalla

73. Fonte d'ispirazione, per l'inquadramento dei poteri impliciti, è lo studio di N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 408-411.

74. In tal senso, cfr. CASS., sez. VI, 10 novembre 1997, GRECO, *Cass. pen.*, 1999, p. 1190; CASS., sez. VI, 8 maggio 1992, CORVASCE, *ivi*, 1994, p. 1028; CASS., sez. VI, 20 febbraio 1991, Morabito, *Giust. pen.*, 1992, III, c. 100. Corte cost., ord. 19 luglio 2000, n. 304, nell'evidenziare che spetta al legislatore stabilire le modalità esecutive dell'operazione, accenna al fatto che esse "non richiedono necessariamente un'intrusione arbitraria nel domicilio".

tutela dovuta al soggetto passivo consistente nell'obbligo legale di precisare "in positivo" le condizioni di liceità dell'operazione.[75]

Nello spettro di soluzioni sperimentate dagli ordinamenti statuali (anche sul piano internazionale) contro le più pericolose manifestazioni criminali ha assunto un'importanza via via crescente sino alla centralità la figura dell' "agente provocatore" o, talvolta, solo "infiltrato". Di questa composita categoria[76] preme dare risalto al nucleo essenziale della struttura normativa, che la situa del tutto al di fuori della tipicità processuale: le garanzie formali qui si dissolvono in funzione della massima efficacia nel conseguire il risultato. Osservando il fenomeno dall'angolatura prediletta delle *doppelfunktionelle Prozeßhandlungen*, senza scendere nei dettagli e con qualche inevitabile imprecisione, si può dire che il bisogno di una peculiare sistemazione delle attività sotto copertura nasca dall'inadeguata capacità scriminante della previsione generale sui compiti della polizia giudiziaria; sebbene formulata in modo "pericolosamente onnicomprensivo",[77] l'indicazione teleologica contenuta nell'art. 55 c.p.p. non è tale da autorizzare o addirittura imporre alla stregua di doveri d'ufficio le condotte provocatorie e di compartecipazione criminosa, giacché la prevenzione delle ulteriori conseguenze del reato, la ricerca degli autori e l'assicurazione delle fonti di prova costituiscono altrettante funzioni da esercitarsi dentro il contesto di regole processuali vincolanti subito dopo la *notitia criminis* (art. 220 disp. att. c.p.p.). Per affrancare la polizia dai limiti del rito nel compimento di operazioni atipiche ad esso strumentali, ma all'un tempo munite di efficacia materiale, il legislatore ottiene dunque direttamente l'esito scriminante con l'introduzione di apposite norme sostanziali dove si specifica quali condotte preordinate ad acquisire elementi probatori non siano punibili: estrapolata come sintesi dalle singole cause di giustificazione a matrice processuale, quella generica finalità di accertamento dei reati viene elevata ad interesse prevalente nella comparazione con i beni tutelati dalle norme incriminatrici che gli organi di polizia sono legittimati a trasgredire.[78]

---

75. Del mutamento d'indirizzo della Corte costituzionale si è dato conto alla nota 65.

76. E' da tempo condivisa l'opinione che il concetto di agente provocatore rappresenti la "sintesi verbale di ipotesi diversissime tra loro ed eterogenee, raggruppate per comodità sotto questa etichetta" (C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 239).

77. Tratta con cura l'argomento, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 3. ed., Utet, Torino, 2007, p. 142.

78. Un'attenta e documentata ricostruzione del fenomeno, a cavaliere fra diritto penale sostanziale e processuale, si deve al recente studio di F. BELLAGAMBA, *I problematici*

L'ordine processuale avanza tuttavia egualmente le proprie pretese. La caduta dell'involucro formale, in altre parole, non preserva l'agire dell'autorità dagli autonomi divieti in materia di prova. Diritto formale e sostanziale non si specchiano l'uno nell'altro come in un gioco, sì da giustificare nel rispettivo mondo la condotta lesiva doppiamente rilevante. Si potrà discutere se l'uscita dalle proporzioni della scriminante sostanziale *ad hoc* renda illegittimo il frutto di una condotta scivolata così nell'illecito,[79] non sembra però dubbio che la valutazione positiva di conformità al diritto materiale lasci sussistere ciò nonostante ambiti di antigiuridicità processuale quando il contegno poliziesco leda simultaneamente valori primari interni alla giurisdizione (anzitutto, i profili toccati dalla garanzia del *nemo tenetur se detegere*) o comunque assunti pure sotto la sua tutela da speciali disposizioni di rito (ad esempio, la libertà

---

confini della categoria delle scriminanti, Giuffrè, Milano, 2007, p. 131 ss., e in particolare: per i rapporti tra l'art. 51 c.p. e l'art. 55 c.p.p., p. 140-145, 167, 209-216 ("Com'è agevole constatare, la 'legalizzazione' dell'attività di polizia segue da vicino l'evoluzione delle modalità di estrinsecazione delle condotte incriminatrici, non essendovi forma di attività investigativa che non corrisponda ad un'ipotesi di reato"); quanto al bilanciamento degli interessi, p. 162-163; riguardo ai riflessi processuali, con ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza, p. 184-190. L'Autore critica la tesi che definisce come "rivisitazione, in chiave *processualistica*" delle disposizioni relative alle attività sotto copertura, non più considerate quali cause di giustificazione idonee ad escludere l'illiceità originaria della condotta, bensì altrettante manifestazioni di un potere investigativo oggetto di specifica e puntuale regolamentazione: nel senso che le norme in questione attribuiscano una "competenza investigativa" ad un soggetto che altrimenti ne sarebbe privo, almeno nelle ipotesi di previa autorizzazione rilasciata dall'autorità giudiziaria, v. C. DI BUGNO, Commento all'art. 14, l. 3 agosto 1998, n. 269 - Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale, in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù, *Leg. pen.*, 1999, p. 158 ss.; di "attività pubbliche autoritative regolamentate" scrive A. VALLINI, *Il "caso Teixeira de Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, ivi, 1999, p. 203 ss.

79. Si tratta di un capitolo, tra i più spinosi, della più generale questione relativa alla "prova illecita", frutto cioè di una condotta criminosa, che costituisce il profilo reciproco di quello esaminato nel presente scritto sull'efficacia scriminante del processo; ad essa si collega anche il dilemma circa la "contaminazione" a catena delle conoscenze derivate dalla prova acquisita *contra legem*. In argomento si rinvia all'ottima sintesi di R. ORLANDI, Prova penale (disposizioni generali), *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4705. Nel panorama giurisprudenziale riferibile all'attività sotto copertura svolta fuori dei casi previsti, si vedano gli opposti indirizzi di CASS., sez. III, 5 maggio 2004, Gullello, *Cass. pen.*, 2005, p. 2683, e CASS., sez. III, 8 giugno 2004, GANCI, *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 753, rispettivamente schierate contro e a favore della legittimità del sequestro probatorio dei *corpora delicti*.

morale);[80] le conseguenze sul piano processuale delle attività clandestine esulano infatti dal bilanciamento tra la sfera soggettiva incisa con l'operazione segreta e i beni giuridici offesi dalle gravi fattispecie criminose che si vogliono reprimere mediante quella efficace tecnica investigativa.

Va quindi respinta l'idea che le rivelazioni inconsapevoli delle persone coinvolte dall'indagine dissimulata non ricadano nel divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato (art. 62 c.p.p.), siccome l'agente intruso manovrerebbe fuori della sede processuale e senza i connessi poteri autoritativi;[81] allo stesso modo, non merita condivisione quell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene legittimo l'uso processuale dei colloqui registrati in maniera occulta da parte degli ausiliari di polizia interposti, negando a simili pratiche la qualifica di captazioni ambientali prive della necessaria autorizzazione giudiziale.[82] La legalità del sistema probatorio si regge infatti su precetti distinti da quelli materiali, anche se talora sovrapponibili ad essi per contenuto (artt. 64 comma 2, 188, 189 c.p.p.), oltretutto rinserrati dall'autonoma regola di esclusione delle conoscenze ottenute *contra legem* (art. 191 c.p.p.); la loro trasgressione non può essere perciò scriminata da disposizioni permissive di natura sostanziale, sebbene ispirate ad una generica finalità di accertamento dei reati: insidie, trappole, provocazioni degli agenti sotto copertura mettono in pericolo diritti processuali a loro volta inviolabili che sono altresì espressione di fondamentali scelte di civiltà, come la libertà di non contribuire alla propria incriminazione (art. 24 Cost.); la protezione di questi valori impone metodi di sondaggio sulle conoscenze della persona circondati da precauzioni formali, anziché lasciati alle potenti scorrerie degli investigatori.[83]

---

80. Ritiene che, nell'ottica processuale, "un'operazione *undercover* posta in essere violando i limiti normativamente stabiliti" sia "sempre, e prima di tutto, un'attività investigativa illegittima", C. BORTOLIN, Operazioni sotto copertura e "giusto processo", *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. BALSAMO e R. E. KOSTORIS, Giappichelli, Torino, 2008, p. 417: "La qualificazione in termini di illiceità del comportamento tenuto dall'agente rappresenta un dato ulteriore ed eventuale che, nel caso concreto, può anche non essere integrato (ad esempio, per le difficoltà di provare l'elemento soggettivo del reato), senza che questo, però, consenta di ritenere utilizzabili gli elementi di prova raccolti a carico del soggetto nei cui confronti l'operazione era stata attivata". L'Autrice (p. 422), sulla scia di Comoglio, si spinge poi a ricavare l'inutilizzabilità delle conoscenze ottenute dalla lesione delle "garanzie che si compendiano nella formula del 'giusto processo'".

81. CASS., sez. IV, 29 maggio 2001, Tomassini e a., *Riv. pen.*, 2002, p. 623.

82. CASS., sez. I, 23 gennaio 2002, Aquino e a., *Giust. pen.*, 2003, III, c. 644.

83. Esemplare, la motivazione al riguardo di CASS., sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, *Cass. pen.*, 2004, p. 21 (nel solco tracciato da Corte cost., sent. n. 34 del 1973, cit.),

Certo il precetto processuale non è in grado di regolare ogni comportamento dei suoi destinatari in maniera tassativa; esistono attività a schema parzialmente libero, rispetto alle quali la legge fissa una dettagliata cornice di garanzie a protezione del soggetto passivo e affida poi le concrete modalità di esecuzione all'organo competente. Nessuno immagina, ad esempio, che la tecnica di redazione normativa possa giungere alla minuziosa descrizione di come si debba condurre un interrogatorio, eppure anch'esso implica quasi per natura un certo grado di pressione su chi lo subisce; un atto ad esclusiva funzione processuale manifesta così un calcolato risvolto materiale. Consapevole dell'implicita natura bifronte, il legislatore allestisce una serie di presidi allo scopo di impedire e reprimere, già dal lato processuale, trattamenti sulla persona contrari a diritto. Si possono qui ricordare almeno alcuni aspetti salienti: vista la tendenziale sfiducia nelle pratiche di polizia, il codice abilita soltanto il magistrato a compiere l'interrogatorio del soggetto *in vinculis* e ne prescrive la documentazione con mezzi audiovisivi per dissuadere anche l'autorità giudiziaria da indebite modalità di escussione (art. 141-*bis* c.p.p.). Il profilo di maggiore interesse sta tuttavia, ancora una volta, nell'individuare la soglia entro la quale possono considerarsi "scriminate" dalla finalità di accertamento dei reati condotte altrimenti illecite. Qui l'ordinamento processuale italiano cerca di determinare il limite negativo tramite fattispecie "a forma libera", nell'impossibilità di prevedere in anticipo ogni tipo di aggressione vietata. Precisamente, gli artt. 64 comma 2, 188 e 189 c.p.p. sono centrati sull'idoneità causale di qualsiasi "metodo" o "tecnica" a ledere il bene protetto della libertà morale, ciò che ha il pregio di evitare una tassatività rischiosa per i varchi lasciati a manovre abusive nella sfera individuale, ma può esporsi al tempo stesso a valutazioni non omogenee sul livello di patimento tollerabile. Altri sistemi si spingono invece a nominare taluni mezzi senz'altro banditi: volendo selezionare una formula paradigmatica, la disciplina tedesca dell'interrogatorio proibisce il maltrattamento, l'affaticamento, l'offesa all'integrità corporale, la

---

il cui passaggio saliente merita riportare: "La pratica investigativa di ricorrere alla registrazione occulta di colloqui che la polizia giudiziaria intrattiene con confidenti, persone informate dei fatti, indagati o indagabili va decisamente scoraggiata, perché, stenta, innanzi tutto, a conciliarsi con il disposto degli artt. 188 e 189 c.p.p., per il naturale sospetto della presenza di insidie di natura fraudolenta che possono incidere sulla libertà morale della persona interessata, e perché soprattutto deve rapportarsi, per ricevere legittimazione, alle altre regole che presidiano determinati mezzi di prova". Ne analizza da vicino il legame con lo *ius tacendi*, V. PATANÉ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 85-90.

somministrazione di particolari sostanze, la tortura, l'inganno e l'ipnosi;[84] un segnale dotato di analoga precisione può semmai rintracciarsi nel nostro art. 274 lett. *a* c.p.p., là dove censura l'impiego strumentale delle misure cautelari personali allo scopo di estorcere confessioni.[85]

Le osservazioni appena sviluppate protendono il discorso verso l'ultima e forse più clamorosa manifestazione di esiti "scriminanti" che si vorrebbero ricondurre al processo, mentre a ben vedere si allontanano dal suo *quid proprium*. Si allude per l'appunto al caso degli organi investiti di poteri funzionali alla repressione penale, i quali, nell'adempiere i loro compiti, esercitino un tasso di violenza a danno dell'individuo superiore a quello ammesso dalle norme processuali, per costringere costui a svelare informazioni ritenute necessarie alla prevenzione di tragiche conseguenze criminose. Il dibattito si è riacceso in sede politica e teorica, allorché il fine di sventare attentati terroristici potenzialmente mortali per un numero elevato di persone ha indotto anche taluni giuristi alla tentazione di giustificare forme controllate di tortura inferte a soggetti sospettati di esserne partecipi;[86] l'esperienza relativa ad indagini su reati assai meno allarmanti si è subito incaricata di lasciar filtrare dal chiuso delle sale d'interrogatorio pratiche egualmente brutali di polizia, spesso misconosciute, motivate nel caso balzato sotto i riflettori con l'esigenza di salvare una vita umana creduta in pericolo.[87] Vedemmo a suo tempo le ragioni che militano contro l'applicazione agli attori istituzionali della giustizia di scriminanti comuni quali la legittima difesa del terzo o il soccorso di necessità:[88] esse risiedono nella stessa esistenza e identità del fenomeno processuale, inscindibile dal vincolo al rispetto delle forme da parte di chi ha il monopolio della forza fisica legittima; questo affinché le gravi urgenze fatalmente connesse allo sviluppo temporale dell'attività di repressione penale non vengano percepite dagli organi dello stato, nell'esclusivo interesse di quest'ultimo, come eccezionali stati di necessità idonei

84. Rammenta opportunamente la disposizione dell'ordinamento processuale tedesco (§ 136-*a StPO*) e le sue interpretazioni presso la dottrina, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 376 e nota 109.

85. Per una serie di stimolanti rilievi in proposito, v. E. MARZADURI, Quale rimedio è invocabile dinanzi a prove costituite da dichiarazioni rese sotto la pressione della custodia in carcere in atto o annunciata da inequivoci precedenti giudiziari?, *Critica dir.*, 1995, p. 58 ss.

86. Se ne è fatto cenno alla nota 9. L'intero dibattito viene comunque ripercorso, da ultimo, nel saggio di E. BEA, Il divieto di tortura rimesso in discussione, *Ragion pratica*, 2009, (32), p. 133 ss.

87. L'allusione è ancora una volta al "caso *Daschner*" (v. *retro*, nota 44).

88. § 2, alla fine.

ad autorizzare coercizioni oltre i limiti imposti dalle norme di rito. Rimane ora da ribadire, a chiusura del cerchio, come l'attuale disciplina processuale contenga in sé l'antidoto a soluzioni di fonte sostanziale che intendessero esonerare da responsabilità penale condotte eterodosse del magistrato o della polizia; l'eventuale liceità dell'aggressione non sottrarrebbe comunque ad una valutazione d'illegittimità la conoscenza acquisita soltanto grazie ad essa, per contrarietà al divieto di menomare al servizio della giustizia l'integrità psicofisica del soggetto (art. 188 c.p.p.). Tale pregiudizio si configurerebbe come trattamento lesivo della dignità umana, la quale costituisce un valore assoluto non bilanciabile neppure al cospetto delle notevoli difficoltà di accertamento e dei pericoli di massimo grado innescati dalla criminalità terroristica.[89]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione, de Sergio Chiarloni – *RePro* 152/87;
- Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa, de Luigi Paolo Comoglio – *RePro* 116/97;
- Il "giusto processo" civilenella dimensione comparatistica, de Luigi Paolo Comoglio – *RePro* 108/133; e
- La verità presa sul serio, de Sergio Chiarloni – *RePro* 184/273.

89. Si veda Corte eur., sez. V, sent. 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*, cit., § 69, dove è ribadito il carattere assoluto del divieto di trattamenti contrari all'art. 3 C.e.d.u., anche in caso di pericoli che minaccino la vita della nazione, o, *a fortori*, quella di un individuo. Cfr. anche Corte eur., sent. 27 agosto 1992, *Tomasi c. Francia*, *Serie A*, n. 214/A, secondo cui "la necessità dell'inchiesta e le innegabili difficoltà della lotta contro la criminalità, in particolare in materia di terrorismo, non possono determinare una limitazione della protezione dovuta all'integrità fisica della persona". La posizione della Corte europea dei diritti umani sull'art. 3 C.e.d.u., per i profili più direttamente coinvolti nel nostro discorso, è al centro del saggio di R. M. AVOLA FARACI, Prassi di polizia e tortura degli indagati: considerazioni intorno alla sentenza Selmouni della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Leg. pen.*, 2000, p. 601 ss. Perentorio, R. ORLANDI, (Rito penale e salvaguardia dei galantuomini, *Criminalia*, 2006, p. 309), nell'affermare l'esistenza di "diritti irrinunciabili dell'uomo di fronte all'autorità pubblica: diritti non bilanciabili per nessuna ragione e in nessuna situazione, per quanto eccezionale".

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

2

Corporate criminal liability in Spanish law

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA

Catedrático de Derecho Penal – Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL). El presente trabajo forma parte del Proyecto de investigación DER 2010-21164 (Subprograma JUR), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que el autor es investigador principal.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Internacional

RESUMEN: La exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, definitivamente introducida en España por la reforma operada en 2010, suscita muchas cuestiones controvertidas que necesitan ser adecuadamente abordadas. Se trata de una responsabilidad basada en los delitos cometidos por administradores, representantes y hasta empleados de las entidades con personalidad jurídica. Así que la primera pregunta que necesita clarificación es la naturaleza del modelo: ¿las personas jurídicas son responsables directamente de su propio comportamiento o solo indirectamente por atribución? También se cuestiona el *numerus clausus* adoptado y, muy en particular, la lista de las figuras delictivas susceptibles de generar este tipo de responsabilidad, así como la restricción excluyente de ciertas entidades. Las críticas se

ABSTRACT: The enforcement of corporate criminal liability, introduced in Spain after 2010 Spanish Criminal Code overhaul, raises many controversial issues that need to be properly addressed. Such liability is based on offences committed by managers and representatives (and even employees) of corporate entities. So the first question needing clarification is the nature of the model: are corporations directly accountable for their own behavior or only indirectly, by attribution? Moreover the *numerus clausus* adopted has been deeply criticized, particularly, the list of offences susceptible to this kind of liability, as well as the restrictions excluding some entities. There is also criticism about the defects and insufficiencies of the sanction system.

extienden también a los defectos e insuficiencias del sistema de penas.

PALABRAS CLAVE: Personas jurídicas - Responsabilidad penal - Entidades y empresas - Código Penal español.

KEYWORDS: Corporations - Criminal liability - Entities and companies - Spanish Criminal Code.

SUMARIO: 1. Introducción - 2. Personas jurídicas e intervención penal: evolución del derecho penal español: 2.1 Las llamadas "consecuencias accesorias"; 2.2 La reforma de 2003: nuevas disposiciones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas; 2.3 Responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa; 2.4 Tráfico organizado de drogas: art. 369.2; 2.5 Recapitulación - 3. Alternativas básicas: posición personal - 4. La nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español: 4.1 El nuevo artículo 31 bis; 4.2 Modelo de responsabilidad penal; 4.3 Ámbito de aplicación: "Numerus clausus"; 4.4 Personas jurídicas responsables; 4.5 Penas (y otras consecuencias); 4.6 Reglas de aplicación de las penas; 4.7 Extinción de la responsabilidad penal: excepciones - 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Si en 1983, la reforma urgente y parcial del viejo Código mantuvo el postulado *societas delinquere non potest*, defendido con carácter general en España,[1] introduciendo en su art. 15 bis la fórmula de actuar en lugar de otro –más llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad penal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas–, veintisiete años después, la LO 5/2010 ha supuesto definitivamente el "certificado de defunción"[2] del paradigma anterior,[3]

1. Con todo, no faltaron autores favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España como Saldaña (*Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación)*, Madrid, 1927) o Massaveu (La responsabilidad penal de las personas corporativas en la doctrina y en la legislación. *Revista de Estudios Penales*, II, 1945, p. 50 y ss.), y al igual que Barbero Santos (¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?. *Revista Española de Derecho Mercantil*, 1957. p. 1304 y ss.).
2. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, dir. por Díaz-Maroto y Villarejo, Cizur Menor, 2011, p. 66.
3. En contra, sin embargo, por entender que "la responsabilidad de la persona jurídica sólo es formalmente penal". ROBLES PLANAS, R. *Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP*. 7705, D-359, 29 (pdf). La Ley, septiembre 2011. p. 12 y ss.

estableciendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas en aquellas figuras delictivas (*numerus clausus*) previstas expresamente por la ley.

2. PERSONAS JURÍDICAS E INTERVENCIÓN PENAL: EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL

La gestación de esta importante decisión de política criminal y penal viene, en todo caso, de lejos.

Ya el nuevo Código Penal de 1995 –en cuyo artículo 31 se mantuvo la norma del actuar en nombre de otro– aludió en su art. 262 (*alteración de precios en concursos y subastas públicas*) a la imposición, entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial (inclusiva de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas), algo que, si para Zugaldía Espinar[4] constituía una prueba del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pasó por lo general como anecdótico: un mero descuido del legislador.[5]

Pero, sobre todo, el elenco de reacciones penales tradicionales –penas y medidas de seguridad– se completó en el nuevo Código con las llamadas consecuencias accesorias. Entre éstas, al lado del comiso, ocupaban una posición de relevancia las previstas por el artículo 129, dirigidas a sociedades, asociaciones, fundaciones o empresas (tanto de titularidad individual, como con personalidad jurídica propia)[6] y "orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma" (art. 129.3). La nueva regulación suscitó un importante debate doctrinal, que se vio acentuado cuando la LO 15/2003 afirmó su voluntad expresa de abordaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.[7]

4. "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)". Poder Judicial, 1997, p. 333.

5. CARRASCO ANDRINO, M. M. Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 18, 2006, p. 147.

6. Ídem, p. 159; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*. Madrid, 2002, p. 57.

7. DE LA CUESTA; PÉREZ MACHÍO. Auf dem Weg zu einem Strafrecht für juristische Personen – das spanische Strafrecht. *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht –Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen– Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Sieber *et al* (Hrsg.), Köln-München, 2008. p. 527 y ss.

2.1 Las llamadas "consecuencias accesorias"

En la línea de otros ejemplos del Derecho Comparado[8] (pero sin incluir la multa),[9] el artículo 129 contempló como "consecuencias accesorias" aplicables a las personas jurídicas: la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; la disolución de la sociedad, asociación o fundación; la suspensión de las actividades; la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores;[10] pudiendo la clausura temporal y la suspensión ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa (art. 129.2 CP).

Muy criticado por la doctrina por su carácter "sumamente atrasado"[11] y especialmente defectuoso desde el prisma técnico,[12] el artículo 129 dio lugar a múltiples controversias en torno la naturaleza y fundamento de esta nueva reacción penal,[13] favorecidas por la escasez de su contenido.[14]

---

8. BACIGALUPO, E. *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de 'compliance' (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)*. La Ley, 7442, 2009, p. 1 ss; CARBONELL MATEU; MORALES PRATS. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Comentarios a la reforma penal de 2010*. dir. por Álvarez García/ González Cussac, Valencia, 2010, p. 64 y ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia, 2008, p. 176 y ss.
9. Guardiola Lago, M. J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*. Valencia, 2004, p. 136 y ss.
10. Junto a la disolución, la clausura de la empresa y la prohibición de realización en el futuro de actividades etc. podían tener un carácter definitivo o, salvo la primera, llegar hasta los cinco años; este límite temporal era también aplicable a la suspensión y a la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, a imponer por el tiempo necesario y sin superar los cinco años.
11. TIEDEMANN, K. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado. En: GÓMEZ COLOMER; GONZÁLEZ-CUSSAC (coords). *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof.Klaus Tiedemann)*. Castelló de la Plana, 1997, p. 25.
12. Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal. *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. ed. por Díez Ripollés et al. Madrid, 2002, p. 1141 y ss.
13. CARRASCO ANDRINO, M. M. Op. cit., p. 144 y ss.
14. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal. En: ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*. vol. I, Cuenca, 2001, p. 977.

– Habida cuenta de la no inclusión en el catálogo general de penas (art. 33 CP)[15] y atendido su presupuesto de aplicación (las necesidades de prevención especial),[16] así como la terminología empleada por el Código Penal en algunos de los pasajes referidos a ellas, un sector doctrinal se inclinó por considerarlas *medidas de seguridad*, admitiendo implícitamente la capacidad de acción de las personas jurídicas, pues, de no poder cometer delitos (por incapacidad de acción), la persona jurídica tampoco debería poder ser considerada peligrosa criminalmente. Eminentes autores destacaron, con todo, junto a la ausencia de las consecuencias accesorias de los listados de medidas de los arts. 96 y 105, la incompatibilidad entre el concepto de peligrosidad individual y la peligrosidad objetiva[17] del art. 129.3, exclusiva de la persona jurídica[18] y caracterizada por su nota instrumental,[19] en cuanto dirigida a la evitación de la continuidad de la actividad delictiva y sus posibles efectos.[20]

- Para otros autores,[21] las consecuencias accesorias debían considerarse propias y verdaderas penas, por rellenar los requisitos sustantivos propios de éstas y tratarse de respuestas a la comisión de un hecho delictivo, de carácter preventivo (general y especial), legalmente previstas y destinadas a ser impuestas por el juez penal, con respeto de todas las garantías. También aquí

15. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. Las consecuencias accesorias del art. 129 CP. *El nuevo Derecho Penal español*. En: QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS. *Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona, 2001, p. 279.

16. Para una reformulación en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal. *Derecho penal económico. Manuales de Formación Continuada del C.G.P.J.* n. 14, Madrid, 2001, p. 342 y ss.

17. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. Op. cit., p. 142 y ss.

18. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español. (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas por el art. 129 del Código Penal). *El nuevo Derecho Penal español*. p. 888.

19. LUZÓN PEÑA, D. M. Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales. En: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. et al. *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia, 2004, p. 545 y ss.

20. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. Op. cit., p. 280; SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*. Granada, 1998, p. 884.

21. BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, p. 284 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, L. Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión. *La Ley*, 3 octubre 1996, p. 1 y ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Artículo 129. En: COBO DEL ROSAL, M. *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1999, p. 1051; ZÚÑIGA, L. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona, 2003, p. 213.

(al lado de la falta de inclusión en el catálogo general de penas) las evidentes distancias entre penas y consecuencias accesorias,[22] a pesar de su proximidad en algunos aspectos,[23] unida al hecho de su imposición potestativa y no obligatoria, cuestionaban decisivamente esta posición.

- Por todo ello, la mayor parte de los autores, apoyados en su "naturaleza peculiar",[24] acabaron inclinándose a favor de su configuración como *una* "tercera vía" *penal*, distinta de la propia de las penas y de las medidas de seguridad, las cuales, basadas respectivamente en la culpabilidad y en la peligrosidad individuales, quedaban reservadas para las personas físicas.[25] Con todo, en este mismo marco, y compartida plenamente la necesidad de su imposición con todas las garantías, siguió debatiéndose en torno a la naturaleza jurídica de las mismas, y así, para algunos, aun aplicadas por el Juez penal, tenían naturaleza administrativa.[26] La mayoría de los autores integrados en esta línea entendía, sin embargo, que se trataba de consecuencias penales, derivadas de la comisión de un hecho típicamente antijurídico impuestas no como accesorias a la pena, sino a partir de la constatación judicial de esa peligrosidad derivada

22. MAPELLI CAFFARENA, B. Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal. *Revista Penal*, 1, 1998, p. 48.

23. ARROYO ZAPATERO, L. Derecho Penal Económico y Constitución. *Revista Penal*, 1, 1998, p. 14; MUÑOZ CONDE, F. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. *Revista Penal*, 1, 1998, p. 70.

24. LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 6. ed. Madrid, 2005, p. 127.

25. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Una nueva línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas. En: MESSUTI; SAMPEDRO ARRUBLA. *La Administración de Justicia en los albores del Tercer milenio*. Buenos Aires, 2001 p. 981; DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Tendencias político-criminales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *ICADE*. 42, 1997, p. 26; FERNÁNDEZ TERUELO. Las consecuencias accesorias artículo 129 CP. *El nuevo Derecho Penal español* cit., p. 280; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. Las consecuencias accesorias... cit., p. 1129; TAMARIT SUMALLA, J. M. Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal. Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir* cit., p. 1163.

26. GARCÍA ARÁN, M. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Cerezo Mir et al. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Granada, 1999, p. 327; medidas asegurativas, reparadoras o preventivas, para ECHARRI CASI, F. J. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*. Pamplona, 2003, p. 111; GRACIA MARTIN, L. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. En: MIR PUIG, S.; LUZÓN PEÑA. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*. Barcelona, 1996, p. 69.

del hecho de la comisión de un hecho típico por parte de las personas físicas a ellas vinculadas. No obstante, la falta de regulación suficiente del vínculo de conexión[27] y las demás insuficiencias y defectos técnicos oscurecían su vocación de autonomía conceptual entre las consecuencias del delito,[28] dirigida a asegurar una respuesta para las personas jurídicas y/o empresas, eludiendo las dificultades inherentes, desde el principio de culpabilidad personal, a la imposición de verdaderas penas a las mismas.

2.2 La reforma de 2003: nuevas disposiciones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La Ley Orgánica 15/2003 afectó levemente al contenido del artículo 129, al que se insertó una doble referencia para salvar "lo establecido en el artículo 31" e incluir en la audiencia previa al ministerio fiscal, ampliando su aplicación a nuevos delitos.[29]

La Exposición de Motivos reconocía, en todo caso, la intención específica de "aborda(r) la responsabilidad penal de las personas jurídicas" (apdo. II, letra i), lo que trataba de realizarse a través de dos nuevas previsiones:

- La primera, en la parte general del Código, declarando a la persona jurídica responsable directa y solidaria de la multa impuesta al administrador de hecho o de derecho que hubiera actuado en su nombre, sin concurrir en él (y sí en la entidad) "las condiciones, cualidades o relaciones" requeridas por la correspondiente figura de delito o falta (art. 31.2).

- La segunda, concerniente al tráfico organizado de drogas, ordenando la imposición de una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, a las sociedades u organizaciones involucradas en los hechos de tráfico; todo ello, sin perjuicio del comiso y de la posibilidad de aplicación de otras consecuencias accesorias, que el art. 369.2 prefirió denominar 'medidas'.

2.3 Responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa

Incardinada en el marco de la regulación del actuar en nombre de otro,[30] el nuevo artículo 31.2 no era de aplicación general, sino que venía sólo referido a

27. MIR PUIG, S. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 6, 2004, p. 5.

28. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Consecuencias accesorias... cit., p. 981.

29. CARRASCO ANDRINO, M. M. Acerca... cit., p. 152 y ss.

30. Críticamente, ídem, p. 153; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de "lege lata" y de "lege ferenda". *La Ley*, 6548, 13 septiembre 2006, p. 2;

los supuestos estrictamente previstos por el número 1 del artículo 31: esto es, aquellos delitos especiales en los que la no concurrencia de las condiciones, cualidades o relaciones típicas en el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica (en la que sí concurrían) llevaría a la impunidad.[31] En estos casos, de imponerse a la persona física interviniente la pena de multa "como autor del delito",[32] en virtud de lo dispuesto por el art. 31.2, la persona jurídica "en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó" quedaba sujeta a la responsabilidad directa y solidaria del pago de la misma.

La doctrina criticó los evidentes defectos[33] de una regulación carente de claridad,[34] "mezcla de tendencias", pues en realidad se declaraba a la persona jurídica "responsable del *pago* [naturaleza civil] *de la pena de multa* [naturaleza penal]",[35] y nada compatible con principios penales elementales, como la personalidad,[36] la igualdad[37] y hasta la inderogabilidad de las penas.[38] De todos modos, el debate más importante se centró en torno a la naturaleza de la nueva responsabilidad –legalmente descrita con términos más civiles que penales e inhabituales en el plano penológico–, extendiéndose la opinión de que, más que introducir una propia y verdadera sanción penal (o de

---

GALÁN MUÑOZ, A. ¿Societas delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 18, 2006, p. 266 y ss.

31. SILVA SÁNCHEZ; ORTIZ DE URBINA GIMENO. El artículo 31.2 del Código Penal: ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?. *InDret*. 2, 2006, p. 5 y ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. 2004, p. 958. Muy críticamente, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003). *Revista de Derecho y Proceso Penal*. 12, 2005, p. 35.
32. A favor de su interpretación en sentido estricto, SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO. El artículo 31.2... cit., p. 5 y ss.
33. ALVAREZ GARCÍA, F. J. El nuevo artículo 31.2 del Código Penal. *Revista de Derecho Penal*. 12, 2004, p. 141 y ss; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. Obligación solidaria... cit., p. 38 y ss.
34. Por todos, LUZÓN PEÑA, D. M. Las consecuencias accesorias... cit., p. 549 (n. 7).
35. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. El nuevo... cit., p. 2.
36. DE LA FUENTE HONRUBIA, F. *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*. Valladolid, 2004, p. 71 y ss; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. Obligación solidaria... cit., p. 37 y ss.
37. CARRASCO ANDRINO, M. M. Acerca... cit., p. 154 y ss.
38. DE LA FUENTE HONRUBIA, F. *Las consecuencias accesorias*... cit., p. 71 y ss; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. Obligación solidaria... cit., p. 37 y ss.

naturaleza civil o administrativa) o, en su caso, una consecuencia accesoria,[39] la fórmula legal buscaba sólo el "aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho público",[40] sin que de ello pudiera derivarse ninguna regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español.

En cualquier caso, una posición minoritaria, resistiéndose a la asimilación de lo dispuesto por el art. 31.2 con la obligación directa y solidaria del pago de la responsabilidad civil *ex delicto*,[41] y partiendo de la admisibilidad de "*reglas jurídico-civiles de atribución de una consecuencia jurídico-penal*",[42] trató de elaborar de un modo constitucionalmente aceptable los presupuestos de la que consideraban una responsabilidad penal generada a partir de "un hecho de conexión".[43] Así, a juicio de Gómez-Jara Díez, la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica a través del art. 31.2 podía hallar su fundamento en la infracción del deber de garantía propio de la persona jurídica respecto de las actuaciones de sus empleados, que le exige "configurar su ámbito de organización de manera idónea para evitar la actuación delictiva de éstos".[44] Por su parte, para Galán Muñoz, el art. 31.2 CP presuponía la identidad entre "la persona física actuante y la jurídica" y, con base en este entendimiento, fundamentaba "la culpabilidad de la persona jurídica atendiendo a la propia de su *alter ego*", eludiendo toda infracción del principio de personalidad de las penas. La efectiva condena de la persona física tenía sentido porque sólo entonces cabía asegurar la presencia de todos los elementos precisos para responsabilizar a la persona jurídica; y, para no infringir el principio *ne bis in idem*, se entendía que la responsabilidad del pago de la multa fuera declarada de modo solidario.[45]

---

39. MIR PUIG, S. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* cit., p. 762.

40. SILVA SÁNCHEZ; ORTIZ DE URBINA GIMENO. El artículo 31.2... cit., p. 39.

41. SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. Organización delictiva, comisión concertada u organizada. En: FERNÁNDEZ, Bajo et al. *Libro homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005, p. 1786.

42. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. El nuevo... cit., p. 3.

43. Ídem, p. 5. También GALÁN MUÑOZ A. ¿Societas...? cit., p. 269.

44. Lo que no impediría excluir su culpabilidad, conforme a un concepto constructivista de responsabilidad empresarial, si pudiera demostrar que el cumplimiento de la fidelidad al Derecho se integra firmemente en su cultura empresarial. *La culpabilidad de la empresa*. Madrid, 2005, p. 312; ver también del mismo autor, Auto organización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 8, 2006, 05:21 y ss.

45. GALÁN MUÑOZ A. Op. cit., p. 271.

2.4 Tráfico organizado de drogas: art. 369.2

Si en 1995 el art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) incluyó una alusión a la imposición al agente y a la persona *o empresa* por él representada de la pena de inhabilitación especial, la reforma de 2003 mantuvo la referencia y también puntualmente permitió imponer en los delitos cualificados de tráfico organizado de drogas una multa del tanto al triplo de la droga objeto del delito,[46] aplicable a "la organización, asociación o persona titular del establecimiento" (art. 369.2).

Respecto del artículo 262, la conclusión generalizada siguió siendo el rechazo de la naturaleza de pena de la prohibición de contratar con las administraciones públicas impuesta a la empresa.[47]

En el caso del art. 369.2, importantes autores defendieron la naturaleza de consecuencias accesorias[48] de todas las calificadas por aquél como "medidas", si bien no faltaron quienes lo consideraron algo particularmente dudoso tanto respecto de la inhabilitación especial, como, sobre todo, en el caso de la multa,[49] la cual podía imponerse de manera directa y cumulativa, sin exigir, además, de las personas físicas intervinientes una actuación por cuenta de la "organización,[50] asociación o persona titular del establecimiento".

2.5 Recapitulación

La evolución brevemente repasada pone de manifiesto la manera en la que el legislador penal español fue progresivamente decantando su voluntad de responder a la comisión de hechos delictivos a través de entidades y empresas. Una evolución que, partiendo del error del art. 262 y del establecimiento de una sanciones de naturaleza nada clara y muy

46. Esto, junto al comiso y la clausura, suspensión, disolución o intervención, la privación del derecho a obtener beneficios fiscales, a la sociedad u organización a través de la cual el delito se hubiera cometido, a las que el art. 369.2 (como a las demás del art. 129) llamaba "medidas".

47. Que Quintero Olivares calificó de consecuencia accesoria a pesar de su falta de previsión por el art. 129. *Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. por Quintero Olivares, cit., p. 1320.

48. CARRASCO ANDRINO, M. M. Acerca... cit., p. 157.

49. Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Derecho penal* cit., p. 956.

50. Contra la posibilidad de que pudiera imponerse una pena a una "organización", concepto que no exige la personalidad jurídica, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Barcelona, 2008, p. 198.

controvertida (las consecuencias accesorias), se tradujo en la reforma de 2003 en la introducción de dos previsiones específicas, como los artículos 31.2 y 369.2 (éste estrictamente limitado a los delitos de tráfico de drogas), orientadas más que a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a hacer soportar de algún modo a la entidad las consecuencias (fundamentalmente económicas) de la misma.

3. ALTERNATIVAS BÁSICAS: POSICIÓN PERSONAL

En realidad, adoptada la decisión de intervención por parte del Derecho penal, la primera cuestión que debería plantearse todo legislador es la del modelo a seguir para instrumentar esta responsabilidad, a cuyo efecto se abren al menos como alternativas más básicas:[51]

– El sometimiento de las personas jurídicas a un régimen de responsabilidad penal ligado y dependiente del de las personas físicas; y

– La construcción de una nueva línea de intervención penal específica para los entes dotados de personalidad jurídica, que –con plenas garantías y límites claros– permita incidir sobre éstos de un modo directo, a partir de la delimitación de su propia y característica responsabilidad, y sin perjuicio de la oportuna exigencia de responsabilidad penal a las personas físicas intervinientes.

Todo ello, bien respecto de cualquier hecho delictivo o tan sólo por aquellas figuras criminales más cercanas al actuar empresarial, y modulando, en su caso, las diversas categorías dogmáticas[52] para posibilitar su adaptación a las características propias de aquellas entidades.

---

51. Para una descripción general de los principales modelos teóricos, NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, 2008, p. 88 y ss. Ver también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 80 y ss; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo/Buenos Aires, 2010, p. 233 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M. La evolución ideológica de la discusión sobre la 'responsabilidad penal' de las personas jurídicas. *Derecho Penal y Criminología*. vol. 29, 86-87, 2008, p. 129 y ss.

52. BACIGALUPO, S. Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP). *La Ley*. n. 7541, 05.01.2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, 13 p.). En sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ, M. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español. *Responsabilidad penal de las empresas* cit., p. 26; ECHARRI CASI, F. J. *Sanciones*... cit., p. 39; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 79; y

La segunda de las alternativas apunta al régimen de autorresponsabilidad, un modelo que alcanza una importancia cada vez más relevante en el plano científico y doctrinal.[53]

Por su parte, el sistema de heterorresponsabilidad se basa en la "responsabilidad por atribución"[54] de los delitos cometidos por quienes operan finalmente como recursos personales e instrumentos para la realización de las actividades de las entidades.

Con todo, debido en gran parte a las dificultades que para la persecución penal suscita lo anterior, incluso en este plano se han ido abriendo camino los llamados modelos estructurados sobre el principio de agregación.[55] Esta perspectiva, sabedora de que la integración de determinados tipos penales no puede apreciarse sino a través de la valoración del conjunto de lo actuado, busca llegar a una exigencia de responsabilidad penal que no dependa de la suerte de los comportamientos de determinados sujetos individuales, por muy relevantes que éstos sean en la estructura directiva u organizativa de la entidad.

En los modelos de atribución el examen y delimitación de los vínculos de conexión constituye, naturalmente, una cuestión de la mayor relevancia.[56] Ahora bien, siendo la responsabilidad penal lo opuesto a una responsabilidad puramente objetiva, tampoco en estos modelos puede evitarse el debate en torno a la fundamentación material de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En esta línea, entre otras propuestas,[57] la doctrina del defecto de

---

RODRÍGUEZ RAMOS, L. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del Principio *Societas delinquere potest. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas* cit., p. 175. Advierte, con todo, de sus posibles consecuencias negativas para la propia dogmática jurídico-penal, ROBLES PLANAS, R. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. *InDret*, 344, 2006, p. 5.

53. HEINE, G. *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, von individuellem Fehlverhaten zu Kollectiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*. Baden-Baden, 1995; LAMPE, J. Systemunrecht und Unrechtssysteme. *ZStW* 106, 1994, p. 684 y ss.

54. SILVA SÁNCHEZ, J. M. La responsabilidad penal... cit., p. 321 y ss.

55. VERVAELE, J. A. E. La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 1, 1998, p. 167.

56. BACIGALUPO SAGESSE, S. *La responsabilidad penal*... cit. p. 379 y ss., en especial p. 390 y ss.

57. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Una nueva línea... cit., p. 72 y ss.

organización, formulada hace más de dos décadas por Tiedemann,[58] sigue constituyendo un punto de referencia esencial, aun cuando su incardinación preferible en la estructura del delito no sea, a nuestro juicio, la culpabilidad.[59] En efecto, presupuesta la capacidad general de auto organización o funcionamiento de las entidades jurídicas, en el propio plano del injusto típico –bien directamente o como reflejo de la infracción por parte de la persona jurídica de su deber de garantía en la evitación de la comisión en su seno de hechos delictivos–, el defecto de organización o funcionamiento, ligado al incremento de riesgo,[60] constituye un elemento clave del injusto propio de la persona jurídica,[61] facilitando la exclusión de la tipicidad respecto de resultados (delitos) imprevisibles o inevitables y, en general, cuando su producción sea completamente ajena al defecto de organización apreciado.[62]

En un Derecho penal respetuoso de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, la imputación típica (objetiva y subjetiva) no basta para la proclamación de la responsabilidad penal. Esta, como responsabilidad personal, requiere también la atribución del hecho típico al sujeto individual y la confirmación de la necesidad de intervención penal respecto del mismo, en este caso, respecto de la propia persona jurídica. La imputabilidad de las

58. TIEDEMANN, K. Die Bebüssung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. *Neue Juristische Wochenschrift*. n. 41, 1988, p. 1169 y ss. También, DANNECKER, G. Zur Notwendigkeit der Einführung Kriminalrechtlicher sanktionen gegen Verbände. *Goldtdammers Archiv für Strafrecht*. 2001, p. 101 y ss. Críticamente, ROBLES PLANAS, R. ¿Delitos...? cit., p. 19; HEINE, G. *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit*... cit; HIRSCH, H. *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*. Leverkussen, 1993; VOLK, K. Zur Bestrafung von Unternehmen. *Juristische Zeitung*. 1992, p. 429 y ss.; SCHÜNEMANN, B. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En: ARROYO ZAPATERO, L. *Hacia un Derecho Penal económico europeo/Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid, 1995, p. y 565 ss.

59. También, entre otros, GÓMEZ JARA DÍEZ, C. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal. *La Ley*. n. 7534, 2010 (pdf), p. 9; GRACIA MARTÍN, L. La cuestión... cit., p. 132 y ss; PÉREZ MANZANO, M. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Actualidad Penal*. 2, 1995, p. 21 y ss. A favor, sin embargo, de su pertenencia a la culpabilidad, en la línea originaria de Tiedemann, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Valladolid, 2010, p. 104 y ss.

60. HEINE, G. *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit*. p. 311 y ss.

61. FEIJOO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 80 y ss. Critica, sin embargo, la "debilidad del modelo", ROBLES PLANAS, R. Pena... cit., p. 1 y ss.

62. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Una nueva línea... cit., p. 79.

personas jurídicas[63] no deja de ser problemática; y lo mismo cabe decir de las propuestas de dotar de contenido específico a su culpabilidad,[64] entre las que la culpabilidad por la dirección de la empresa[65] destaca entre los criterios de culpabilidad organizativa,[66] si bien presenta demasiadas afinidades con la culpabilidad por el modo de vida, nada compatible con un Derecho penal del hecho. También parecen de gran interés los ensayos de construcción de la culpabilidad de la persona jurídica con base en la "cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad".[67] Tiene, no obstante razón Gómez Tomillo al criticar estas posturas por restringir excesivamente "las posibilidades sancionatorias", que quedan "reducidas al ámbito de lo excepcional", pues "una cultura tal es más propia de las organizaciones criminales que de las personas jurídicas que operan en el mercado y que excepcionalmente incurren en un delito".[68] Resulta, por ello, más razonable fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en "su disposición jurídica en el momento del hecho", expresiva, como recuerda Feijóo Sánchez, no de la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, sino de la falta de (o carencias que presenta en la entidad) esa "cultura de cumplimiento de la legalidad" que le es legal e individualmente exigible.[69]

4. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

En todo caso, la reforma de 2003 no supuso un punto final en el proceso de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el

63. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Imputabilidad de las personas jurídicas. *Libro homenaje al Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* cit., p. 425 y ss.

64. NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal...* cit., p. 91 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad penal...* cit. p. 116 y ss. y 151 ss.

65. HEINE, G. *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., p. 313.

66. CUADRADO RUIZ, M. A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia delante ¿un paso hacia atrás? *Revista Jurídica de Castilla y León*. n. 12, 2007, p. 138.

67. Por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *La culpabilidad...* cit., en particular, p. 208 y ss.; y del mismo autor, La responsabilidad penal... cit., p. 9.

68. Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español. *Revista Jurídica de Castilla y León*. 25, 2011, p. 71.

69. La responsabilidad penal... cit., p. 107-109.

Derecho español. Confirmada esa voluntad por los posteriores anteproyectos y proyectos de reforma (desde 2006),[70] antes de finalizar la primera década del siglo XXI, se ha aprobado la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, entrada en vigor el 23 de diciembre del mismo año tras una *vacatio* de seis meses.

La reforma deroga tanto lo previsto por el artículo 31.2, como por el artículo 369.2 (no así el art. 262.2, que no resulta afectado). Respondiendo a un creciente consenso doctrinal[71] –que, partiendo de la crítica al sistema de las consecuencias accesorias, cuya "relevancia práctica" fue tan sólo "marginal",[72] reclamaba la estructuración apropiada del sistema adecuado de intervención sobre las

70. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006. *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, coord. por ARANGÜENA FANEGO; SANZ MORÁN. Valladolid, 2008, p. 51 y ss; MORALES PRATS, F. La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español: de lo accesorio a lo principal. En: MUÑOZ CONDE, F. *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia, 2008, p. 595 y ss.; y, del mismo autor, La responsabilidad penal de las personas jurídicas; perspectivas de reforma en el Derecho penal español. En: ÁLVAREZ GARCÍA, J. *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Valencia, 2009, p. 47 y ss. Ver también, CHOCLÁN MONTALVO, J. A. Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado. *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Cuadernos penales José María Lidón*. n. 6, 2009, p. 291 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. La reforma del Código Penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *La reforma de la Justicia penal* cit., p. 23 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J .M. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal. *El Anteproyecto*... cit., p. 203 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. Responsabilidad penal para los entes sociales? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. LXII, 2009, p. 126 y ss.; ROSO CAÑADILLAS, R. Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa. En: LUZÓN PEÑA, D.M. *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig.*, Madrid, 2010, p. 279 y ss. y 284 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones. *El Anteproyecto*... cit., p. 303 y ss.

71. Traducido hasta en propuestas articuladas, entre las que cabe destacar por su desarrollo e importancia la de NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal. En: SERRANO-PIEDECASAS; DEMETRIO CRESPO. *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Madrid, 2008, p. 146 y ss.

72. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La reforma del art. 129 CP. *Estudios sobre las reformas del Código Penal*... cit., p. 241.

personas jurídicas, hace tiempo propugnado en el plano del Consejo de Europa por la Rec. (18)88–, rompe ya sin matices con el principio *societas delinquere non potest*.[73] Y regula explícitamente[74] la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, que, naturalmente, lleva aparejada la correspondiente responsabilidad civil directa de la entidad, "en los términos establecidos en el artículo 110" y "de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos" (art. 116.3 CP).[75] Como expresa Zúñiga Rodríguez, se supera de este modo "la etapa del *si* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos en el *cómo* hacerlo".[76]

La decisión, justificada por el Preámbulo con base en una amplia lista de textos normativos de la Unión Europea (los cuales, sin embargo, salvo alguna curiosa excepción, no exigen que la responsabilidad que demandan para la persona jurídica tenga que ser de naturaleza estrictamente "penal"),[77] se incardina en

73. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 66. En contra, sin embargo, ROBLES PLANAS, R. Pena... cit., p. y 12 ss.

74. De un "modo formal, expreso y sincero". RODRÍGUEZ RAMOS, L. ¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención. *La Ley*. n. 7561, 2011, p. 1 (del texto con notas descargado de la Web, p. 12).

75. Para las cuestiones que suscita y, en particular, la compatibilidad de esta norma con lo dispuesto, con anterioridad, por el artículo 120.4 CP, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción*... cit., p. 193 y ss.

76. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010. En: MUÑOZ CONDE et al. *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia, 2011, p. 1154.

77. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Armonización penal en la Unión Europea. *La reforma de la justicia penal* cit., p. 146; ver también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 70; GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO; JUANES PECES. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor. *La Ley*. 7501, 3 noviembre 2010, p. 1 (del texto con notas descargado de la Web, p. 8); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. ¿Responsabilidad penal...? cit., p. 118 y ss., SILVA SÁNCHEZ, J. M. La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto. *La Ley*. 7464, 9 septiembre 2010, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, p. 10). En realidad, entre las múltiples directivas y decisiones-marco, sólo la Directiva 2009/52/CE sobre normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, alude expresamente (en el título de su artículo 12) a Sanciones "penales" aplicables a las personas jurídicas, si bien en su artículo 11, al referirse a la responsabilidad de las personas jurídicas, evita la inclusión del calificativo "penal".

la línea seguida por no pocos legisladores hasta del marco continental europeo, conscientes de la frecuencia y trascendencia de los hechos delictivos que tienen lugar, fundamentalmente, en el ámbito de la empresa, respecto de los que no cabe esperar mayor incidencia preventiva de los instrumentos del Derecho administrativo sancionador[78] y para los que las respuestas penales tradicionales, centradas en la responsabilidad penal individual, son tantas veces ineficaces,[79] dada la complejidad de los mecanismos internos de división de tareas.[80]

4.1 El nuevo artículo 31 bis

Conforme a lo dispuesto por el nuevo art. 31 bis, en los supuestos expresamente previstos por la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de la comisión de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas.[81]

Estas personas físicas deben:

– Presentar un determinado vínculo de conexión con la persona jurídica, manifestado en su condición de:

También, con algún matiz, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad de personas jurídicas. En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. *Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*. Madrid, 2010, p. 12.

78. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Responsabilidad penal... cit., p. 1163.

79. SCHÜNEMANN, B. Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht. *Bausteine des europäisches Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Schünemann/Suarez Gonzalez (Hrsg.), Köln, 1995, p. 271 y ss.

80. Destaca Fernández Teruelo la posibilidad de que la penalización de la persona jurídica pueda acabar beneficiando al delincuente económico, al "contribuir a relajar los esfuerzos por localizar al autor" ("La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 25, septiembre 2011, p. 11), si bien, como recuerda Carbonell Mateu, esto puede evitarse con "la acumulación de responsabilidades". "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su 'dogmática' y al sistema de la reforma de 2010", *Cuadernos de Política Criminal*, 101, 2010, p. 9 y ss.

81. Censura Carbonell Mateu la falta de referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por "los hechos constitutivos de delito que sean consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales a los que, legal o estatutariamente corresponda la adopción de decisiones ejecutivas", que "encaja mucho mejor con el dolo" y cuyo tratamiento penal no deja de suscitar "inconvenientes", aunque no insuperables, desde la perspectiva del art. 31 bis. "Responsabilidad penal", cit., p. 28.

– Representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la misma, o

– Personas sometidas a la autoridad de los anteriores;" y

– Actuar, además,

– Bien en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, si se trata de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho;

– Bien, por lo que se refiere a las personas sometidas a la autoridad de los anteriores, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica, y

– Por no haberse ejercido sobre ellas el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

La distinción expresa entre representantes legales[82] y administradores, de un lado, y personas sometidas a su autoridad, del otro, lleva a restringir el marco de aplicación de la primera categoría a los verdaderos administradores (de derecho o de hecho), representantes orgánicos y obligatorios, y a los representantes "no orgánicos y voluntarios".[83] Son administradores aquellas personas en cuyas manos se encuentra el "control del funcionamiento"[84] de la entidad y que cuentan con "capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes (...) sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa",[85] actuando bajo la sujeción directa de los órganos de gobierno de la entidad.

La categoría más problemática en este plano es la de los administradores de hecho, para los que –respecto del artículo 31 y los delitos societarios– mantiene la doctrina que conviene "sustentar(se) sobre bases materiales que tengan que ver con el bien jurídico protegido y la capacidad del sujeto activo de lesionar dicho bien",[86] algo que, coherentemente, ha de ser también aplicable al primer párrafo del número 1.º del artículo 31 bis.[87]

Por lo que se refiere a los representantes legales, literalmente cubriría a los empleados que contratan con terceros participando en la actividad exterior de

82. Critica la terminología empleada, DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, n. 1, del Código Penal. *Cuadernos de Política Criminal*, 103, 2011, p. 54.

83. Ídem 103, 2011, p. 56.

84. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 55.

85. GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva... cit., p. 57.

86. Por todos, DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica... cit., p. 60.

87. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 93.

la entidad, lo que lleva a un mapa de posibles sujetos activos "notablemente amplio",[88] inclusivo de mandos intermedios.[89] Para corregir lo que considera un probable exceso, propone Del Rosal Blasco una interpretación restrictiva, que reconduzca el ámbito de su aplicación al *factor*.[90] Sin perjuicio de la coherencia de la propuesta en la línea del "modelo amplio de identificación"[91] defendido por este autor (un sistema, en definitiva, de atribución),[92] desde la perspectiva que inspira este trabajo no parece, sin embargo, político-criminalmente adecuado restringir de entrada las posibilidades de autorresponsabilidad de los entes jurídicos a los hechos cometidos por apoderados generales, gerentes y directores generales.[93] Máxime cuando la letra de la ley no lo exige y puesto que, aun cuando no sea en la práctica lo normal,[94] conforme al concepto de administradores de hecho y de derecho defendido (congruente con el sentido otorgado en otros pasajes del Código) y a los solos efectos del primer párrafo del art. 31 bis 1 primero, podrá haber representantes legales que no sean administradores de hecho o de derecho en el sentido restrictivo mantenido. Abunda igualmente en lo anterior el extenso y plural universo organizativo que encuentra amparo en la personalidad jurídica y las grandísimas distancias estructurales, de dimensión, etc., entre unas entidades y otras, que podría resultar en impunidad dada la "división del trabajo, la descentralización y la atomización de responsabilidades"[95] que caracterizan, en particular, a las grandes empresas.[96]

88. DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica... cit., p. 65.

89. Expresamente a favor de su inclusión en el art. 31 bis 1, GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva... cit., p. 58 (n. 35), que los considera "administradores de hecho", Introducción... cit., p. 76. En contra, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*. Madrid, 1 junio 2011, p. 50.

90. La delimitación típica... cit., p. 65. A favor de que se trate tan sólo de "quien asuma la representación general". FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 94.

91. DEL ROSAL BLASCO, B. Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa. *La Ley*. 7670, 11 julio 2011, p. 3 y ss.

92. "Un doble sistema de atribución". DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica... cit., p. 44.

93. Ídem, p. 65.

94. CARBONELL MATEU; MORALES PRATS; DOPICO GÓMEZ-ALLER. Personas jurídicas: artículo 31 bis CP. *Comentarios a la reforma penal de 2010* cit., p. 32.

95. GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción*... cit., p. 75 y ss.

96. BLANCO CORDERO, I. Recensión del libro de Manuel Gómez Tomillo. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13 (2011), r 2:3.

Siendo posible, de otra parte, la administración de una sociedad por otra persona jurídica, si concurren los requisitos legalmente exigidos,[97] el representante de esta última será "el administrador de hecho de la sociedad".[98]

La actuación de estas personas debe reunir ciertas características para permitir la atribución a la persona jurídica del delito cometido: han de intervenir en nombre de la persona jurídica y, en todo caso, por su cuenta y en su provecho.

La exigencia de haber actuado en nombre y por cuenta de la persona jurídica obliga a entender que las personas físicas han de operar en el giro o tráfico de la entidad y en el marco "formal, material y funcional" del "contenido real de su mandato, por lo que, de actuar la persona física fuera de su ámbito, el delito no será imputable a la persona jurídica, aunque le favorezca",[99] pudiendo las "extralimitaciones" puntuales llevar, en el plano penal, a "excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta".[100] La referencia al provecho, cuya naturaleza no queda legalmente fijada,[101] ha sido criticada por su falta de claridad[102] –muy en particular, en lo que concierne a la necesidad o no de que se trate de un provecho económico[103]– y ha de entenderse en

97. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 97; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. La responsabilidad penal... cit., p. 33; GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción*... cit., p. 68 y ss.

98. Por todos, DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica... cit., p. 64 (n. 49). Ver también FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 50.

99. En esta línea, incluso requiriendo que la actuación "asuma las directrices de comportamiento de la persona jurídica (...) no se oponga a su Código de conducta", DE LA MATA; BILBAO; ALGORTA. La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo. *La Ley Penal*, 87, 2011, p. 2 y ss. (del texto con notas descargado de la Web, 18 pp.).

100. FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 34. También BACIGALUPO, S. Los criterios... cit., p. 3; DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica... cit., p. 86; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio). *La Ley Penal*, 76, 2010, p. 3 (del texto con notas descargado de la Web, p. 8).

101. BACIGALUPO, S. Los criterios... cit., p. 4.

102. GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva... cit., p. 63.

103. A favor, con razón, de su no restricción a lo "estrictamente económico(s)", ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Societas... cit., p. 3. Ver también, ROSO CAÑADILLAS, R. Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa. *La Ley Penal*, 81, 2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, p. 7).

sentido amplio, compatible con el provecho propio de la persona física,[104] y de forma objetiva: como "efectiva tendencia"[105] o "idoneidad *ex ante*"[106] para reportar beneficio, utilidad, ventaja, interés[107] a la persona jurídica en un cierto plazo, lo que incluye tanto el provecho directo como el indirecto (reducción de costes)[108] y sin que se requiera su verificación o realización efectivas.

En el caso del párrafo segundo del art. 31 bis 1, se alude a las personas sometidas a la autoridad de representantes y administradores, lo que para la mayor parte de la doctrina abarca a todo aquel que actúe bajo la autoridad[109] de administradores y/o representantes, sin necesidad de una vinculación laboral o mercantil formal con la entidad.[110] Por lo que se refiere a su actuación, debe darse "en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho" de la entidad; además, es preciso que los hechos hayan podido tener lugar "por no haberse ejercido sobre ellos el debido control" por parte de los administradores y/o representantes legales[111] y "atendidas las concretas circunstancias del caso". Dada la amplitud del supuesto, que debería interpretarse "por exclusión", esto es, centrándose en los casos de violación del deber de control no susceptibles de incardinación en el párrafo primero del art. 31 bis 1,[112] aun cuando, literalmente, baste con la constatación del defecto de control, por mor del

104. Destaca la irrelevancia, a estos efectos, de las "intenciones o motivaciones" de los sujetos intervinientes, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 99.

105. FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 43.

106. GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción*... cit., p. 86.

107. DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica... cit., p. 87.

108. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 18.

109. A juicio de Fernández Teruelo, "directa" (La responsabilidad penal... cit., p. 33); sin embargo la FGE admite la falta del debido control "a través de la cadena de delegaciones que se haya previsto a tal fin", *Circular 1/2011* cit., p. 46.

110. DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica... cit., p. 89. Así, podrán estar vinculados con la entidad por alguna relación de carácter laboral, de arrendamientos de servicios, o empresa de trabajo temporal, FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 46; también GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción*... cit., p. 79 y ss. Feijóo Sánchez entiende, con todo, que "sólo deberían ser relevantes los comportamientos de aquellas personas que tengan una relación laboral o de Alta Dirección con la persona jurídica", La responsabilidad penal... cit., p. 100.

111. DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica... cit., p. 90. Lo que, como recuerda Feijóo Sánchez, obliga a entender que los hechos cometidos han de constituir la "necesaria concreción o realización de la infracción de los deberes" por parte de los administradores y/o representantes. La responsabilidad penal... cit., p. 103.

112. DEL ROSAL BLASCO, B. La delimitación típica... cit., p. 90 y ss.

principio de intervención mínima habrá de exigirse que éste sea calificable al menos de grave.

4.2 Modelo de responsabilidad penal

La simple lectura del contenido del artículo 31 bis 1 permite enseguida destacar la importancia que el seno del nuevo sistema de imputación de la responsabilidad penal alcanzan tanto el hecho delictivo que ha de cometer la persona física, como el vínculo de conexión con la persona jurídica. Ambos se conforman como aspectos esenciales de referencia de cara a la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, configurando aparentemente un sistema de heterorresponsabilidad, prolongación de lo que, en la línea "del sistema anglosajón del *alter ego*", se viene calificando como "modelo de la transferencia o la atribución",[113] también llamado, entre otras, modelo de adhesión o de responsabilidad penal indirecta ("incluso derivada"),[114] y que supone por tanto la imputación por "identificación"[115] o por "representación"[116] de la entidad con base en el hecho de otros, cuyos posibles excesos tratan de compensarse con la restricción del elenco de personas de referencia y la exigencia adicional de determinados requisitos materiales.

Sin perjuicio de lo anterior, otros elementos del propio artículo 31 bis afirman, por su parte, la autonomía de la responsabilidad de la entidad:[117] éste es particularmente el caso del contenido del artículo 31 bis 2, en el que se declara exigible la responsabilidad penal de la persona jurídica, aun cuando "la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya

---

113. ROBLES PLANAS, R. Pena... cit., p. 9.

114. ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. *La Ley Penal*. 77, 2010, p. 6 (del texto con notas descargado de la Web, p. 8).

115. DEL ROSAL BLASCO, B. Responsabilidad penal... cit., p. 3 y ss.

116. DE URBANO CASTRILLO, E. El impacto de la reforma del Código Penal, en relación a las personas jurídicas. *La Ley penal*. n. 61, junio 2009, p. 4 (del texto con notas descargado de la Web, p. 9); en sentido similar, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. La responsabilidad penal... cit., p. 19. Ver también, con matizaciones BACIGALUPO SAGESSE, S. Artículo 31 bis. En: GÓMEZ TOMILLO, M. *Comentarios al Código Penal*. 2. ed. Valladolid, 2010, p. 272; de la misma, Los criterios de imputación... cit., p. 3, donde acaba indicando que, en realidad, "el legislador no ha elaborado un *modelo de imputación* en sentido estricto" (p. 4).

117. Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Societas... cit., p. 2.

sido posible dirigir el procedimiento contra ella". A ello se añade la previsión del número 3, relativa a la ineficacia de cara a la responsabilidad de la entidad de las "circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad", así como "el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia".

En todo caso, hay que reconocer que, aisladamente considerado, el tenor literal del párrafo 1 del artículo 31 bis 1 ofrece escaso margen de juego a todo lo que no sea la responsabilidad objetiva de la entidad por la actuación de otro;[118] y que sólo en el párrafo segundo se alude a lo que, conforme a la teoría del defecto de organización, podría servir de fundamento para la construcción de una responsabilidad propia de la persona jurídica: la falta del debido control.[119] No faltan, por ello, autores que defienden que el sistema introducido es un sistema mixto,[120] el cual, sin perjuicio de independizar la responsabilidad penal de la persona jurídica de la de las personas físicas, se apoya claramente en la adhesión/identificación/atribución respecto de los delitos cometidos por los representantes y administradores, derivando hacia una mayor autorresponsabilidad (con base en el defecto de control) en los supuestos contemplados por el segundo párrafo del artículo 31 bis 1.[121]

Ahora bien, salvo que se prefiera defender que la responsabilidad proclamada "sólo es formalmente penal",[122] para un derecho penal que quiera seguir siendo fiel a sus más elementales principios no deja de ser una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el núcleo del injusto específico,[123] fundamentador (junto a la culpabilidad) de

118. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. La responsabilidad penal... cit., p. 22 y ss.; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* 9. ed. (a cargo de V. Gómez Martín). Barcelona, 2011, p. 204.

119. CARBONELL MATEU; MORALES PRATS. Responsabilidad penal... cit., p. 71; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Responsabilidad... cit., p. 18; NIETO MARTÍN, A. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Xurídica Galega,* n. 63 (2009), p. 50.

120. RIVAS-VERDES MONTENEGRO, C. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas. *La Ley penal*, n. 75, 2010, p. 5 (del texto con notas descargado de la Web, pp. 13); SILVA SÁNCHEZ, J. M. La reforma... cit., p. 6 y ss. Para Carbonell Mateu/Morales Prats, el modelo es cercano a un sistema de transferencia, aun cuando se apoya en la "responsabilidad directa y coprincipal" de la persona jurídica. Responsabilidad penal... cit., p. 72.

121. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La responsabilidad penal... cit., p. 1 ss.

122. ROBLES PLANAS, R. Pena... cit., p. 12.

123. Por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 91.

la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, esto es, con base en su "hecho propio"[124] y no por el *inevitable hecho de referencia*,[125] por ejemplo de su directivo o empleado; pues, aun cuando constituya un "presupuesto" de su responsabilidad, éste no puede ser considerado su "fundamento",[126] salvo que aceptemos la responsabilidad penal por el hecho ajeno".[127] En el caso de la regulación penal introducida por la LO 5/2010, la exigencia resulta aún más acuciante a la vista de que, en la parte especial, no son pocos los delitos, calificados como menos graves si se realizan por personas físicas, que serán objeto de penas con "la consideración de graves" (art. 33.7) de ser de ellos declaradas responsables las personas jurídicas. Sin perjuicio de lo establecido por la regla 2.ª del art. 66 bis (que, por otra parte, tiene una aplicación limitada, tanto por las penas afectadas como por la propia naturaleza de algunas de ellas), y al margen de las críticas que pueden derivar desde el principio de proporcionalidad, esto obliga, sin duda, a buscar aquel injusto específico que permita fundamentar el salto en la gravedad de la pena por la comisión de unos mismos delitos.

De otra parte, carente el Código penal de toda norma (cuya ilegitimidad sería, por otro lado, palmaria) que permita ignorar para la persona jurídica lo dispuesto en los artículos 5 y 10, sin que baste para ello su concurrencia en la persona física, corresponde al intérprete proceder a una lectura del contenido del artículo 31 bis en la línea de lo requerido por aquellos preceptos, los cuales rechazan la responsabilidad penal puramente objetiva y proclaman la irresponsabilidad penal en ausencia de dolo o imprudencia.

Frente al pronunciamiento de la *Circular 1/2010* en el sentido de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es propiamente una forma de "heterorresponsabilidad", "responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial" y que, sin perjuicio de su carácter autónomo, presenta una "naturaleza indirecta

---

124. Critica Robles Planas las referencias doctrinales a un supuesto "hecho propio" de la persona jurídica, por entender que es simplemente "una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad". "El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008". *InDret*, 2, 2009, p. 5; en el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, B. Responsabilidad penal... cit., p. 5.

125. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Societas... cit., p. 2.

126. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La responsabilidad penal... cit., p. 4.

127. BAJO FERNÁNDEZ, M. Modelo para un Derecho penal de las personas jurídicas. En: GARCÍA VALDÉS et al. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid, 2008, t. I, p. 721.

o subsiguiente",[128] resultan, por todo ello, especialmente valiosos los esfuerzos doctrinales dirigidos a resolver las dificultades anteriores, destacando como especialmente apropiadas las propuestas que, partiendo de la idea del defecto de organización, se centran en la falta del debido control.

En efecto, a nuestro parecer y como ya se ha indicado *supra*, junto a la realización del hecho delictivo por las personas físicas de referencia, lo dogmáticamente razonable y coherente con la realidad de la "criminalidad de la empresa,[129] es construir no tanto la culpabilidad[130] cuanto el núcleo del injusto específico de la persona jurídica sobre la violación por ésta de su posición de garantía, o lo que es lo mismo de su deber de autoorganización de un modo adecuado para la evitación de delitos en el marco de las actividades sociales realizadas por su cuenta y provecho; un deber de garantía "del cumplimiento de la legalidad y de la adecuación de la organización a lo prescrito por el Derecho",[131] que se presenta como de carácter "colectivo", dirigido "a todos los entes dotados de personalidad jurídica",[132] y que no por el hecho de que la falta del debido control sólo resulte mencionada de manera expresa en el párrafo segundo del art. 31 bis 1, deja de ser legalmente exigible respecto de los hechos de sus administradores o representantes contemplados en el párrafo primero,[133] habida cuenta de la delimitación legal de su actuar y de la reconducción del mismo al giro propio de la entidad, esto es, al "ámbito que la persona jurídica podría y debería haber controlado", por ser el desplegado "al amparo de su nombre y/o con la ayuda de sus recursos".[134]

---

128. *Circular 1/2010* cit., p. 30 y 107. Para una crítica en este punto de la Circular, RODRÍGUEZ RAMOS, L. "La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El 'delito de sospecha blindado' y la responsabilidad objetiva 'impura' en la Circular 1/2010 de la FGE". *La Ley*. n. 7694, 14.09.2011, p. 1 y ss.

129. Que conviene distinguir con claridad de la "criminalidad en la empresa" y de la "criminalidad contra la empresa". GALÁN MUÑOZ, A. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad. *Revista General de Derecho Penal*, 16, 2011, p. 29.

130. A favor del entendimiento de que la regulación española asume el concepto de culpabilidad por defecto de organización, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción...* cit., p. 141 y ss.

131. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 67.

132. GALÁN MUÑOZ, A. La responsabilidad penal... cit., p. 29.

133. Por todos, BACIGALUPO, S. Los criterios... cit., p. 3; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 18; ROSO CAÑADILLAS, R. Las fuentes... cit., p. 3.

134. GALÁN MUÑOZ, A. La responsabilidad penal... cit., p. 28.

La responsabilidad penal de la persona jurídica sólo debería, por tanto, surgir cuando a la infracción del mencionado deber por parte de la entidad pueda objetivamente imputarse la comisión por las personas físicas contempladas de alguno de los hechos delictivos específicamente previstos,[135] en el marco de sus actividades sociales y en el modo en cada caso exigido por el artículo 31 bis 1, el cual, en su párrafo segundo, requiere asimismo la falta de aplicación del debido control (dolosa o imprudentemente)[136] por parte de las personas físicas responsables; todo ello, siempre que concurra también el "merecimiento de pena":[137] esto es, si ratificada su capacidad individual de auto organización y funcionamiento (imputabilidad), podía evitarlo[138] y no se hallaba amparada por excusa legal alguna (culpabilidad), manifestando así, también, en el momento del hecho las carencias de la entidad en cuanto a esa "cultura de cumplimiento de la legalidad"[139] que le era individualmente exigible.

Ni las dificultades de aplicación de la categoría del dolo a las personas jurídicas,[140] ni la proximidad del desarrollo del debido control con la observancia del debido cuidado sirven de fundamento suficiente para entender que esta responsabilidad haya de ser "de naturaleza imprudente".[141] El artículo 31 bis admite tanto la responsabilidad dolosa como la imprudente de la entidad, que no puede confundirse con el hecho de que la responsabilidad de la persona física sea dolosa o por imprudencia. Ciertamente, es de reconocer que la vía de la imprudencia puede resultar muy adaptada a las características de la realidad de esta criminalidad, permitiendo un adecuado juego a la implantación o no de mecanismos de prevención de delitos.[142] Además, el hecho de que, en la

---

135. Afirma la necesidad del hecho de conexión (y relación de causalidad) y su compatibilidad con una responsabilidad independiente, esto es, no vicarial ni por el hecho de otro, GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva... cit., p. 49 y ss.

136. FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 47. En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Fundamentos modernos*... cit., p. 489; GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva... cit., p. 60.

137. BAJO FERNÁNDEZ, M. Modelo... cit., p. 727.

138. CARBONELL MATEU, J .C. Responsabilidad penal... cit., p. 22 y ss.

139. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 109.

140. Y sus riesgos para la dogmática penal tradicional, NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal*... cit., pp. 161 y ss.

141. GALÁN MUÑOZ, A. La responsabilidad penal... cit., p. 35 y ss. Por su parte, Rodríguez Ramos mantiene que el "título de imputación objetiva" ha de ser la "comisión por omisión", debiendo ser el de "imputación subjetiva" la imprudencia, que ha de exigirse sea grave. ¿Cómo...? cit., p. 3 y ss.

142. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 20 y ss.

parte subjetiva del tipo del delito imprudente, la concurrencia "(d)el elemento *negativo* de no haber querido el autor cometer el hecho resultante"[143] pueda quedar en la práctica satisfecha con la mera constatación de la ausencia de voluntad del autor de comisión del hecho resultante, facilitaría su apreciación respecto de la persona jurídica. Ahora bien, conviene indicar que, *de lege lata*, la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal por imprudencia[144] a las personas jurídicas se enfrenta a no pocas dificultades en el Derecho penal vigente en España:

– De un lado, para admitir el castigo de las acciones u omisiones imprudentes, el artículo 12 del Código Penal obliga a que 'expresamente lo disponga la ley', y ni en el artículo 31 bis ni en los preceptos de la parte especial alusivos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se halla referencia explícita alguna al castigo de la comisión imprudente por parte de éstas;[145] por ello, la vía de la imprudencia quedará abierta a lo sumo en aquellos casos en que se encuentre expresamente prevista para la comisión imprudente del respectivo delito por parte de la persona física:[146] en realidad, financiación del terrorismo y blanqueo,[147] conforme a la legislación en vigor.[148]

– De otra parte, y dejando al margen la cuestión de que 'el marco penal es único',[149] teniendo las penas para las personas jurídicas, por disposición legal, "todas la consideración de graves", como ya se ha indicado, del repaso de las previstas por los tipos penales de la parte especial del Código se desprende

143. Que se añade al "elemento *positivo* de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente)". MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general.* cit., p. 297.

144. Incluso si sólo se limita a la imprudencia grave, como propone DOPICO GÓMEZ-ALLER, Responsabilidad... cit., p. 21.

145. Sin embargo, MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general* cit., p. 206.

146. GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción...* cit., p. 13 y ss; RODRÍGUEZ RAMOS, L. ¿Cómo... cit., p. 6; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Societas... cit., p. 4.

147. Respecto del blanqueo, advierte, en todo caso, Feijóo Sánchez que, de interpretarse el "en tales casos" del art. 302.2 en el sentido de que se refiere exclusivamente a los supuestos "de existencia de una organización dedicada al blanqueo (...) no cabrían supuestos de imprudencia". La responsabilidad penal... cit., p. 78 (n. 18).

148. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículos 31 bis, 31.2, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP). En: QUINTERO OLIVARES, G. *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor, 2010, p. 57; ROSO CAÑADILLAS, R. Las fuentes... cit., p. 4.

149. MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general* cit., p. 206.

que, en no pocos supuestos, las penas aplicables a las personas jurídicas serán de mayor gravedad que las susceptibles de imposición a las personas físicas por hechos dolosos, algo que no resultará fácil de justificar (desde el prisma del principio de proporcionalidad) simplemente por la presencia del injusto específico de la persona jurídica y que se convertiría en especialmente rechazable si, frente al castigo en el caso de la persona física del delito doloso, la imputación, en el caso de la persona jurídica, fuera además por vía de la imprudencia.

– El examen de lo dispuesto por el artículo 66 bis en materia de aplicación de las penas lleva también a la misma conclusión: siendo la regla general la libertad judicial en cuanto a la aplicación de las penas en los delitos imprudentes (que, frente al criterio seguido por el proyecto y anteproyectos que le precedieron –los cuales mantuvieron igualmente este mismo criterio para las penas aplicables a las personas jurídicas–, sólo se somete 'a su prudente arbitrio'), el artículo 66 bis, introducido por la reforma de 2010, se ocupa de detallar las reglas de aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, declarando la plena aplicabilidad de las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del artículo 66, unas reglas reservadas exclusivamente para los delitos dolosos, en el caso de las personas físicas.

Por todo lo cual, y a falta de todo apoyo legal más específico, ha de concluirse que en el Derecho penal español en vigor la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe reconducirse exclusivamente por la vía dolosa (inclusiva del dolo eventual).

4.3 Ámbito de aplicación: "Numerus clausus"

La aplicación del sistema de responsabilidad penal definido por el artículo 31 bis se refiere exclusivamente a "los supuestos previstos en este Código". La reforma limita en exceso el catálogo de delitos imputables jurídicamente a la persona jurídica,[150] taxativamente,[151] los siguientes:

– Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis)

– Trata de seres humanos (art. 177 bis 7)

– Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis)

---

150. Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. [http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/societas-delinquere-potest-por-jose.html]. p. 5.

151. BACIGALUPO SAGESSE, S. Artículo 31 bis. En: GÓMEZ TOMILLO, M. *Comentarios al Código Penal*. 2. ed. Valladolid, 2011, p. 273.

– Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3 segundo párrafo)

– Estafas y fraudes (art. 251 bis)

– Insolvencias punibles (art. 261 bis)

– Daños informáticos (art. 264.4)

– Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis)

– Blanqueo de capitales (art. 302.2)

– Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)

– Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4)

– Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4)

– Delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6)

– Delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.3)

– Delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3)

– Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis)

– Falsificación de medios de pago (art. 399 bis)

– Cohecho (art. 427.2)

– Tráfico de influencias (art. 430)

– Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2)

– Organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater)

– Financiación del terrorismo (art. 576 bis 2).

Una primera cuestión suscitada es si el "delito" cometido por la persona física debe entenderse como comportamiento típico, antijurídico y culpable. El párrafo 3 del art. 31 ordena que la falta de culpabilidad[152] de la persona física "no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas", por lo que no será precisa la culpabilidad y sí un hecho típico y antijurídico;[153] sin embargo, será difícil constatar la concurrencia de causas de justificación

152. Los proyectos y anteproyectos anteriores se referían, en un sentido más amplio, a la ineficacia de la concurrencia de eximentes de responsabilidad en la persona física de cara a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

153. ZÚÑIGA, L. Societas delinquere potest cit., p. 14.

cuando falte la persona física sujeto activo del delito concreto, por lo que, en estos supuestos, bastará con que el hecho de la persona física sea "objetivamente típico",[154] apuntando, así, indiciariamente a su carácter penalmente injusto.

De otra parte, y entrando en los delitos particulares, siendo predominantes –junto a las infracciones penales en las que la personalidad jurídica es frecuentemente aprovechada por la criminalidad organizada– las directa o indirectamente reconducibles al derecho penal socioeconómico, llama la atención la presencia de figuras difícilmente aplicables a la realidad de las personas jurídicas y, simultáneamente, la ausencia de delitos destacados en este marco.[155] En este orden de cosas, al lado de la contaminación ambiental por imprudencia y de determinadas infracciones en el campo de productos defectuosos o de riesgo, incluso resultantes en lesiones u homicidios,[156] debían haber merecido una especial mención las infracciones penales contra los trabajadores[157] y en materia de seguridad en el trabajo,[158] supuesto para el que continúa vigente la previsión del artículo 318 CP, por lo que el juez podrá facultativamente adoptar alguna de las "consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito" previstas por el art. 129; ahora bien, éste expresamente queda reservado, por exigencia de su propio tenor literal, a las entidades que, por carecer de personalidad jurídica, están excluidas del artículo 31 bis,[159] lo que muestra un grave problema de negligencia del legislador que se traduce en la falta de coordinación entre los diversos preceptos. Lo mismo prevé el Código penal, "con criterio inconsecuente",[160] para los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), negación o impedimento de la actuación inspectora o supervisora (art. 294), delitos de riesgos producidos por explosivos y otros agentes (art. 348), delitos contra la salud pública distintos del tráfico de drogas (art. 366) y falsificación de moneda (art. 386), supuestos en los que la aplicación a las personas jurídicas de las consecuencias del artículo 129, respetando los requisitos del art. 31bis, deberá serlo tan sólo con carácter facultativo.[161]

---

154. GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva... cit., p. 54.

155. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. La responsabilidad penal... cit., p. 9; RODRÍGUEZ RAMOS, L. ¿Cómo...? cit., p. 10 y ss. (n. 3).

156. GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción*... cit., p. 19.

157. BACIGALUPO, S. Los criterios... cit., p. 4.

158. Por todos, RIVAS-VERDES MONTENEGRO, C. La responsabilidad penal... cit., p. 5.

159. Mantiene un entendimiento en sentido amplio, DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Las consecuencias accesorias... cit., p. 166.

160. GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO; JUANES PECES. La responsabilidad penal... cit., p. 2.

161. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 24.

Conviene recordar, para finalizar este punto, la experiencia del Derecho penal francés, el cual, habiendo introducido en el nuevo Código una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas limitada a los casos expresamente previstos por la ley y el reglamento (art. 121-2), por medio de la Ley Perben II (Ley 2004-204, de 9 de marzo) suprimió esta referencia, pasando a regir el principio de generalidad, a partir de su entrada en vigor.[162] Esta solución resulta mucho más razonable,[163] ya que también son imaginables supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica en otras áreas delictivas, incluso (por ejemplo, en el ámbito sanitario)[164] respecto de hechos generadores de muerte y/o de lesiones.

4.4 Personas jurídicas responsables

La nueva responsabilidad penal es predicable de las "personas jurídicas", sin ninguna exigencia particular respecto de su sistema de organización y complejidad.[165] La falta de personalidad sólo deja abierta la aplicabilidad de las consecuencias accesorias del art. 129.

El concepto de persona jurídica no resulta definido por el Código Penal,[166] pero deberá ser más amplio que en el artículo 297, el cual sí recoge una definición de sociedad, referida en exclusiva a los delitos societarios.[167]

---

162. Por todos, COEURET, A. Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. *Revue de jurisprudence sociale*, 11, 2006, p. 843 y ss; SORDINO, M. Ch. La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales: une fin espérée... adoptée dans la plus grande discrétion. *La Gazette du Palais*, 254, 2004, pp. 13 y ss.

163. Abiertamente también a favor del *numerus apertus*, RODRÍGUEZ RAMOS, L. ¿Cómo...? cit., p. 2. Demanda también la ampliación del listado de delitos, FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 59 y ss.

164. TRESPADERNE BERACIERTO, M. I. *¿Responsabilidad del profesional e irresponsabilidad de la organización sanitaria? La necesaria revisión de la política criminal por defectuosa asistencia en el marco de la nueva organización sanitaria autorregulada*, Tesis doctoral, UPV/EHU, San Sebastián, 2011.

165. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 33 y ss.

166. Critica también Zugaldía Espinar la falta de pronunciamiento por parte del Código sobre la "determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas", que pone de manifiesto el "olvido de la transnacionalidad del fenómeno". Societas... cit., p. 8 y 7. Ver, por su parte, Feijóo Sánchez, quien considera que, respecto de las personas jurídicas extranjeras que cuenten en España con sucursales o unidades sin personalidad jurídica, quedará abierta tanto la vía del art. 31 bis como la del art. 129 CP, incluso para su aplicación simultánea. La responsabilidad penal... cit., p. 75.

En la línea de los "ordenamientos más intervencionistas",[168] ciertas personas jurídicas quedan al margen del nuevo sistema, si bien, a "las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil" a las que se refirieron los textos anteriores al Anteproyecto de 2009 (que aludían a asociaciones, fundaciones y sociedades), han acabado sumándose "algunas personas jurídico-públicas".[169] El art. 31 bis 5 declara, en efecto, la inaplicabilidad de su contenido a:

– Las entidades de Derecho público y asimiladas: en particular, el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, y las organizaciones internacionales de derecho público.

– Las entidades estatales[170] mercantiles: Agencias y Entidades Públicas Empresariales, organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas, Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Los partidos políticos y sindicatos, incluidos inicialmente en este listado, han sido sacados de él por el artículo único, uno, de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE 312, 28.12.2012).

Las razones comúnmente aludidas para la exclusión de las entidades públicas del ámbito de la responsabilidad penal suelen reconducirse a la relevancia de su papel constitucional o de sus funciones públicas, que podrían verse muy negativamente afectadas en caso de procesamiento de la persona jurídica o por la imposición de sanciones penales, cuya aplicación resulta en algunos supuestos (v.g. disolución o suspensión) hasta difícilmente imaginable. También cabría aludir a su falta de capacidad de auto organización, dada su total sujeción a la ley, pero esta objeción alcanza progresivamente un menor peso habida cuenta de las nuevas tendencias organizativas, también en el seno de la propia Administración pública.[171]

---

167. En los grupos de sociedades la responsabilidad residirá en cada sociedad. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 78.

168. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La responsabilidad penal... cit., p. 1.

169. FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 16 y, en general, p. 14 y ss.

170. ¿Y las autonómicas, provinciales y locales"? A favor de su asimilación a las estatales, por todos, FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 21.

171. En este sentido, v.g. en la Comunidad Valenciana, el Dec. 62/2010, de 16 de abril, por el que se establecen los instrumentos generales del sistema para la modernización y mejora de la calidad de los servicios públicos de los entes, organismos y entidades del

En todo caso, la doctrina recuerda la plena admisibilidad de las "relaciones interadministrativas de carácter sancionador"[172] y comparte ampliamente la falta de suficiente fundamento de la exclusión de algunos supuestos: como las Cámaras de Comercio o Colegios profesionales y, en particular, las sociedades mercantiles públicas (o los sindicatos y los partidos políticos, sacados de la lista de excluidos por Ley Orgánica 7/2012).[173] Por su parte, la *Circular 1/2011* considera que la exclusión de las Cámaras de Comercio o Colegios profesionales deberá quedar sujeta a una "valoración jurídica casuística"[174] y, en el caso de las organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas, mantiene que deberá procederse a un entendimiento restrictivo de la exclusión, que resultará aplicable tan sólo "en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas" y, si se trata de las sociedades estatales, cuando efectivamente estén ejecutando políticas públicas o prestando servicios de interés económico general.[175]

Tampoco parece muy oportuna la regulación de las denominadas "sociedades de pantalla" (art. 31 bis 5),[176] por lo restrictivo de la fórmula a través de la cual se trata de permitir la declaración de responsabilidad penal, al exigirse que el propósito de la elección de una de las formas jurídicas excluyentes de la responsabilidad penal haya sido precisamente la elusión de "una eventual responsabilidad penal", cuestión "de una enorme relevancia" que deberá ser apreciada por el juez penal.[177]

---

sector público dependiente de la Generalitat (DOCV, n. 6250, de 21 de abril de 2010) o, en Baleares, el Decreto 89/2010, de 9 de julio, por el cual se regula la creación del Comité de Gerencia del sistema de gestión por procesos (BOCAIB, n. 107, de 19.07.2010).

172. GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción...* cit., p. 42, quien reproduce a título ilustrativo el texto del F.J. 3º de la STS de 7 noviembre 2003 (p. 42 y ss).

173. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 61. Ver también, al respecto, VALLS PRIETO, J. Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?. *Cuadernos de Política Criminal.* 104, 2011, p. 109 y ss.

174. FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 21. A favor de un "régimen híbrido" para estos supuestos, también DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 16.

175. FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 21

176. Por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 16.

177. ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J. La responsabilidad penal... cit., p. 6; duda el autor de que el juez pueda contar con el "conocimiento profundo de la estructura de la sociedad, su actividad y su relación con otras entidades" legalmente requerido (p. 7).

Nuevamente aquí el Derecho penal francés se presenta menos cerrado que la regulación introducida en 2010 en España: dejando a salvo al Estado, permite la declaración de responsabilidad penal de las personas de derecho público y hasta de los entes territoriales y sus agrupaciones, si bien en estos supuestos sólo por las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público (art. 121-2).[178]

4.5 Penas (y otras consecuencias)

Las penas aplicables a las personas jurídicas "tienen todas la consideración de graves" (art. 33.7). Esto, que como ya se ha indicado, no deja de suscitar agravios ante las previstas para las personas físicas por algunos delitos en particular, apunta al "carácter de ultima ratio de la intervención penal",[179] algo razonable dada la particular "onda expansiva del castigo"[180] en este ámbito, y tiene especial incidencia en cuanto a la prescripción.[181]

El artículo 33.7 recoge las siguientes penas:[182]

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

---

178. BOULOC, B. *Droit pénal général*. 22. ed. Paris, 2011, p. 722.

179. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Responsabilidad penal... cit., p. 1174.

180. ROSO CAÑADILLAS, R. Derecho Penal... cit., p. 287.

181. FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 62.

182. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medidas cautelares durante la instrucción de la causa; no así otras penas, como la prohibición de determinadas actividades, cuya utilidad en esta línea podría, sin embargo, resultar de gran interés. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 63.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

En realidad, se trata de las sanciones ya conocidas como consecuencias accesorias por el viejo artículo 129 del Código Penal, a las que se ha añadido, como pena "fundamental",[183] "de imposición obligatoria",[184] la multa, cuya importancia destaca la doctrina[185] como la pena aparentemente más idónea en estos supuestos. La previsión de la pena de multa –que en principio ha de establecerse "en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, el valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida" (art. 52.4)– se ha visto acompañada por la introducción de una regulación específica de su extensión máxima (cinco años), cuantía[186] y fraccionamiento (hasta durante 5 años, si la cuantía pone su "supervivencia (...) o el mantenimiento de los puestos de trabajo... o cuando lo aconseje el interés general") (art. 53.5). También se regula el sistema de responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta que abre la vía (potestativa para el tribunal) de la intervención de la persona jurídica "hasta el pago total de la misma"; esto suscita la cuestión de si podrá extenderse más allá de los cinco años para los que la intervención judicial se encuentra legalmente prevista como pena,[187] algo que debería responderse en sentido negativo.

183. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 13.

184. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 111.

185. Por todos, BACIGALUPO, S. Los criterios... cit., p. 6; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Societas delinquere potest. En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ et al. *La reforma penal de 2010*. Salamanca, 2011, p. 17.

186. Frente a los 2 y 400 , límites ordinarios de las cuotas diarias para las personas físicas, en el caso de las personas jurídicas, las cuotas diarias se valoran entre 30 y 5.000 (art. 50.4). Y, por lo que respecta a la multa proporcional, el art. 52.4 establece que, en caso de imposibilidad motivada de su cálculo con base en el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, las multas previstas deberán sustituirse por: multa de 2 a 5 años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años; multa de 1 a 3 años, si la prevista es prisión de más de 2 años e inferior a 5; multa de 6 meses a 2 años, en los demás casos.

187. DE LA MATA; BILBAO;ALGORTA. La atribución... cit., p. 16.

Sólo respecto de la pena de multa se alude, además, en el último inciso del art. 31 bis 2, a una posible necesidad de modulación[188] de "las respectivas cuantías" en el caso de doble responsabilidad –tanto de la persona jurídica como de la persona física responsable–, una norma que persigue explícitamente que "la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad" de los delitos cometidos. Calificada de "innecesaria"[189] siempre que las reglas penales sean objeto de adecuada aplicación, la previsión ha sido acertadamente criticada por entender que, enfocada a encarar un posible *bis in idem*, en el supuesto de que efectivamente éste tuviera lugar, "la previsión de modulación de la cuantía de la multa sería a todas luces insuficiente para evitar los problemas de constitucionalidad".[190]

Se subraya, por el contrario, la buena acogida de la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, por considerarse justo que una empresa desde la cual se han cometido delitos quede inhabilitada para la obtención de ayudas públicas.[191]

En cuanto a la intervención judicial, que se aproxima a lo que pudiera ser una libertad vigilada de la persona jurídica, si bien presenta el inconveniente de la sobrecarga del aparato de la Administración de Justicia, la experiencia comparada pone de manifiesto su eficacia en este ámbito. Al igual que respecto de la multa, el Código penal –que en realidad desaprovecha en gran parte sus posibilidades[192]– recoge para la intervención una regulación más detallada que la prevista para el resto de las penas aplicables para las personas jurídicas. Indica así el segundo párrafo de la letra g) del art. 33.7 que podrá extenderse "a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio", lo que deberá ser objeto de exacta determinación judicial, al igual que la persona encargada y los plazos de los informes de seguimiento. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Se permite la modificación o suspensión "en todo momento" de la intervención, "previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal", y el Código penal se remite

188. Al respecto, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 116.

189. DE LA MATA; BILBAO; ALGORTA. La atribución... cit., p. 14.

190. CARBONELL MATEU, J. Responsabilidad penal... cit., p. 30.

191. Por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 28; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Societas... cit., p. 19.

192. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 124 y ss.

a la vía reglamentaria en lo concerniente a la determinación de los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

En cualquier caso, son muchas las insuficiencias detectables en una regulación que carece de referencias sobre la ejecución de las penas interdictivas y hasta su incumplimiento.[193] De otra parte, como la comparación del listado de penas con los empleados en el marco comparado pone de manifiesto, las ausencias son relevantes:[194] v.g. la publicación de la sentencia en los medios de comunicación del área económica o de actividad en la que la empresa se mueve,[195] la inscripción de la entidad en determinados registros administrativos de carácter público,[196] la prohibición de cotizar en mercados[197] o la prohibición de publicitarse,[198] de emitir obligaciones y cheques, de utilizar tarjetas, durante un cierto tiempo, y hasta la amonestación pública, la imposición de obligación de realizar actividades[199] o prestaciones de servicios a la comunidad,[200] la misma "pena" de reparación (...).[201] Todas estas sanciones, sin suponer un gran riesgo para la viabilidad de la entidad, por su incidencia negativa, presentan un contenido punitivo cuya eficacia preventiva no ha de tenerse por irrelevante en el caso de las personas jurídicas. Llama igualmente la atención la "ausencia de sustitutivos penales",[202] que, como en el caso de las personas físicas, permitan la suspensión condicional temporal (total o parcial) de la ejecución de la pena impuesta o incluso su sustitución, pues también en este

193. Ídem, p. 126 y ss.

194. Para un repaso de las sanciones impuestas a personas jurídicas en Derecho comparado, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Sanciones y reparación en el Derecho penal económico. *Cuestiones actuales...* cit., p. 196 y ss.

195. CARBONELL MATEU; MORALES PRATS; DOPICO GÓMEZ-ALLER. Personas jurídicas cit., p. 46.

196. ROSO CAÑADILLAS, R. Derecho Penal... cit., p. 289 y ss.

197. DE LA FUENTE HONRUBIA. Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal. *Comentarios a la reforma penal de 2010* cit., p. 167.

198. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 64.

199. Critica Feijóo Sánchez que el art. 33.7 e) permite prohibir la realización de actividades, pero no obligar a su realización. La responsabilidad penal... cit., p. 123.

200. LÓPEZ PEREGRÍN, C. La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 CP, once años después. *Problemas actuales...* cit., p. 57 (n. 41).

201. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Sanciones... cit., p. 214 y ss.

202. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Societas... cit., p. 7.

campo la resocialización de las personas jurídicas debería constituir "una de las prioridades del Derecho Penal".[203]

Como ya se ha dicho, las penas recogidas en los apartados c) a g) del art. 33.7 (esto es, todas las previstas para las personas jurídicas, salvo la multa y la disolución) operan, con el mismo contenido,[204] como consecuencias accesorias "en caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas" sin personalidad jurídica,[205] pudiendo imponerse motivadamente, al igual que "la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita",[206] en los supuestos específicamente previstos por el Código, así como respecto de las infracciones penales que permiten la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas (art. 129). Frente a lo desarrollado respecto de la responsabilidad penal, para las consecuencias accesorias –que cumpliendo una "función residual",[207] siguen siendo "de aplicación potestativa" y resultan susceptibles de imposición cautelar (art. 129.3)–, el Código penal continúa manteniendo una "grave indefinición"[208] e "indeterminación",[209] tanto en lo concerniente a los requisitos de imputación,[210] como sobre su naturaleza jurídica. Han

203. ROSO CAÑADILLAS, R. Derecho Penal... cit., p. 288.

204. Con "el mismo alcance y el mismo fundamento", para DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Las consecuencias accesorias... cit., p. 164; si bien más adelante indica que la diferencia se encuentra en "el contenido retributivo y aflictivo derivado de poder imponer las penas de multa y disolución de las personas jurídicas, una vez declarada su responsabilidad penal" (ídem, p. 164 y ss.).

205. Ver, con todo, GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción*... cit., p. 162 y ss.; a partir de la falta de claridad del tenor literal entiende este autor que cabe también en él que la referencia a la carencia de personalidad jurídica quede sólo referida a los "grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones", lo que, de ser así, permitiría cubrir parcialmente por esta vía "la autoría y participación de personas jurídicas en delitos cometidos por personas jurídicas".

206. En opinión de Feijóo Sánchez, el único sentido de esta referencia añadida es "dejar claro que se trata de una consecuencia que carece de límite temporal". La responsabilidad penal... cit., p. 247.

207. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 67. De "cuasisupletorio" califica a su régimen DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Las consecuencias accesorias... cit., p. 164.

208. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 38.

209. RAMÓN RIBAS, E. Consecuencias accesorias (art. 129 CP). *La Reforma Penal*... cit., p. 113.

210. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La reforma... cit., p. 244 y ss.

desaparecido también del art. 129 las anteriores referencias a su fundamento y finalidad –prevención de la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos–, actualmente recogidas en el artículo 66 bis, el cual debe seguir entendiéndose aplicable a las consecuencias accesorias.[211] La reforma mantiene el *numerus clausus* e introduce una importante precisión, que aclara el sentido de la accesoriedad de estas consecuencias. En efecto, el propio artículo 129 alude a estas consecuencias como "accesorias a la pena que corresponda al autor del delito", lo que viene a quitar todo apoyo a las tesis de quienes, en la línea defendida con base en el anterior art. 129, continúan manteniendo que basta con una accesoriedad limitada, traducida en la constatación de la comisión de un hecho típico y antijurídico,[212] debiendo entenderse ya que la accesoriedad requerida es máxima:[213] "sin pena (...) no hay consecuencia accesoria".[214]

La inaplicabilidad del art. 129 a las entidades con personalidad jurídica cierra el paso a toda alternativa de intervención preventivo-especial, al margen de la pena aun en los casos en que ésta pudiera resultar indicada.[215] No suaviza lo anterior el hecho de que de la regulación de las penas interdictivas –las cuales, a juicio de Feijóo Sánchez, en realidad "sólo tienen de penas el nombre"[216]– se desprenda que su orientación es la preventivo-especial indicada.

4.6 Reglas de aplicación de las penas

Si bien la elección de la aplicada a la concreta figura delictiva queda en manos del juez,[217] el artículo 66 bis contempla un doble conjunto de criterios de aplicación de las penas.

De un lado, las reglas generales 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del artículo 66.1, que declara extensibles a "la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas". Son éstas las relativas a la concurrencia de circunstancias modificativas, las cuales,

211. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 38; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La reforma... cit., p. 243.

212. En este sentido, DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Las consecuencias accesorias... cit., p. 165.

213. RAMÓN RIBAS, E. Consecuencias accesorias... cit., p. 115; también BACIGALUPO, S. Los criterios... cit., p. 3; con todo, GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción*... cit., p. 39.

214. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La reforma... cit., p. 247.

215. RAMÓN RIBAS, E. Consecuencias accesorias cit., p. 116.

216. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La reforma... cit., p. 113.

217. Críticamente, por vulneración del principio de legalidad, BACIGALUPO, S. Los criterios... cit., p. 7; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO; JUANES PECES. La responsabilidad penal... cit., p. 5.

a pesar de la dicción "un tanto engañosa" del primer párrafo del art. 66 bis, se aplicarán sólo a la pena de multa.[218] El artículo 31 bis 4 establece, además, un "sistema tasado y cerrado de atenuantes",[219] limitándolas a determinados supuestos de actuación post-delictiva de la persona jurídica, encauzada a través de sus representantes legales: confesión (con carácter previo al conocimiento de que el procedimiento se dirige contra ella); colaboración en la investigación del hecho, aportando pruebas nuevas y decisivas; reparación o disminución del daño (con anterioridad al juicio oral); y establecimiento (también con carácter previo al juicio oral) de "medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica".[220]

Esta regulación –que parece querer dar cauce en el plano penal al "fenómeno de la autorregulación regulada"–[221] ha generado una importante crítica doctrinal referida tanto a la limitación excesiva de las circunstancias como a su conformidad constitucional,[222] a la propia naturaleza de las mismas y al alto grado de exigencia.[223] Así no se comprende la falta de mención a la atenuante analógica o a la de dilaciones indebidas,[224] previstas para los hechos cometidos por las personas físicas, lo que puede ser fuente de insoportables situacionesde desigualdad.[225] De otra parte, la naturaleza *ex post* de la atenuante

---

218. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 112.

219. Ídem, p. 129.

220. Indica Fernández Teruelo cómo la eficacia dependerá más que "del tipo de medidas (...) de la forma concreta en que *en el futuro* se ejecuten". La responsabilidad penal... cit., p. 35. Por su parte, a juicio de Del Rosal Blasco, el modo en que se regula esta atenuante, de redacción "poco feliz", impide mantener que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en España, "esté basada en un hecho propio de la persona jurídica". Responsabilidad penal... cit., p. 4.

221. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La responsabilidad penal... cit., p. 5.

222. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 129; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La responsabilidad penal... cit., p. 5.

223. Por todos, GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción*... cit., p. 145 y ss.; MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 59 y ss. Ver también FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 52.

224. Defiende, sin embargo, y a pesar del "sólo" inicial, la aplicabilidad de otras atenuantes, como la de "dilación extraordinaria e indebida", RODRÍGUEZ RAMOS, L. ¿Cómo...? cit., p. 2. En contra, FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 51, que no excluye que por parte de los órganos jurisdiccionales se aplique "una interpretación análoga *in bonam partem*" (p. 52).

225. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos*

del artículo 31 bis 4 d) suscita la cuestión del tratamiento a otorgar a los casos de adopción de medidas con carácter anterior o coetáneo a la realización del hecho delictivo. En general, la doctrina considera que la no regulación expresa de las eximentes deja abierta la plena aplicabilidad de las previstas con carácter genérico en el Código, en particular de las contenidas en los números 4.º, 5.º y 6.º del art. 20, siempre que sea posible.[226] Y partiendo de lo anterior, en cuanto a las autorregulaciones, códigos de conducta corporativa y programas de prevención o cumplimiento, tan bien valorados en el marco comparado,[227] se entiende que su adopción y exigencia de aplicación en el modo adecuado debería llevar a la no declaración de responsabilidad penal de la entidad,[228] especialmente si colabora con las autoridades tras la comisión del delito,[229] si bien se discute sobre la vía adecuada de incardinación del supuesto en la estructura de la teoría del delito.[230] En contra de esta posición, sin embargo, la Fiscalía General del Estado, en su *Circular 1/2011*, expresamente afirma que "las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, sólo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal".[231]

---

sustantivos y procesales. Madrid, 2011, p. 89; GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva... cit., p. 84.

226. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 58 y ss.

227. ALONSO GALLO, J. Los programas de cumplimiento. *Estudios sobre las reformas del Código Penal*... cit., p. 143 y ss.; NIETO, A. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de empresa. *Política criminal*, 5, 2008, A3-5.

228. BACIGALUPO, S. Los criterios... cit., p. 5; DE LA MATA BARRANCO, N. J. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. JUANES PECES, A. *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*. Madrid, 2010, p. 85; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 70, 105 y 1135; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Societas... cit., p. 21.

229. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 58.

230. Para DE LA MATA; BILBAO; ALGORTA, sería un supuesto de "ausencia de tipicidad" (La atribución... cit., p. 4), mientras que para Gómez-Jara Díez, excluiría la culpabilidad (La responsabilidad penal... cit., p. 4).

231. FGE, *Circular 1/2011* cit., p. 39; ver también DEL ROSAL BLASCO, B. Responsabilidad penal... cit., p. 4 y ss. Con todo, DOLZ LAGO, M. J. Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011. *La Ley*. n. 7665, D-270, 04.07.2011 (pdf), p. 2. También al respecto, GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación objetiva... cit., p. 77 (n. 84) y p. 78.

Al lado de las reglas generales explicadas, el artículo 66 bis distingue los supuestos en los que la previsión penal tenga un carácter general de aquellos que vengan ya con una duración limitada.

En el primero de los casos, de cara a la aplicación de las penas de disolución, suspensión, clausura de locales, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención judicial, se recogen como criterios complementarios: la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos, las consecuencias económicas y sociales y, especialmente, los efectos para los trabajadores, así como el puesto ocupado en la estructura de la persona jurídica por parte de la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Esta previsión parece responder a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo, la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común y la jerarquía; elementos todos ellos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la aplicación de la pena.

Cuando las penas anteriores (salvo la disolución) vengan ya impuestas con una duración limitada desde el tipo penal de la parte especial, la segunda regla del art. 66 bis establece, como reflejo del principio de proporcionalidad,[232] que "ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física", frenando así la extensión que determinadas sanciones penales podrían alcanzar con base en razones estrictamente preventivas.[233]

En la misma regla 2.ª, precisando "indirectamente"[234] las agravantes específicas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se añaden exigencias ulteriores para la imposición de esas penas por plazos superiores a dos años o a cinco años (o con carácter permanente, en el caso de la disolución o prohibición de actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito):

- Reincidencia de la persona jurídica (condena ejecutoria previa al delinquir, por un delito del mismo título y misma naturaleza) o utilización instrumental de la misma[235] para la comisión de ilícitos penales, si se trata de imponer las penas por una duración superior a dos años.

---

232. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Aspectos sustantivos cit., p. 124; MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 65.

233. Véanse, entre otros, ídem, p. 65.

234. Ídem, p. 66.

235. Se entiende que concurre la utilización instrumental (art. 66 bis regla 2.ª II b) "siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad

- Reincidencia cualificada (al menos por tres delitos del mismo título y la misma naturaleza: art. 66.1.5.ª) o utilización instrumental de la persona jurídica con vistas a la comisión de ilícitos penales, para la imposición con carácter permanente de la disolución o de la prohibición definitiva de actividades, y para la aplicación por más de cinco años de la prohibición de actividades y la pena de inhabilitación (cuyo límite máximo es de 15 años).

4.7 Extinción de la responsabilidad penal: excepciones

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se cierra en el Libro I del Código penal con lo relativo a la extinción de la responsabilidad penal.

Aplicable, en principio, a las personas jurídicas lo dispuesto por el artículo 130 CP, asimilando a la muerte del reo la disolución de la persona jurídica (que curiosamente no se menciona si es auténtica, sino sólo para regular los supuestos de "disolución encubierta o meramente aparente"),[236] el art. 130.2 se ocupa de "precisar los límites y consecuencias"[237] de determinadas transformaciones que jurídicamente son tratadas, con carácter general, como desaparición de la entidad, para impedir que puedan derivar sin más en extinción de la responsabilidad penal en evidente "fraude de ley".[238]

Dispone así el art. 130.2 que, en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, la responsabilidad penal no se extingue, sino que "se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión", permitiendo al juez o tribunal su moderación "en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable guarde con ella".

Sin perjuicio de lo necesario de una solución como la prevista, dados los "problemas prácticos" que suscitará el precisar esa "proporción",[239] desde el prisma técnico la fórmula presenta importantes problemas en un marco

---

ilegal", lo que debe entenderse como sinónimo de "delictiva". FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 122 (n. 87).

236. Tampoco se alude a los casos de disolución ordenada judicialmente. QUINTERO OLIVARES, G. La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas. *La Reforma Penal*... cit., p. 118 y ss.

237. Ídem, p. 117.

238. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 68.

239. QUINTERO OLIVARES, G. La extinción... cit., p. 118.

regulador que no prevé la posibilidad de variación de las penas impuestas en fase de ejecución.[240] De otra parte, siendo la responsabilidad penal personal,[241] no resulta fácil de admitir el "traslado" de la misma a otra(s) entidad(es), máxime cuando no se requiere la identidad "absoluta", sino que basta con una "identidad sustancial".[242] En este sentido, el establecimiento de mecanismos de "retroacción y anulación de la absorción o fusión", con el fin de permitir el procesamiento y sanción de la persona jurídica infractora,[243] hubiera sido ciertamente mucho más apropiado.

La misma regla de inextinción se aplica igualmente para la disolución encubierta o tan sólo aparente, entendiéndose, con base en "un criterio económico-organizativo",[244] que esto concurre "cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos" (art. 130.2). Se trata de una previsión dirigida a evitar el abuso de derecho que derivaría de una desaparición meramente formal y no real, lo que ha sido objeto de crítica por la "clara inversión de la carga de la prueba"[245] que supone.

5. CONCLUSIÓN

La ruptura con el principio *societas delinquere non potest* por parte del legislador español de 2010 constituye una decisión fundamental de política criminal y penal que se inscribe en la línea de importantes ejemplos del Derecho penal comparado europeo, los cuales, a lo largo de las últimas décadas, han ido reconociendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídica, como recurso fundamental para la lucha contra la criminalidad de empresa, tan relevante en el plano de la criminalidad económica o de la corrupción y como instrumento de las tramas organizadas.

---

240. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 137.

241. Para Robles Planas, el hecho de esta regulación es, precisamente, un argumento más a favor del entendimiento de la "abierta consagración de la responsabilidad por hecho ajenos y (...) expresa renuncia a los postulados de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad" en el caso de las personas jurídicas en Derecho penal español. Pena... cit., p. 10.

242. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. La responsabilidad penal... cit., p. 36.

243. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Responsabilidad... cit., p. 37.

244. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La responsabilidad penal... cit., p. 8.

245. BACIGALUPO, S. Los criterios... cit., p. 5.

En este sentido, y aun cuando las "consecuencias accesorias" introducidas en 1995 por el nuevo Código penal daban la oportunidad de construir una nueva línea de intervención penal, la decisión de 2010 supone el banderazo de salida a nuevos debates y pone fin a otros anteriores.

No son pocas, en efecto, las cuestiones suscitadas por la nueva regulación, entre las que destaca por su importancia, lo relativo al modelo de responsabilidad penal establecido. En efecto, si bien inicialmente, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que estamos ante un supuesto de heterorresponsabilidad, el respeto del modelo constitucional de responsabilidad penal obliga a indagar en aquellos elementos que, sin olvidar la exigencia de un hecho de referencia, permitan erigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre su propio injusto; a tal objeto, la infracción del deber de vigilancia y prevención de la comisión de delitos, en cuanto reflejo del defecto de organización, se presenta como un criterio especialmente útil para fundamentar esta responsabilidad, a cuyo efecto, a la luz del conjunto de la regulación actualmente en vigor en España, no debería bastar la imprudencia.

La criticable exclusión de figuras delictivas muy relevantes en el ámbito laboral o económico, las discutibles limitaciones en cuanto a las entidades susceptibles de ser sujetos de responsabilidad penal, la falta de regulación de las eximentes, la escasa imaginación desplegada en materia de penas y sus alternativas (en realidad inexistentes) justifican, entre otras,[246] la demanda de revisión de una regulación que, desaprovechando los seis meses de *vacatio legis*,[247] ha necesitado esperar casi un año desde su entrada en vigor para dar cobertura a la "notoria ausencia de regulación procesal".[248] Esto, cuando a nadie se le ocultaba que el desarrollo del estatuto procesal penal de las personas jurídicas resultaba de todo punto imprescindible,[249] a la vista del

246. Para las insuficiencias de la regulación relativa al derecho transitorio, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal... cit., p. 138 y ss.

247. MORALES PRATS, F. La responsabilidad penal... cit., p. 69. TambiénGONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO; JUANES PECES. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor. *La Ley*. n. 7501, 03.11.2010, apdo. III.

248. DOLZ LAGO, M. J. Sobre... cit., p. 1.

249. SILVA SÁNCHEZ, J. M. La reforma... cit., p. 5: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Responsabilidad penal... cit., p. 1178 y ss. Ver también sobre esta cuestión, AGUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E. Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. 26, 2011, p. 79 y ss; ECHARRI CASI, F. J. Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva

potencial conflicto de intereses entre la persona jurídica y sus administradores y representantes, dada la posibilidad de declaración de responsabilidad penal de ambos y, por tanto, la necesidad de que se proceda tanto contra la persona física como contra la jurídica en aquellos hechos que puedan generar su responsabilidad penal.

Por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE 245, 11.10.2011) ha acabado produciéndose esta regulación procesal, que presenta unas distancias con lo previsto por la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado[250] nada irrelevantes.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado, de Klaus Tiedemann, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 3, p. 787.

---

perspectiva de las garantías constitucionales. *La Ley* 7.632, 18.05.2011; GASCÓN INCHAUSTI, F. Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal. En: INCHAUSTI, Gascón. *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Expulsión de extranjeros sustitutiva de la pena. Interrupción de la prescripción. Instrumentos para la aplicación de la ley penal más favorable. Otras modificaciones.* Cizur Menor. 2010, p. 19 y ss; ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J. La responsabilidad penal... cit., p. 11.

250. FGE, *Circular 1/2011*... cit., p. 74 y ss.

DIREITO PENAL E EMOÇÕES: A INFLUÊNCIA DA PERSONALIDADE NA FORMAÇÃO DA CULPA JURÍDICO-PENAL

3

Criminal law and emotions: the influence of personality in the establishment of the criminal-legal culpability

ANDRÉ MAURO LACERDA AZEVEDO

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia da Universidade Potiguar - UNP. Professor conteudista do site jurídico "Atualidades do Direito". Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: No presente trabalho abordamos a importância da personalidade na formação do juízo da culpa jurídico-penal, trazendo para o centro da discussão as emoções que motivam e condicionam o comportamento humano e os seus reflexos na responsabilidade penal. Procuramos, assim, desenvolver uma concepção de culpa jurídico-penal que traz para o centro do problema o homem e a fragilidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Culpa do caráter - Culpabilidade - Personalidade e responsabilidade penal - Culpa jurídico-penal - Emoções - Fundamentos da culpa.

ABSTRACT: This paper addressed the importance of personality for the creation of the grounds of culpability in criminal law. It brings into the centre stage those emotions that move and influence human behavior and their effects on criminal liability. We try to develop a concept of culpability that places human beings and human frailty at the core of the problem.

KEYWORDS: Criminal law - Culpability of the character - Personality - Criminal liability - Emotion - The grounds of culpability.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A culpa do caráter e sua evolução no pensamento penal: 2.1 "Culpa na condução da vida" (Mezger); 2.2 "Culpa pela personalidade" (Figueiredo Dias) - 3. As emoções e sua importância na formação da culpa ético-jurídica - 4. A personalidade enquanto fundamento da culpa jurídico-penal - 5. Conclusão - 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho constitui um estudo analítico da doutrina da culpa[1] do caráter, traçando um diagnóstico quanto à sua evolução entre os principais defensores deste modelo de culpa. A palavra caráter, que tem sua origem[2] do latim "character" e do grego "kharakter", trazia originalmente o significado de "marca gravada", cuja interpretação metafórica continha o sentido de "marca, impressão ou símbolo na alma", ou, ainda, de "qualidade que a define". Atualmente, o significado da palavra caráter na língua portuguesa[3] é: "o que faz com que os entes e objectos se distingam entre os outros da sua espécie"; "marca, cunho, impressão, qualidade distintiva"; e, por fim, "índole, gênio, firmeza e dignidade".

Tomando por base esta definição, procuraremos argumentar que o termo caráter não representa, com precisão, a completude do comportamento humano, consistindo, portanto, conforme afirmaremos adiante, naquele aspecto interior de extrema relevância à compreensão humana, sem, porém, representar a integralidade de nossa existência. É por isso que elegemos o termo "personalidade", que nos dias de hoje praticamente substituiu o uso da terminologia "caráter"[4] na linguagem da psicologia científica.

O caráter, todavia, por muito tempo foi conceituado como sinônimo de personalidade, porém,atualmente, é tido pela psicologia cognitiva como uma das dimensões da personalidade, ou seja, traços da personalidade adquiridos através

1. Sempre que utilizarmos a palavra "culpa" estaremos nos referindo à culpabilidade, quer dizer, ao juízo de censurabilidade do indivíduo em razão do fato ilícito praticado. O termo "culpa", portanto, neste nosso texto, não terá nenhuma relação com a negligência ou imprudência, que no direito penal brasileiro são tradicionalmente identificados como espécies de culpa, porém numa concepção distinta, compreendida em oposição ao conceito de dolo.
2. Disponível em: [http://origemdapalavra.com.br/palavras/carater/]. Acesso em: 10.02.2012.
3. Disponível em: [www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=car%u00e1cter]. Acesso em: 15.04.2012.
4. HANSENNE, Michel. *Psicologia da personalidade*. Trad. João Galamba de Almeida. Lisboa: Climepsi, 2004. p. 26.

do convívio social e cognitivo e que possui uma natureza duradoura.[5] Em razão disso, não seria adequado empregarmos o termo "caráter" ao construirmos um conceito de culpa ético-jurídica, pois se assim o fizéssemos, deixaríamos de fora da nossa análise a atitude interior, o temperamento, as emoções e os demais elementos internos que conformam a personalidade total do ser humano.

Nesse ponto, alinhamos a nossa maneira de pensar com a doutrina de Figueiredo Dias, que assumiu a terminologia "personalidade" como uma espécie de concepção global do núcleo decisório das ações humanas, considerando o caráter como aquelas disposições que fazem parte do que lho denomina de "personalidade total".[6]

A personalidade, no sentido psicológico, é uma espécie de organização durável e ativa do caráter, temperamento e inteligência de um indivíduo, podendo ser equiparada a um processo dinâmico interior de determinação do comportamento e, por ser dinâmica e ativa, possui a aptidão de seguir em direções distintas.[7]

Não obstante, quando abordarmos os conceitos de culpa e personalidade, em respeito à expressão "culpa do caráter", já tradicional no direito penal, utilizada para definir aquela doutrina da culpa que identifica a censura pessoal do fato ilícito como uma avaliação que engloba o fato, a condução de vida do agente, o seu caráter e a sua personalidade, continuaremos a utilizá-la, mesmo filiando-nos àqueles que compreendem a personalidade como um conceito mais amplo e completo.

É em razão disso que empregaremos o termo "personalidade" ao construirmos um conceito de culpa ético-jurídica, que pela sua completude acaba por abranger a atitude interior, o temperamento, as emoções e os demais elementos internos que conformam a personalidade total do ser humano.

Acreditamos, assim, que tal advertência será de grande importância ao leitor, a fim de compreender o desenvolvimento de tal terminologia no direito penal e na psicologia científica, como também para aproximá-lo do desfecho final do trabalho, quando elevaremos a culpa da personalidade à categoria de elemento de validade ético-jurídica da responsabilidade penal.

Por fim, procuraremos relacionar as decisões penalmente relevantes com as emoções vividas, compreendendo-as como componentes de uma persona-

5. Idem, ibidem.

6. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa e direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 182.

7. HANSENNE, Michel, 2004, p. 23.

lidade dinâmica e ativa e, por isso, fator de irrenunciável relevância à aferição do juízo de culpa. Nesse ponto, tentaremos ensaiar uma breve construção da responsabilidade emocional, cujo epicentro estaria localizado na personalidade do agente e no seu poder interior de decidir pelos valores do direito, de modo que mesmo submetido a uma determinada emoção, ainda assim haveria alternativas de ação e, portanto, seria o agente responsável quando sua decisão entrasse em contradição com o direito.

2. A CULPA DO CARÁTER E SUA EVOLUÇÃO NO PENSAMENTO PENAL

A culpa fundada no caráter ou na personalidade, a depender da corrente da psicologia que se queira seguir, pode parecer, *a priori*, a construção de uma noção de culpa ético-jurídica fundada exclusivamente na pessoa do agente, quer dizer, uma culpa que põe o indivíduo na condição de ser punido pelo que se é e contra aquilo que nada poderia fazer. A noção de culpa nestes termos deveria centralizar-se no terreno da ética, mas jamais ingressar no âmbito do direito, posto que não se constituiria, legitimamente,numa verdadeira culpa ético-jurídica.

Ocorre, todavia, que a culpa do caráter voltada para uma abordagem do fenômeno jurídico-penal, em que se toma por base o fato ilícito, porém trazendo para posição central da discussão a compreensão da pessoa que realizou a ação punível, é o que reputamos de verdadeiramente positivo nessa doutrina da culpa. Não restam dúvidas de que a dimensão do humano materializada na conduta criminosa não haveria de ser ignorada pelo direito penal. Uma avaliação com tal grau de subjetividade, porém, não poderia afastar-se daquelas propriedades individuais que se refletiram no próprio fato ilícito.

O que se busca, portanto, ao tentar construir uma culpa ético-jurídica desta natureza é, justamente, impedir a dissociação entre sujeito e ação. Portanto, do mesmo modo que não podemos divorciar uma obra prima do seu autor, já que tal obra representa a expressão legítima do seu criador, de maneira alguma poderíamos enxergar na ação concreta tão somente a mera realização de elementos típicos, dissociados dos desejos, do caráter, das emoções e da atitude pessoal do agente.

Pensar-se de outra maneira significaria afastar da análise criminológicaa totalidadedo conjunto de circunstâncias endógenas e exógenas que se relacionam com o fato ilícito e que formam a síntese da decisão fundamental que impulsionou o comportamento humano penalmente relevante. É a partir desta visão comportamental complexa que poderemos identificar um determinado ilícito-típico como expressão autêntica do agente concreto e que, por esta razão, deve ser sempre considerada no momento de formação do juízo de culpa e, sobretudo, na exclusão e diminuição da culpa.

A culpa do caráter, entretanto, não torna indispensável ou desnecessária a avaliação do fato praticado. Assim, é também através da culpa do caráter que se pune o agente em decorrência do fato ilícito por ele praticado, levando-se em consideração, entretanto, no momento da avaliação desta ação típica e ilícita, o sujeito que cometeu o fato punível, sua história de vida, seus motivos, desejos, emoções, contexto sociocultural, enfim, todas as circunstâncias pessoais que tiveram relevância à decisão livre e que, por esta razão, encontram-se refletidas no fato praticado.[8]

O estudo da culpa do caráter teve um amplo desenvolvimento na doutrina penal, tendo em Mezger um dos seus principais defensores. Em Portugal, a culpa do caráter se desenvolveu já no pensamento de Cavaleiro de Ferreira e, mais adiante, em Eduardo Correia, para finalmente ter como seu principal teórico e defensor Figueiredo Dias, que a aprimorou e a denominou de "culpa pela personalidade".[9]

A concepção da culpa jurídico-penal plasmada na personalidadeque se reflete na ação, enquanto doutrina penal, segue uma linha evolutiva lógica desenvolvida desde a culpa caracterológica até chegar-se à concepção mais moderna, onde elementos de mundividência e emoções acabaram sendo introduzidos no modelo de culpa ético-jurídica fundada numa visão existencialista do homem.

Procuraremos, portanto, descrever criticamente esta evolução da culpa do caráter, de modo a permitir, ao final, termos uma concepção realística da culpa jurídico-penal fundada na personalidade que conforma e dá sentido à nossa existência. Entretanto, nessa nossa jornada, o que realmente pretendemos esclarecer é a importância da personalidade e das emoções na formação, graduação e, sobretudo, no afastamento da culpa, quando a simples análise objetiva do fato ilícito não teria o condão de levar a essa consequência benéfica ao réu.[10] É neste último aspecto que reside a principal razão desse nosso pensar, buscando a construção de um direito penal mais justo e democrático.

---

8. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 183-184.

9. Figueiredo Dias conceitua personalidade como expressão do indivíduo, sendo, portanto, distinto do seu caráter naturalístico, que seria um "conjunto de disposições que residem na pessoa, sejam elas dependentes de uma conformação duradouro do mecanismo da vontade (e entre as quais se conta, portanto, a própria vontade finalista, objectivada) ou, pelo contrário, independentes dele (como v. g. A memória, o intelecto etc.)". Idem, p. 169.

10. Apenas para citar alguns exemplos, a concepção de culpa que ora desenvolvemos tem clara importância prática nos crimes passionais, no homicídio qualificado, na eutanásia, dentre outros.

2.1 "Culpa na condução da vida" (Mezger)

A doutrina penal da culpa do caráter teve emMezger um dos seus precursores através da construção da "culpa na condução da vida".[11] Nesta concepção, a culpa residiria no fato de ter o agente, durante toda a sua existência, construído um modo de ser que se mostrou no fato praticado absolutamente incompatível com o Direito. Assim, a culpa consistiria numa condução da vida que acabou levando o agente a não agir conforme o Direito, de modo que as escolhas feitas ao longo da sua existência implicariam, para o agente, na possibilidade de se poder dele exigir um agir de outra maneira.

A "culpa na condução da vida", portanto, assenta-se na responsabilidade do agente pelas decisões tomadas ao longo de sua existência. Na realidade, não se leva em consideração uma determinada decisão, mas sim o somatório de todas as decisões relevantes que o levaram a construir um caráter mais ou menos culpável. Assim, por ser livre, ao decidir responderá pelas escolhas feitas ao longo da vida e que representam o produto de sua vontade livre.

Isso significa dizer que é a partir das nossas escolhas pretéritas que construímoso nosso caráter. Assim, sem que possamos nos aperceber, a partir de um certo ponto, todas as decisões relevantes acabam sendo tomadas de acordo com uma determinada inclinação de caráter que construímos durante nossa existência.

O modelo de culpa proposto por Mezger[12] é a representação do seu pensamento criminológico de que a personalidade do criminoso e o crime formam uma e única coisa e que, por isso, a vontade não pode ser interpretada dissociando-se a personalidade do fato ilícito praticado. Nesta concepção de personalidade não se leva em consideração somente aquelas disposições do caráter recentes, mas, também, todas aquelas disposições anteriores. Para justificar este entendimento, Mezgerutiliza a palavra *Schichten*[13] para identificar

11. MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte geral*. 6. ed. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1955. p. 191 e ss.

12. "Als persönlichkeit aber ist auch der Verbrecher (Täter), genau so wie das Verbrechen (seine Tar), immer ein Einmaliges". Cf. MEZGER, Edmund. *Kriminologie*. Berlim: C. H. Beck'sche, 1951. p. 109.

13. "Diese auffassung hindert nicht und macht es nicht überflüssig, die Persönalichkeit des Verbrechers zünachst aus ihrem Werden zu erfassen und sich mit ihrenm Aufbau im einzelnen zu Beschäftigen, in Welchen nicht nur die neuen (rezenten) Schichten ein Rolle spielen, sondern auch die früheren Schichten der Entwicklung erhalten sind und wirksam werden. Mit einem dem Bereich der Geologie entnommenen

sua construção de "culpa na condução da vida" com a ideia de camadas na formação da personalidade do criminoso.

Defende, portanto, que para se apurar a personalidade do delinquente, faz-se necessário avaliar todas as camadas de seu desenvolvimento, de modo que não apenas as camadas mais recentes devem ser verificadas, mas, sobretudo, aquelas anteriores e mais distantes da época do fato devem também ser levadas em consideração. Por fim, argumenta que cada uma destas camadas influenciam-se mutualmente e acabam por formar aquilo que poderia denominar de personalidade total do indivíduo.

A construção deste modelo de culpa[14] repousaria na existência humana enquanto objeto de censura.[15] O homem é livre para decidir e é através dessas escolhas ao longo da sua existência que vai construindo o seu caráter. Ao centralizar o substrato da culpa no caráter humano construído ao longo de suas decisões relevantes,[16] Mezger dirige sua teoria para a valorização da subjetividade na avaliação da culpa, o que, no fundo, implica na colocação da dimensão

---

Bilde spricht man in diesem Sinnne gern vom Schichtenaufbau der menschlichen Persönalichkeit. Man darf nur dieses Bild nicht dahin missverstehen , als sei jede dieser Schichten etwas für sich Selbsttändiges und in sich Ruhendes. Jede Schicht steht vielmehr in ständiger Wechselwirkung mit den anderen Schichten, alle beeinflussen sich gegenseitig und bilden so erst das Ganze Persönalichkeit". MEZGER, Edmund, 1951, p. 109.

14. Esta forma de comportar-se corretamente na vida foi empregada como justificação, pelo próprio Mezger, para defender medidas esterilizadoras no período do regime "Nazi", conforme demonstrado por MUÑOZ CONDE, Francisco: "por consiguiente, advierte el propio Mezger, lacuestión que frecuentemente desempeña el papel decisivo enelenjuiciamiento de nuestro sasocialescriminalesesla 'forma de comportarse correctamente en la vida'". Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras?Por Edmundo Mezger. Traducción y estudio preliminar: la esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. Un paso para la "solución final de la cuestión social"? *Revista Penal* 10/8.

15. Ver crítica à construção de Edmund Mezger sobre tipos de delinquentes por tendência e por inclinação em: MUÑOZ CONDE, Francisco.Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944. *Revista Penal*11/90; também em sentido crítico à "culpa na condução da vida", STRATENWERTH, Günther. El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad. *Colección de criminología y derecho penal*. Madrid: Instituto Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980. p. 47.

16. "Quien vive en armonía consigo mismo, con su demonio, vive en armonía con el universo". Cf. CASSIRER, Ernest. *Antropología filosófica*. México: Fondo da Cultura Económica, 1945. p. 24.

do humano como centro da culpa jurídico-penal, concebendo o homem como uma espécie de "criatura em busca de si mesma".[17]

Esse modelo de culpa foi muito criticado pela doutrina, como, por exemplo, constatamos em Roxin,[18] que fazendo a associação entre a liberdade e a responsabilidade pelo caráter, conclui que tal fundamento da culpa contrastaria com a ação livre do indivíduo, de modo que a única saída para a culpa fundada no caráter seria a hipótese de um direito penal exclusivamente preventivo. Em suas objeções, prossegue afirmando que na culpa o que efetivamente pode ser tido como culpado é o fato típico. Desse modo, uma condução de vida, ainda que culpada, não será nunca a "realização culpada de um fato praticado pelo agente".[19]

Concordando com Roxin, não poderiamos deixar de reafirmar, finalmente, que a construção proposta pelo penalista e criminólogo alemão tem como sério risco o de colocar, à margem, o próprio fato criminoso, concebendo-o apenas como uma justificativa inicial da intervenção penal para, em seguida, dirigir o foco da sanção penal exclusivamente para o caráter do delinquente e para uma condução de vida em desacordo com os valores dominantes, sem considerar, ou considerando muito pouco, a gravidade e importância do delito.[20] Uma concepção de culpa que siga nesta direção acaba se afastando de um modelo de direito penal do fato, ingressando no nebuloso terreno do direito penal do autor e da periculosidade.

2.2 "Culpa pela personalidade" (Figueiredo Dias)

A doutrina da culpa do caráter talvez tenha recebido de Figueiredo Dias uma das mais precisas contribuições, na medida em que buscou desenvolver um modelo de culpa que se fundasse no fato, porém sem perder de vista sua necessária dimensão ética, algo que jamais poderia ser alcançado através de um modelo de culpa alheio à atitude pessoal do agente.

---

17. Cassirer define o homem como "una criatura constantemente en busca de sí misma, que en todo momento de su existencia tiene que examinar e hacer el escrutinio de las condiciones de la misma". CASSIRER, Ernest, 1945, p. 25.
18. ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade: questões fundamentais da teoria da responsabilidade. Tradução de Maria da Conceição Valdágua. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, n. 4, p. 519.
19. Idem, p. 537.
20. MUÑOZ CONDE, Francisco, 2002, p. 8.

A construção desse modelo de culpa precisou, primeiramente, superar a discussão entre livre arbítrio e determinismo,[21] moldando um conceito de liberdade que envolvesse o exercício de uma liberdade com sentido,[22] absolutamente distante daquela liberdade de indiferença. Além disso, mantendo-se ainda um certo afastamento do determinismo, procurou demonstrar que através da decisão existencial o homem é também livre sobre si mesmo, ou, noutras palavras, haveria uma espécie de liberdade onde o querer se exerceria sobre o próprio desejo, segundo assim a define Marcel.[23] A essência desta liberdade residiria na atitude pessoal do homem sobre as circunstâncias e seu próprio caráter. Esse exercício do ser-livre, inerente à natureza humana, não poderia dissociar-se da sua dimensão social, de modo que o homem é livre quando a sua existência conforma a ideia de um "existir-com-os-outros".

Para conseguirmos apurar, com precisão, a culpa pela personalidade construída por Figueiredo Dias, faz-se necessário seguirmos todos os passos desta construção teórica, a fim de identificar cada elemento conceitual utilizado, até chegarmos ao verdadeiro substrato da culpa ético-jurídica e, logicamente, a todas as consequências penais dela decorrentes.

A liberdade indeterminista materializada no "poder de agir de outra maneira" foi o primeiro obstáculo enfrentado por Figueiredo Dias, uma vez que tal poder não seria capaz de sintetizar a decisão existencial que, mais à frente,defenderia como o verdadeiro fundamento da culpa ético-jurídica. As razões desta incompatibilidade residiriam, primeiramente, no fato de que um sujeito livre que pode fazer qualquer coisa, na realidade torna-se escravo do seu próprio destino, decidindo ao acaso e sem sentido.

Além disso, a generalidade[24] de uma noção de poder geral acabaria por fulminar com o fundamento ético da culpa, constituindo uma espécie de "responsabilidade objetiva tarifada"[25] somada àinverificabilidade[26] dessa liberdade de

21. MARCEL, Gabriel. *El misterio del ser*. Buenos Aires: Sudamericana, 1964. p. 265; PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 67.

22. "O arbítrio sem conteúdo não é mesmo liberdade". Cf. JASPERS, Karl. *Filosofia*. Trad. Fernando Vela. Madrid: Revista de Occidente, 1959. vol. 2.

23. MARCEL, Gabriel, 1964, p. 262.

24. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 84-87; esta indemonstrabilidade também é criticada por ROXIN, Claus, 1991, p. 513.

25. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 87.

26. LIBET, Benjamin. *Mind time: the temporal factor in consciousness*.Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 33; interessante nota críticaemHART, H. L. A. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon, 1970. p. 106.

vontade, que diante da impossibilidade do juiz em reconstruir a atitude mental do agente,no momento do fato, seriam outras objeções a ser enfrentadas por Figueiredo Dias.

A ideia de uma liberdade superadora do debate entre indeterminismo e determinismo e concebida como liberdade existencial[27] traz, todavia, a mesma dificuldade enfrentada pela liberdade indeterminista quanto à sua dificuldade de demonstração.

Enfrentando esta objeção, Figueiredo Dias afirmou que a verificação desta liberdade não se daria analisando cada uma das decisões relevantes tomadas ao longo da vida, a fim de se constatar a ocorrênciaou não do "poder de agir de outra maneira". Caso pensasse deste modo, seria a mera substituição da liberdade indeterminista, no momento do fato, por uma liberdade referida à infinidade de decisões relevantes tomadas ao longo da existência do indivíduo, permanecendo, portanto, e com ainda maior razão, a impossibilidade de sua demonstração.

Para superar esse desafio, a liberdade existencial[28] deveria ser compreendida como a "gênese" de todas as decisões relevantes, refletida e atualizada na ação concreta. Uma decisão, portanto, que está diretamente relacionada à complexidade de fatores externos apresentados pela sociedade mediadora, que condicionam a ação do homem livre e que o fazem responsável pelo seu próprio comportamento.[29]

O homem é livre para dar sentido à sua vida, para conformar sua existência, e, nesta empreitada, decide sobre si mesmo, de modo que seus atos serão o reflexo do seu "ser", que não consiste num produto de meras determinantes endógenas e exógenas,[30] massim da decisão existencial de um indivíduo que elege seus motivos, ao decidir sobre si mesmo.[31]

---

27. Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p 141; ROXIN, Claus, 1991, p. 518; sentido crítico quanto à ausência da identificação do dever-ser ético existencial em: CURADO NEVES, João Luís U. *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Tese de Doutorado, Lisboa, Universidade de Lisboa, p. 423.

28. Somente através da liberdade existencial é que se satisfaz a consciência da liberdade, tornando possível a certeza e conhecimento da origem histórica da decisão. Cf. JASPERS, Karl, 1959, p. 45, vol. 2.

29. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 151-153.

30. Idem, 1995, p. 152; em MARCEL, Gabriel, 1964, p. 266, (trad. nossa), constatamos referência a esta decisão existencial quando afirma que é o ato livre que vai contribuir para "fazer-me o que sou" e a "esculpir-me"; a importância dessas circunstâncias, externas e internas, presentes no fato, para a configuração da especial censurabilidade do agente constatamos em decisão do Supremo Tribunal de Justiça português.

Ao conceituar a liberdade existencial como fundamento ético da culpa, faltava-lhe, ainda, o seu conteúdo jurídico. Foi então que Figueiredo Dias buscou no "dever-ser" a exegese desta decisão existencial, que consistiria no dever do homem de exercer sua liberdade sem violar nem pôr em perigo os bens jurídicos penalmente tutelados. Assim, o existir humano consistiria na realização do ser-livre, o que implica na realização de si mesmo e dos outros.

A personalidade total consiste no resultado do caráter somado à atitude pessoal do agente, sendo, assim, o produto de suas características individuais, motivações e atitude pessoal de "ser-livre" perante o seu próprio caráter,[32] motivos e circunstâncias. Tal personalidade, juntamente com o fato ilícito, formaria o substrato da culpa, e, portanto, o fundamento ético-jurídico de reprovação do agente em razão do fato praticado.[33]

Como dissemos anteriormente, defende Figueiredo Dias que o existir livre é "existir-com-os-outros", de modo que a realização do ser-livre é a realização com os outros.[34] Dito assim, neste existir humano a culpa jurídico-penal parte da ação concreta para a subjetividade do agente. Isso significa que, primeira-

---

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 108/08.4PEPDL.L1.S1, rel. Arménio Sottomayor, Lisboa, 25.02.2010. Disponível em: [www.stj.pt/jurisprudência/basedados]. Acesso em: 10.03.2012.

31. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 142; "une liberté qui avance par projets motivés; je fais mês actes dans la mesure où j'em accueille les raisons". Cf. RICOEUR, Paul. *Finitude et culpabilité: la symbolique du mal*. Paris: Aubier Éditions Montaigne, 1960. vol. 1, p. 69; MARCEL, Gabriel, 1964, p. 87; DOSTOIEVSKI, Fiódor. *Crime e castigo*. Lisboa: Relógio D'Água, 2009. p. 61.

32. "O caráter não funciona como um destino que governa o homem, mas sim como uma forma 'inimitável' de exercício da sua liberdade, de modo que o caráter e a humanidade (abertura aos valores), juntos, fazem da liberdade uma 'possibilidade ilimitada'". Cf. RICOEUR, Paul, 1960, vol. 1, p. 78; ao se deparar com um conflito moral, o homem de bom caráter trará para a solução do dilema um conjunto complexo de respostas, que o possibilitará tomar uma decisão que o leve a agir de forma contrária ao seu próprio caráter. Cf. NUSSBAUM, Martha C. *A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega*. Trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 35.

33. "Para a individualização da pena, tanto na perspectiva da culpa, como da prevenção é essencial a personalidade do agente que, não obstante, só pode ter-se em conta para a referida individualização quando mantenha relação com o facto". PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 583/02, rel. Dionísio Correia, Lisboa, 18.02.2003. Disponível em: [www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/add15afa1629fd9c80256d0400335ef0?OpenDocument.]. Acesso em: 27.07.2012.

34. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p 159; também em MARCEL,Gabriel, 1964, p. 81.

mente, deve existir uma violação ou exposição à situação de perigo de algum bem jurídico tutelado pelo direito penal, a partir do que se irá verificar a personalidade do agente que se refletiu e se atualizou nesta sua ação concreta. Noutras palavras, é "a personalidade que fundamenta um fato ilícito típico",[35] epor esta razão, apesar de referir-se a um modelo de culpa fundada na personalidade, não deixa de ser, também, uma modalidade de direito penal do fato.[36]

A personalidade do agente, portanto, é atualizada no fato criminoso[37] e isto se deve ao próprio conceito de liberdade existencial, que não se constitui num mero somatório de decisões relevantes, mas sim na gênese destas decisões que se viu materializada e atualizada num determinado fato. Desse modo, de acordo com os mesmos motivos e circunstâncias exteriores, podemos agir de maneira absolutamente distinta, inclusive atuando em desacordo com o nosso próprio caráter.[38]

No fundo, é o poder de mudar o nosso próprio destino e de nos reinventarmos a cada decisão relevante que forma o substrato ético da culpa. Daí emerge a necessidade do caráter, da atitude e das emoções serem adequadamente considerados para se desvendar a origem das ações penalmente relevantes, os motivos que levaram o agente à prática criminosa e, por conseguinte, imputar-se com justiça a responsabilidade penal à personalidade materializada no fato.

3. AS EMOÇÕES E SUA IMPORTÂNCIA NA FORMAÇÃO DA CULPA ÉTICO-JURÍDICA

Procuramos no capítulo anterior sistematizar, de forma breve, as posições mais relevantes acerca da culpa do caráter. Partimos da premissa de que não há como se construir um juízo de culpa, cujo objeto de censura se encerre

35. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 165; tal pensamento remonta à compreensão da ação livre vista em RICOEUR, Paul, 1960, vol. 1, p. 76-77, quando refere-se à personalidade total, quer dizer, uma certa totalidade que se expressa através dos atos humanos.

36. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 161; em STRATENWERTH,Günther 1980, p. 48-49, podemos ver em sua descrição do que seria culpa do caráter, que em tal modalidade de culpa há que se considerar a personalidade do agente da maneira mais completa possível, ainda que somente "na medida em que ela se expressa no fato punível", ou seja, na medida em que "a procedência, o desenvolvimento, o meio circundante e a tendência do autor, seu caráter e sua condução de vida permitam deduzir consequências no que diz respeito à medida de reprovação do fato mesmo".

37. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 164-165.

38. Idem, p. 170-181.

unicamente no fato ilícito, sem voltarmos nosso olhar à pessoa que fez de uma determinada ação concreta a sua autorrealização no mundo.

Dentro dessa perspectiva, ficou claro que os modelos de culpa do caráter que detalhamos, em que pese a preocupação em fundamentar eticamente a culpa jurídico-penal, não chegaram a alcançar os aspectos emocionais que envolvem o atuar humano, quer seja condicionando-lhe o comportamento, quer seja ditando um imperativo de existência cuja fragilidade humana pode não encontrar forças para resistir.

Existem, portanto, muitas questões ainda a serem resolvidas, a partir das quais conseguiremos construir uma noção de culpa jurídico-penal que tenha como fundamento ético a existência humana em toda a sua completude, em que a atitude pessoal, o caráter e as emoções sejam adequadamente considerados para desvendar a origem do comportamento voluntário, isto é, a origem dos motivos que levaram a pessoa concreta a praticar um determinado ilícito-típico.

A ação humana, qualquer que seja ela, não pode ser explicada sem que tomemos por base as emoções que motivaram o agente a atuar de uma determinada maneira. Contudo, não basta identificarmos a emoção que envolveu o agente no momento da prática ilícita, mas sim elucidarmos, sobretudo, qual teria sido a repercussão desta emoção na atitude pessoal do sujeito.

Quando estudamos uma infração penal não podemos perder de vista o fato de que estamos diante de uma ação humana. Assim, para compreendê-la, devemos, antes, voltar nosso olhar para o agente, a fim de tentarmos entendê-lo enquanto pessoa.[39] Uma compreensão desta natureza há que se dirigir ao sujeito que cometeu o fato ilícito, levando-se em consideração suas paixões, desejos, história de vida, contexto sociocultural, enfim, todas as características individuais que tenham relevância na explicação da ação.

Para isso, precisamos adotar uma concepção da emoção que lhe reconheça enquanto movimento corporal, mas não um efeito mecânico desprovido de sentido, e sim um movimento decorrente de uma avaliação do objeto ou de uma situação concreta pelo próprio agente que se emociona. É esta, assim o pensamos, a construção teórica que mais se aproxima daquilo que representam as emoções no comportamento humano.

---

39. Nesse sentido: WRIGHT, Georg Henrikvon. Of human freedom. *The Tanner Lectures on Human Values*. Salt Lake City, 1985. p. 147. Disponível em: [www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/von_wright85.pdf.].Acesso em: 10.03.2012; DAVIDSON, Donald. *Essays on actions and events*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 7.

Portanto, sentir uma emoção significa sofrer alguma alteração fisiológica, de modo que uma determinada percepção, que de nenhuma forma produza uma transformação fisiológica do indivíduo, não pode ser compreendida como uma emoção. Assim,estar emocionado significa ser o indivíduo movido, num certo sentido corporal.[40]

O ser humano, portanto, em sua complexidade existencial, convive intimamente ligado aos seus desejos e emoções, tendo na sua personalidade uma espécie de unidade cognitivo-emocional que reúne sua história de vida, os projetos existenciais, as disposições de caráter, o contexto sociocultural e as vivências pessoais. As emoções possuem um papel relevante nesse existir humano, podendo, inclusive, modificar a nossa visão de mundo ao proporcionarem uma noção distorcida e irracional da realidade.

As emoções, assim, acabam interferindo de forma profunda nas nossas ações, uma vez que condicionam[41] o nosso comportamento. Não entendemos, entretanto, configurar a emoção uma determinante causal que retire da liberdade a explicação racional das ações humanas. Porém, não há como negar a influência que exercem sobre nós e as consequências desta influência sobre o comportamento humano. Continuamos sendo livres e em que pese a contingência das emoções, somos dotados do poder de avaliá-las, racionalmente, e decidir segundo nossas intenções e motivos.

Seria, então, a vontade um ato de rebeldia da atitude interior contra os desejos e as emoções que a ela se relacionam? De Figueiredo Diaspodemos extrair que a vontade conformadorado exercício da liberdade existencial projeta-se no comportamento humano como a atualização da personalidade do agente.[42] Assim, a vontade consistiria na atitude pessoal do agente perante as circunstâncias, funcionando como uma espécie de entidade pulsante do indivíduo que se materializa no próprio comportamento humano. O agente e o fato "são uma e mesma coisa"[43] e isso ocorre de tal maneira que podemos compreender

40. HART, H. L. A., 1970, p. 82.

41. "(...) al mismo tiempo que contribuyen a la posibilidad de formarnos intenciones, limitan causalmente nuestras alternativas de acción". Cf.LAGIER, Daniel G. *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial PonsEdiciones Jurídicas y Sociales, 2009. p. 102; estabelecendo que não há uma relação entre desejos e emoção. Cf. LYONS, William. *Emoción*. Trad. Inés Jurado. Barcelona: Anthropos Editorial del Hombre, 1993. p. 88.

42. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 176 e ss.

43. Idem, p. 164; "eu existo" como uma unidade que não pode decompor-se. Cf. MARCEL, Gabriel. 1964, p. 83.

o indivíduo a partir do seu comportamento,[44] por ser este a expressão legítima do seu "eu" autêntico.

É preciso, entretanto, superarmos a discussão sobre a explicação da influência das emoções na motivação das ações humanas, para ingressarmos na ligação entre as emoções e a responsabilidade penal, ou, noutras palavras, a relação que há entre a motivação emocional e a personalidade censurável do agente. A partir desta perspectiva, surge logo a questão de saber se somos ou não responsáveis pelas nossas emoções. E é exatamente isso o que tentaremos responder neste momento.

Iniciaremos nossa abordagem descartando, desde logo, os estados emotivos patológicos, cujo estudo se concentraria, mais apropriadamente, no campo da inimputabilidade. Analisaremos, portanto, aquelas emoções que conformam a existência humana, mas que não deixam de representar a expressão livre da vontade, podendo, inclusive, significar uma determinada reação emocional resultante de um simples desejo de agir sem ponderação.

As emoções, para nós, devem ser encaradas sob a perspectiva de uma certa ética emocional,[45] em que a identificação como negativa ou positiva depende menos da emoção vivida e mais da nossa maneira própria de interagir com o mundo. É através dessa nossa existência intersubjetiva que iremos identificar se a reação emocional foi positiva ou negativa, e isto não deve ser alcançado a partir da análise pura e simples da emoção em si mesma. Assim, haverá normalmente uma racionalidade nas emoções, o que torna possível a ponderação e a alternativa de ação e, consequentemente, a atribuição de responsabilidade a alguém por ter agido motivado por alguma emoção em especial.[46]

Mesmo em se tratando de uma emoção profundamente intensa como a cólera, entendemos que ainda nesta situação é possível existir alternativa de ação.[47]

---

44. PALMA, Maria Fernanda. *Distinção entre dolo eventual e negligência consciente em direito penal*. Dissertação de Mestrado, Lisboa, Universidade de Lisboa, 1981, p. 115-116.

45. A emoção é um dos fundamentos da ética, em razão da sua importância à motivação moral.Cf. GREENSPAN, Patricia S. *Practical guilt: moral dilems, emotions, and social norms*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 187.

46. Parece-nos ser também este o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça ao afirmar que "o cometimento de crime passional, debaixo de emoção mais ou menos violenta ou sob o domínio dos afectos, não neutraliza a especial censurabilidade ou perversidade do acontecido, globalmente considerado". PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 508/10.0JAFUN.S1, rel. Souto de Moura, 23.11.2011. Disponível em: [www.stj.pt/jurisprudencia/basedados.]. Acesso em: 14.07.2012.

47. GREENSPAN, Patricia. Unfreedom and responsibility. In: SCHOEMAN, Ferdinand (ed.). *Responsibility, character, and the emotions: new essays in moral psychology*. Cambridge:

Além disso, apesar de muitas vezes não contermos ou não conseguirmos nos livrar de uma emoção, a forma de expressá-la pode ser por nós manipulada, pelo menos num certo sentido e numa certa parte dos casos.[48]

É por isso que assiste razão àKenny quando defende que não é possível existir uma forma particular de comportamento que seja característico de uma determinada emoção e cuja conexão com ela se realize do mesmo modo que o ato de comer é a característica da fome.[49] Isso significa dizer que não podemos indicar uma determinada reação emocional como uma consequência inexorável de certa emoção.

Trata-se, portanto, da possibilidade de controle das emoções, o que não significa eliminarmos aquela emoção ou simplesmente ignorá-la, mas, ao contrário, constitui uma atitude de superação frente às nossas emoções. São por essas razões que podemos dizer, respondendo à nossa questão inicial, que somos responsáveis pelas nossas emoções e que podemos ser, por isso, censurados criminalmente por termos agido motivados por uma determinada emoção.[50]

Não obstante, partindo-se da premissa de que as emoções podem ser controladas, pelo menos aquelas não patológicas, e, por isso, somos responsáveis quando colocamos em curso alguma reação emocional, devemos, então, seguindo mais fundo nesta questão, trazer ao debate a maneira como ocorre esse controle das emoções. O ponto de partida, sem dúvida, está na compreensão das emoções enquanto manifestações racionais e intencionais.[51] Em sendo isso verdade, isto

---

Campridge University Press, 1987. p. 66; neste mesmo sentido: SABINI, John; SILVER, Maury. Emotions, responsibility, and character. In: SCHOEMAN, Ferdinand (ed.). *Responsibility, character, and emotions: new essays in moral psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 170.

48. LYONS, William, 1993, p. 75; LAGIER, Daniel G., 2009, p. 36; todas as emoções constituem um produto cognitivo e valorativo bastante rico, sendo, portanto, um processo complexo, cujo desenvolvimento se prolonga no tempo. Cf. SOLOMON, Robert C. *Ética emocional: una teoría de los sentimientos*. Trad. Pablo Hermida. Barcelona: Paidós, 2007. p. 35.

49. Cf. KENNY, Anthony. *Action, emotion and will*. London: Routledge&Keagan Paul, 1963. p. 33; neste mesmo sentido: LYONS, 2009, p. 190; PALMA, Maria Fernanda. A vontade no dolo eventual. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002. vol. 2, p. 803.

50. Podemos ver em NUSSBAUM, Martha C., 2009, p. 37, um tom crítico acerca do pensamento reducionista que reconhece o louvor e culpa apenas às ações, deixando-se de lado as paixões.

51. Neste sentido: SOLOMON, Robert. *Not passion's slave: emotions and choice*. Oxford: Oxford University Press, 2003 (não paginado); em sentido relativamente contrário,

é, se somos mesmo responsáveis por nossas ações, eis que derivadas do exercício pleno da nossa liberdade, somos também responsáveis pelas nossas emoções, e, consequentemente, pelas manifestações exteriores delas decorrentes.

É preciso, todavia, seguirmos adiante, levando-se em consideração a atitude interior do agente frente às emoções e às circunstâncias. É preciso reconhecer que há condutas que decorrem da própria personalidade do indivíduo e não constituem, assim, uma reação da própria emoção.[52] Reconhecemos, todavia, que há uma certaconexão causal entre a conduta e a emoção, ou seja, a emoção pode ser encarada como um motivo ou causa para a ação.[53] Essa conexão, porém, é dirigida pela razão, que consiste justamente naquilo que irá desvendar se uma determinada reação emocional foi ou não apropriada.

Para além disso, da mesma maneira que não podemos dizer que uma pessoa é um bom cozinheiro se através das suas ações não desenvolve ou exibe uma tal habilidade, também não podemos atribuir um bom caráter a alguém se a ele não pudermos imputar a prática de ações boas.[54] Dessa forma, o agente, ao atuar contrariamente aos valores do direito, mesmo que submetido a uma determinada emoção, torna-sepassível de um juízo de censura, o qual se realiza através da análise de sua personalidade exteriorizada na ação concreta.

Não obstante, é também a análise da emoção que poderá fazer de um ato presumidamente culpável, um comportamento aceitável sob o aspecto emocional, o que acabará tendo relevância penal, quando da análise da inexigibilidade de conduta diversa, enquanto causa de exclusão da culpa jurídico-penal.

4. A PERSONALIDADE ENQUANTO FUNDAMENTO DA CULPA JURÍDICO-PENAL

A constatação de sermos responsáveis pelas nossas emoções e pelas reações emocionais delas decorrentes significa que as emoções possuem repercussão

admitindo que as emoções são apenas parcialmente controladas: LAGIER, Daniel G., 2009, p. 132.

52. BETTIOL, Giuseppe. Sul dirito penale dell'atteggiamento interiore. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XIV, p. 6.

53. Cf. GREENSPAN, Patrícia S., 1995, p. 196.

54. Aristóteles desenvolveu com precisão tal compreensão ao afirmar que "nos tornamos justos praticando ações justas, temperados, agindo com temperança, e, finalmente, tornamo-nos corajosos realizando atos de coragem". Exemplificando, arremata, dizendo o seguinte: "É ao construir bem uma casa que os construtores se tornam bons construtores, tal como é ao construir mal uma casa que se tornam maus construtores". ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Antônio de Castro Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2009. p. 48.

no juízo de culpa. Assim,podemos ser mais ou menos censurados em razão do nosso comportamento motivado pelas emoções. O que de concreto temos até aqui é que o direito penal não deve ser indiferente às emoções, de modo que o estudo da sua influência no comportamento humano é imprescindível para a construção de um modelo de culpa voltada à complexidade subjetiva do homem.[55]

O crime passional, por exemplo, se movido pela ira em decorrência da descoberta da traição da esposa amada, no fundo estaria amparado por valores como honra e dignidade, bem como motivado pelos sentimentos de decepção, frustração e sofrimento. Diferentemente, entretanto, seria o ato de matar a própria esposa,também em decorrência da ira, só que, agora, tendo por componente motivador uma mera crise de ciúmes.

Além da própria desproporcionalidade entre os dois exemplos, o que de mais relevante se pode deles extrair é a importância de se avaliar a motivação do agente e a valoração moral das emoções,[56] o que não é possível ser feito tomando-se por base uma concepção puramente mecanicista onde o que realmente importa é a perda do controle, independentemente da motivação e dos valores morais que foram levados em consideração ao decidir pela ação.

O concreto atuar humano, portanto, é muito mais do que um simples movimento corporal. Como bem alertado por Hart, é preciso que se verifique na conduta uma mínima ligação entre "mente e corpo" para que seja possível a responsabilidade criminal.[57]

Para que haja uma culpa fundada nas emoções, há primeiro que se superar a barreira da inimputabilidade, que, conforme alertamos anteriormente, não faz parte da abordagem que nos propusemos neste trabalho. Esse passo justi-

---

55. Culpabilidade, enquanto momento subjetivo da falta, podemos ver em RICOEUR, Paul, 1960, vol. 1, p. 100.

56. Identificamos na jurisprudência do STF brasileiro uma perspectiva limitada desta avaliação, levando-se em consideração tão somente a intensidade da emoção e o grau de provocação da vítima para o reconhecimento da causa de diminuição de pena no homicídio privilegiado, deixando de lado, todavia, a avaliação ética da experiência emocional vivida pelo agente no momento do fato concreto. BRASIL, STF, HC 102.459/MG, 1.ª T., j. 03.08.2010, rel. Min. Dias Tóffoli. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616029]. Acesso em: 14.07.2012; BRASIL, STF, HC 93.242/SP, 2.ª T., j. 26.02.2008, rel. Min. Eros Grau. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523401]. Acesso em: 14.07.2012.

57. HART, H. L. A., 1970, p. 92.

fica-se em razão da própria psiquiatria já ter, há muito,confirmado o caráter patológico de algumas emoções, em razão de produzirem reações emocionais irracionais.

Começaremos por dizer que para alguém ser considerado culpado por sua conduta emocional é preciso que se trate de um comportamento inadequado. Ao lado disso, é preciso que seja,também, penalmente relevante. Isso significa que não somos julgados efetivamente pelas nossas emoções ou simplesmente pela nossa personalidade, somos julgados, sim, pelo comportamento penalmente relevante que colocamos em curso.

Como defendemos até aqui, não somos marionetes ao sabor de nossas emoções. Somos seres pensantes que vivem, experimentam, controlam, e, até mesmo, manipulam as emoções e os comportamentos que com ela tenham alguma conexão. Mas se não somos meras máquinas emocionais, então o que de fato é o centro de controle do nosso comportamento?

Pensamos ser a nossa personalidade,[58] pois é a atitude interior frente ao nosso caráter, emoções e circunstâncias, que nos faz livres para decidir se, quando e como agir. É a personalidade que faz a integração entre corpo e alma, isto é, entre a atitude interior, caráter, estados mentais, emoções e o nosso comportamento. Somos livres frente às nossas emoções e ao nosso caráter,[59] e podemos, além disso,agir contraditoriamente diante de situações idênticas, mas sempre sendo racionais ou, pelo menos, assim o sendo na maioria das vezes.

Defendemos, portanto, que a personalidade é o centro vivo da racionalidade das emoções e que somos livres para decidir sobre nós mesmos, controlando, superando e manipulando nossas emoções. O modelo de culpa que defendemos deve envolver, de forma intensa e completa, todo o contexto subjetivo relacionado a uma determinada conduta criminosa, representando, com justiça, a complexidade do comportamento humano.

Não podemos ter este olhar multiverso sem nos apercebermos do homem que está por detrás do fato criminoso. E é exatamente essa a justificação de uma concepção de culpa que se sustente para além da mera objetividade e frieza da análise puramente factual do delito. Uma verdadeira interpretação do crime deverá, por assim dizer, identificar numa determinada infração penal a

58. Parece ser também esta conclusão a que chega, Jean-Paul. *Esboço de uma teoria das emoções*. Trad. A. Pastor Fernandes. Lisboa: Presença, 1972. p. 68-69, ao admitir que a personalidade profunda e o autodomínio são os responsáveis pelo controle de nossas emoções.

59. Neste sentido: LYONS,William, 1993, p. 256.

pura expressão de seu autor, da sua personalidade, sem, contudo, tomá-la em consideração isoladamente, ou seja, alheia ao próprio fato praticado.[60]

As críticas que recaem sobre esta concepção de culpa ancoram-sena valorização demasiada de doutrinas preventivistas, com uma considerável redução da importância da culpa enquanto pressuposto do crime e fundamento da pena. Podemos enxergar uma visão dessa natureza em Stratenwerthquando defende uma espécie de superação do princípio da culpa pela prevenção, a fim de conferir uma maior racionalidade ao tratamento da pena.[61]

Mas, então, como poderemos relacionar estes desejos, emoções e intenções com as ações concretas?

Pensamos ser a partir de nossos desejos e emoções que projetamos nossas ações. Nesse atuar subjetivo confabulamos com nós mesmos, ponderamos nossas intenções, vivenciamos internamente nossos desejos e emoções, para, somente então, decidirmos pela ação. Somos livres dentro deste processo mental para agirmos dessa ou daquela maneira, vivenciando nossos desejos e crenças, ponderando nossas intenções e decidindo pelo nosso comportamento.

Ao agirmos de forma consciente, ponderando e decidindo livremente por alguma das alternativas possíveis, poderemos, então, concluir que escolhemos um determinado resultado pelo qual somos responsáveis.[62]Assim, somos livres por decidir agir de uma determinada maneira, mas, sobretudo, por decidirmos não agir desta ou daquela forma, mesmo quando, sob o pondo de vista causal, as nossas crenças, desejos, impulsos e emoções nos levariam a um comportamento diferente.[63]

---

60. "O que está subjacente a tal ideia não é já uma responsabilidade para além do acto e independentemente dele, mas antes a referência a uma condição de identidade e pessoalidade no acto, com o qual o princípio da legalidade não colidiria". Cf. PALMA, Maria Fernanda, 2005, p. 127.

61. STRATENWERTH,Günther, 1980, p. 85 e ss.; uma posição intermédia é a de que somente a culpa e as necessidades preventivas podem, juntas, desencadear a responsabilidade penal. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeinerteil*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997. p. 726, vejamos: "(...) dass nur Schüld und Präventionsbedürfnis gemeinsam eine Strafsanktion auslösen Könen"; crítica à tentativa da doutrina mais moderna em substituir a culpa por razões de intimidação e prevenção em FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*. Trabalho de Exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1960-1961. p. 4.

62. HART, H. L. A., 1970, p. 121-122.

63. Em FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1995, p. 164-165, a personalidade que se atualiza no fato é que será, no final, digna de censura.

Independentemente das críticas, defendemos que se encontra justamente na culpa ético-jurídica fundada na personalidade a elevação do homem ao patamar de "centro do mundo",[64] ou, noutras palavras, é da escolha sobre nós mesmos que afirmamos, ao mesmo tempo, o valor dessas nossas escolhas, daí porque o homem, ao proceder com uma decisão tão original, torna-se responsável pelo que é e por aquilo que se tornou, sendo totalmente responsável pela sua existência.[65]

Assim, para nós, e é no que acreditamos, não há como se construir um direito penal alheio à culpa e, mais ainda, que não encontre, no indivíduo, a explicação racional do comportamento humano. Desse modo, como bem argumentado por Figueiredo Dias, "todo direito penal é um direito penal de culpa".[66]

Conforme dissemos, é justamente na contradição entre o comportamento concreto e o dever de promoção do ser-livre de onde retiramos o fundamento ético da culpa.[67]A culpa fundada na personalidade, diferentemente do que pensa parte da doutrina, ultrapassaria as fronteiras do metafísico, aproximando-se, assim, daquela liberdade existencial que caracterizaria o "ser total que age".[68]

A culpa, portanto, deve resgatar a importância do homem na prática da ação criminosa, valendo, aqui, o alerta de Figueiredo Dias, de que este enfoque existencialista não significaria a transferência de uma responsabilidade pelo fato para uma responsabilidade pela personalidade.[69]

Ao construir a sua personalidade, ao conformar sua própria existência, o homem exercita a sua decisão de "ser-livre", cuja realização transcende à mera individualidade para encontrar ressonância na sua existência social. E nesta realização do "ser-livre" há que se cumprir com o dever existencial de agir de acordo comos valores de exortação da existência digna,devendo atuarconforme os valores de realização de si mesmo e dos demais.

---

64. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1961, p. 10.

65. SARTRE, Jean-Paul. *L'Existentialisme est un humanisme*. Paris: Nagel, 1946.p. 24-26; no mesmo sentido: SOLOMON, Robert C., 2007, p. 45.

66. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1978. p. 177.

67. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 232.

68. Idem, p. 237.

69. "Do que se trata é tãosó de substituir a adscrição da culpa, sempre na base do facto, não à vontade que a este presidiu, mas ao carácter ou à personalidade que no facto se exprime". Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2001, p. 239.

Dessa maneira, é na decisão do "ser-livre", centralizada na personalidade total do agente, que reside o fundamento ético de censura da ação humana que venha a violar ou por em perigo algum bem jurídico tutelado. Contudo, não há que se vincular tal juízo de censura a uma mera "tradução dos valores do Direito no sistema de valores ético-afectivos do agente",[70] mas, ao contrário, deve-se levar em consideração a perspectiva do agente concreto, seus projetos, desenvolvimento, fragilidades e oportunidades nesta sua abertura ao mundo e aos valores.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa que desenvolvemos neste trabalho procurou reconhecer na personalidade o centro racional das emoções vividas e a atitude pessoal do "ser-livre" frente aos seus motivos e circunstâncias. A personalidade, portanto, constitui o substrato ético da culpa jurídico-penal, conferindo sentido, justiça e racionalidade à censura do agente que não apenas necessita, mas exige ser reconhecido enquanto pessoa.

Este reconhecimento passa, logicamente, pela investigação mais ampla possível de seus motivos, emoções e intenções. Não se trata, todavia, de um retorno aos modelos de perigosidade que em tempos remotos justificaram algumas construções da "culpa do caráter". Consiste, ao contrário, na promoção do "ser-livre" que não age ao acaso, tampouco é indiferente em relação à sua existência no mundo.

Não pretendemos que tal modelo de culpa deva ser empregado como um incremento do poder punitivo ou um mecanismo de ampliação dos limites do juízo de censura. Ao contrário disso, o que pretendemos é justamente encontrar um argumento que pudesse reconduzir o indivíduo ao centro da avaliação do seu comportamento.

O homem não pode divorciar-se da sua história, convicções, caráter e emoções. O comportamento humano penalmente relevante não consiste, portanto, num atuar divorciado da sua essência. Há que se avaliar a personalidade que se viu refletida no fato ilícito, mas não para se atingir uma determinada finalidade preventiva, tampouco servir-se de instrumento para implementarum maior rigor na retribuição penal. Longe disso, o que pretendemos foiestabelecer as bases àconcretização de um julgamento justo, que não poderia ocorrer se separássemos o sujeito da ação por ele praticada.

---

70. PALMA, Maria Fernanda, 2005, p. 230-231.

É este o modelo de culpa que reputamos adequado à construção de um direito penal mais justo, que explica e compreende o delito como um produto do comportamento intencional do agente, sendo, portanto, imprescindível enfatizar-se, na análise do crime, a personalidade e as emoções que motivaram um determinado comportamento criminoso.

6. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Antônio de Castro Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2009.

BETTIOL, Giuseppe. Sul dirito penale dell'atteggiamento interiore. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano XIV. p. 3-17. Milano,1971.

CASSIRER, Ernest. *Antropología filosófica*. México: Fondo da Cultura Económica, 1945.

CURADO NEVES, João Luís U. *A problemática da culpa nos crimes passionais*. Tese de Doutorado, Lisboa, Universidade de Lisboa, 2006.

DAVIDSON, Donald. *Essays on actions and events*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 2001.

DOSTOIEVSKI, Fiódor. *Crime e castigo*. Lisboa: Relógio D'água, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa e direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

_____. *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*. Trabalho de Exame do Curso Complementarde Ciências Jurídicas, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1960.

_____. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1978.

_____. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

GREENSPAN, Patricia S. *Practical guilt: moral dilems, emotions, and social norms*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. Unfreedom and responsibility. In: SCHOEMAN, Ferdinand (ed.). *Responsibility, character, and the emotions: new essays in moral psychology*. Cambridge: Campridge University Press, 1987.

HANSENNE, Michel. *Psicologia da personalidade*. Trad. João Galamba de Almeida. Lisboa: Climepsi, 2004.

HART, H. L. A. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon, 1970.

JASPERS, Karl. *Filosofía*. Trad. Fernando Vela. Madrid: Revista de Occidente, 1959. vol. 2.

KENNY, Anthony. *Action, emotion and will*. London: Routledge&Keagan Paul, 1963.

LAGIER, Daniel G. *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009.

LIBET, Benjamin. *Mind time: the temporal factor in consciousness*. Cambridge: Harvard UniversityPress, 2004.

LYONS,William. *Emoción*. Trad. Inés Jurado. Barcelona: Anthropos Editorial delHombre, 1993.

MARCEL, Gabriel. *El misterio del ser*. Buenos Aires: Sudamericana, 1964.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte geral*. 6. ed. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1955.

_____.*Kriminologie*. Berlim: C. H. Beck'sche, 1951.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras? Por Edmundo Mezger. Traducción y estudio preliminar: la esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. Un paso para la "solución final de la cuestión social"? *Revista Penal*. n. 10. p. 3-23. Madrid, jul. 2002.

_____. Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944. *Revista Penal*. n. 11. p. 81-93. Madrid, jan.2003.

NUSSBAUM, Martha C. *A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega*. Trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Distinção entre dolo eventual e negligência consciente em direito penal*. Dissertação de Mestrado, Lisboa, Universidade de Lisboa, 1981.

_____. A vontade no dolo eventual. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002. vol. 2.

RICOEUR, Paul. *Finitude et culpabilité: la symbolique du mal*. Paris: Aubier Éditions Montaigne, 1960. vol. 2.

ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade: questões fundamentais da teoria da responsabilidade. Trad. Maria da Conceição Valdágua. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 4. ano 1. p. 543-541. Lisboa, out.-dez. 1991.

_____. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.

SABINI, John; SILVER, Maury.Emotions, responsibility, and character. In: SCHOEMAN, Ferdinand (ed.). *Responsibility, character, and emotions: New essays in moral psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

SARTRE,Jean-Paul. *Esboço de uma teoria das emoções*. Trad. A. Pastor Fernandes. Lisboa: Presença, 1972.

_____. *L'Existentialisme est un humanisme*. Paris: Nagel, 1946.

SOLOMON, Robert C. *Ética emocional: una teoría de los sentimientos*. Trad. Pablo Hermida. Barcelona: Paidós, 2007.

_____. *Not passion's slave: emotions and choice*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

STRATENWERTH,Günther. El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad. *Colección de criminología y derecho penal*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

WRIGHT, Georg Henrik von. Of human freedom.*The Tanner Lectures on Human Values*.Salt Lake City, 1985. Disponível em: [www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/von_wright85.pdf]. Acesso em: 10.03.2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Desafios dogmáticos da culpabilidade, de José Henrique Pierangeli – *RT* 761/445.
- A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal, de Fernando Antonio N. Galvão da Rocha, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 3, p. 387;
- A culpabilidade e sua exclusão no direito penal, de Claus Roxin, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 3, p. 191; e
- Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir, de Karyna Batista Sposato, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 3, p. 475.

1

REGULAÇÃO ECONÔMICA E DIREITO PENAL ECONÔMICO: EFICÁCIA E DESENCONTRO NO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS

Economic regulation and criminal law for white-collar-crimes: efficacy and gaps in tax evasion crimes

THIAGO BOTTINO

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor-adjunto e Coordenador de Graduação da FGV Direito Rio. Professor-adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Econômico e Financeiro

RESUMO: O artigo aponta o descompasso entre o direito penal econômico e a realidade econômica brasileira relativamente ao crime de evasão de divisas e sustenta haver incongruência na punição dessa conduta à luz das normas administrativas que regulam essa mesma atividade econômica. Dividido em quatro partes, o texto aborda a questão do bem jurídico supraindividual relacionado à evasão de divisas; analisa o tipo penal previsto no art. 22 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; indica os pontos em que a realidade econômica modificou-se desde a edição da referida Lei; e, por fim, propõe soluções de interpretação do art. 22 da Lei

ABSTRACT: The article points out to the gap between criminal law for white- collar crimes and the Brazilian economy, especially in regards to tax evasion crimes. It argues that there is an inconsistency in the criminal punishment of this conduct in light of the administrative rules governing the same economic activity. The paper is divided in four sections, it addresses the issue of diffuse legal interests; it examines the offense contained in the art. 22 of the White Collar Crime Law; it also mentions in which points the economic reality has changed since the enactment of this law and finally proposes a new interpretation of art. 22 so that facts and norms are compatible.

7.492/1986 para a adequação entre o plano dos fatos e o plano das normas.

PALAVRAS-CHAVE: Evasão de divisas - Direito penal econômico - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional - Reservas cambiais - Crimes econômicos.

KEYWORDS: Tax evasion - Criminal law for white-collar crime - Crimes against the National Financial System - Foreign exchange reserves - Financial crimes.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O crime econômico - 3. A evasão de divisas - 4. Dilemas de aplicação do crime de evasão de divisas - 5. Conclusões.

"Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades"
Luís Vaz de Camões (Sonetos).

1. INTRODUÇÃO

O tema não é novo,[1-2] mas é atual. E vem ganhando cada vez mais importância. Há alguns anos os juristas e os economistas vêm alertando para a incongruência do crime de evasão de divisas no atual cenário econômico.[3]

---

1. Esse artigo é produto das discussões iniciais realizadas no âmbito do projeto "Reforma da Legislação Penal Econômica", um dos vários projetos desenvolvidos pelo grupo de pesquisa "Direito Penal, Economia, Governança e Regulação". Agradeço integrantes do grupo, em especial a Luiz Francisco Mota Santiago Filho, Luciana dos Reis Frattini, Heitor Campos Guimarães e Mariana Barbosa. O grupo desenvolve diferentes pesquisas, todas relacionadas aos aspectos que aproximam a política econômica, as regras administrativas, as regras de mercado e o direito penal.
2. Destacam-se, dentre vários outros, os trabalhos inovadores de Nilo Batista (Consumação e tentativa no crime de evasão de divisas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001), Ricardo Pieri (Evasão de divisas? *RBCCrim* 62/134. São Paulo: Ed. RT, set-out., 2006), Luciano Feldens e Andrei Zenker Schmidt (*O crime de evasão de divisas: a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006) e José Carlos Tortima e Fernanda Lara Tortima (*Evasão de divisas: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22, da Lei 7.492/1986*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).
3. Exemplo disso são os recorrentes artigos e editoriais de jornais sobre o tema do repatriamento de valores, a crescente entrada de dólares na economia brasileira e a descriminalização da evasão de divisas: José Carlos Tórtima (*O Globo*, 23.10.2008), Carlos José Marques (*IstoÉ Dinheiro*, 03.06.2009), Fausto Martin de Sanctis (Folha de

Já há, inclusive, projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional[4] prevendo anistia para aqueles que repatriarem depósitos mantidos no exterior e nunca declarados às autoridades brasileiras (mantendo, porém, a incriminação da conduta para depósitos não repatriados).

Se, por um lado, a discussão avança lentamente no plano legislativo, por outro, a discussão parece inexistir no plano judicial. Isso quando, há muito tempo, o tema está pacificado no plano econômico.

A inutilidade de se manter a punição pelo crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei 7.492/1986) nos mesmos moldes em que foi concebida na década de 1980 do século passado se insere, obviamente, dentro de um problema mais amplo, relacionado à necessária reforma da legislação penal econômica em seu conjunto. Assim como o crime de evasão de divisas, várias outras figuras delitivas perderam o sentido e a atualidade ou precisam se adaptar aos novos tempos. E não precisa ser especialista para entender o porquê: a economia brasileira transformou-se radicalmente nos últimos 25 anos! Os fantasmas de década de 1980 (dívida externa, hiperinflação) não são os mesmos de hoje. Mas ainda estamos amarrados à legislação daquela época.[5]

S. Paulo, 06.10.2009, p. A3), José Mentor (Folha de S. Paulo, 14.10.2009), Antenor Madruga (Valor Econômico, 10.12.2009, p. A14), *O Estado de São Paulo* (A inundação de dólares continua, 11.03.2011), IBCCrim (*Boletim IBCCrim* 221, abr. 2011), Carlos Alberto Sardenberg (*O Globo*, 02.06.2012).

4. No Senado: PL 354/2009, de autoria do senador Delcídio Amaral (PT-MS). Na Câmara: Lei 113/2003, do *deputado Luciano Castro* (PR/RR) e PL 5.228/2005, do *deputado* José Mentor (PT-SP).

5. Ao comentar os 20 anos da Lei 7.492/1986, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves apontou a "morte" da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: "A lei não se mostrou maleável para responder a novas demandas de proteção. Exemplificamos com os seguintes itens: (a) a falta de transparência na gestão de instituições financeiras e na atuação dos órgãos de fiscalização; (b) as auditorias negligentes, imperitas ou fraudulentas; (c) a relação incestuosa entre órgãos governamentais e instituições financeiras públicas ou com capitais públicos, como bancos oficiais ou fundos de pensão; (d) a gestão de recursos vindos de agências internacionais de fomento; (e) as taxas extorsivas de juros e o abuso na concessão de empréstimos; (f) as condutas praticadas por pessoas jurídicas, às vezes, com sede no exterior, dificultando a individualização da responsabilidade penal; (g) a garantia de ressarcimento dos poupadores e investidores, quando lesados pela gestão inescrupulosa de instituições financeiras" (GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Exame necroscópico da Lei do Colarinho Branco. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et alii (orgs.): *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – 20 anos da Lei n. 7.492/1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 2).

Essa situação ensejou a criação de projeto denominado "Reforma da legislação penal econômica" (cujo objetivo é identificar as principais dicotomias entre a legislação e a realidade econômica que a lei pretende regular) no âmbito do grupo de pesquisa denominado "Direito Penal, Economia, Governança e Regulação"[6] desenvolvido pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV.

O horizonte de trabalho é vasto e não faltam desafios. Podemos citar, apenas a título de exemplo, a necessidade de melhor definir as condutas que caracterizam os crimes de gestão fraudulenta e temerária; a uniformização do tratamento legal dos crimes tributários; e o aprimoramento das figuras de *insider trading* e manipulação de mercado de capitais, dentre várias outras.

Entretanto, dentre tantos temas existentes, a evasão de divisas se sobressai. No caso desse delito, a dicotomia entre o plano normativo (leis e portarias) e o plano fático (a política econômica na gestão e controle das reservas cambiais) é tão gritante que não havia como iniciar os trabalhos senão por esse tipo penal. Afinal, se o direito se descola completamente da realidade que pretende regular, ele perde a capacidade de se justificar perante a sociedade e se torna uma retórica vazia; por outro lado, concebido apenas como formalização normativa imutável, o direito deixa de contribuir na construção de um projeto político de transformação social.

Nesse ponto, o crime de evasão de divisas é, talvez, hoje o exemplo mais claro de instrumentalização do direito penal para auxiliar a regulação do sistema financeiro que, ao logo do tempo, desconectou-se da política econômica que pretendia defender, transformando-se em norma inócua do ponto de vista do bem jurídico que visava a proteger, restando apenas o efeito perverso inerente a qualquer norma penal consistente na possibilidade de punição e privação de liberdade.[7]

A proposta do presente trabalho é apresentar uma solução jurídica que compatibilize os planos da realidade e da legalidade, no que tange ao crime de

---

6. O grupo desenvolve diferentes pesquisas, todas relacionadas aos aspectos que aproximam a política econômica, as regras administrativas, as regras de mercado e o direito penal.

7. "O delito de evasão de divisas tende a desaparecer, perante os interesses do capitalismo financeiro transnacional que hoje dá as cartas, sendo substituído pela nova estrela da pauta de políticas criminais do empreendimento econômico internacionalmente dominante: a lavagem de dinheiro. Enquanto não sobrevém a *abolitio criminis*, uma aplicação dogmaticamente correta da lei recomendaria aprofundar a reflexão sobre diversos aspectos técnicos polêmicos, entre os quais está a tentativa do delito" (BATISTA, Nilo, op. cit.)

evasão de divisas. O texto está dividido em quatro partes: na primeira, é feita uma breve apresentação sobre o crime econômico e a noção de bem jurídico supraindividual; a segunda parte dedica-se a apresentar o tipo penal de evasão de divisas tal como definido no plano normativo (a lei e demais instrumentos normativos que o complementam) e jurisprudencial (como os tribunais superiores têm aplicado a lei); na terceira parte, aponta-se a incongruência da norma penal face à realidade econômica atual; por fim, a quarta e última parte desse trabalho propõe soluções de interpretação do art. 22 da Lei 7.492/1986 para a adequação entre o plano dos fatos e o plano das normas.

2. O CRIME ECONÔMICO

O conceito de "direito penal econômico" tem sido longamente discutido nos últimos anos. Surgido no âmbito da criminologia estaduniedense,[8] fortemente associado às características dos seus autores e a problemas de seletividade do sistema penal,[9] o direito penal econômico pode ser definido hoje sob duas di-

8. A terminologia "crime de colarinho branco" (*white collar crime*) foi utilizada pela primeira vez pelo sociólogo estadunidense Edwin H. Sutherland, em 1939 durante a 34.ª conferência anual da Sociedade Americana de Sociologia. Naquele ano a conferência foi realizada em conjunto com a 52.ª conferência anual da Associação Americana de Economia. O objetivo da palestra inaugural proferida por Sutherland era chamar atenção para o exame de uma categoria de ilícitos que até então era solenemente ignorada nos estudos conduzidos pelos sociólogos e criminólogos: os crimes praticados por diretores das grandes corporações (SUTHERLAND, Edwin H.: *White collar crime – The uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983).

9. Uma das questões importantes em relação aos crimes econômicos diz respeito ao funcionamento do sistema penal. Os meios de comunicação e a sociedade em geral têm a percepção de que o sistema penal opera de forma seletiva, privilegiando os autores de crimes econômicos e atuando de forma mais grave e intensa sobre a população sem recursos econômicos. Esse traço de funcionamento diferenciado já fora identificado por Sutherland, que explicava que a aplicação diferenciada da lei pode ser debitada a três fatores: (1) status: o poder imuniza os "homens de negócio" em relação aos crimes, já que incriminá-los poderá trazer problemas para o incriminador no futuro; (2) homogeneidade cultural: juízes, administradores, legisladores e homens de negócios possuem a mesma formação cultural, muitas vezes partilham as mesmas origens sociais e essa homogeneidade faz com que não seja uma tarefa fácil caracterizar os criminosos econômicos dentro do estereotipo do criminoso comum; (3) a relativa desorganização na reação aos crimes de colarinho branco: as violações das leis pelos homens de negócios são complexas e produzem efeitos difusos. Não se tratam de agressões simples e diretas de um indivíduo contra outro. Além disso, podem permanecer por muitos anos sem serem descobertas (SUTHERLAND, Edwin H. op. cit.)

ferentes perspectivas. A primeira, de cunho criminológico,[10] observa as condutas praticadas, seus agentes, suas causas e finalidades, além das características objetivas desses delitos e, por esse critério, define o direito penal econômico como o ramo do direito penal voltado para a identificação e criminalização de condutas praticadas nas relações comerciais ou na atividade empresarial, pelos administradores, diretores ou sócios de empresas, geralmente de forma não violenta e envolvendo fraude ou violação da relação de confiança.[11]

No entanto, é possível outra definição, relacionada à dogmática penal,[12] tomando por base o bem jurídico protegido, entendido como bem individual ou coletivo que merece e recebe proteção jurídica e que, quando é especialmente valioso, pode ser protegido por meio do direito penal.[13]

---

10. "La criminalidad económica constituye um fenômeno complejo que requiere el conoscimento de aspectos que no son jurídico penales em sentido estricto" (BACIGALUPO, Enrique: *Derecho penal econômico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 29).

11. "Otra aproximación de carácter clásicamente criminológico acentúa las particularidades del *autor*, a quien Sutherland describió como una persona de alta reputación y de 'cuello blanco'. Esta explicación basada específicamente en el autor del *white collar crime* fue ampliada por la criminología reciente hacia una perspectiva, ya indicada por Sutherland, de la realización de la conducta en el ejercicio de una profesión (*occupational crime*). Este tipo de aproximaciones criminológicas no parecen ser aptas para el derecho penal y, en general, para todo derecho debido a que, por razones constitucionales de seguridad jurídica, es imprescindible la descripción legislativa del hecho y no la definición del autor" (TIEDMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 57).

12. "Partindo da teoria criminológica para a teoria da conduta, pode-se afirmar que o direito penal Econômico representa muito mais do que uma mera especialização do direito penal clássico ou comum. Na verdade, em torno dele aglutinam-se importantes problemas dogmáticos, cuja solução se faz relevante para todo sistema normativo penal" (SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (org.). *Inovações no direito penal econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 118).

13. "A noção de bem jurídico, já por muitos tratada, constitui o marco que delimita os extremos daquilo que legitimamente pode e não pode ser criminalizado. Esta é hoje uma concepção generalizada. Para a política criminal, é a tutela dos bens jurídicos que simultaneamente define a função do direito penal e marca os limites da legitimidade da sua intervenção. A dogmática vê nesta categoria o critério de uma interpretação teleológica assim como o fundamento da ilicitude material" (SOUSA, Susana Alves de: Direito penal das sociedades comerciais. In: FARIA COSTA, José de et alii. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 436).

O Direito penal teria o encargo de proteger a sociedade salvaguardando os bens jurídicos relevantes aos interesses sociais. Além disso, a noção de bem jurídico também estabeleceria limites a serem observados pelo *jus puniendi* do Estado, que não poderia produzir normais penais as quais não tivessem por escopo proteger bens jurídicos anteriormente assimilados pelo ordenamento. Sendo assim, o objeto de proteção penal deveria ser prontamente delimitado, pois a falta de definição do bem jurídico tutelado acarretaria, indubitavelmente, a ilegitimidade da própria norma.

O direito penal orienta a escolha dos bens jurídicos a merecerem sua tutela através da aplicabilidade dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade. O princípio da subsidiariedade estabelece que o direito penal só deva atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só poderá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*.

Já com o postulado da fragmentariedade, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída a lei penal não é absoluta. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização.[14]

Tradicionalmente, a proteção de bens jurídicos por meio do direito penal sempre esteve restrita a elementos materiais e individuais. Fruto do paradigma moderno caracterizado pelo racionalismo subjetivista (que coloca a razão humana como único meio legítimo para explicar a realidade) e pelo cientificismo (que impôs a prevalência do raciocínio lógico-formal), aliados à lógica utilitarista (de prevalência dos interesses individuais na atuação social), o direito penal iluminista era fortemente influenciado pela noção de direitos individuais exigíveis frente ao Estado.

Segue daí que o direito penal foi utilizado como instrumento para limitar o poder punitivo do Estado e estabelecer garantias em defesa da liberdade in-

14. Nas palavras de Miguel Reale Jr: "(...) o direito penal tem caráter subsidiário, devendo constituir a *ultima ratio* e por isso ser fragmentário, pois o antijurídico penal é restrito em face do antijurídico decorrente do ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo, incriminando apenas algumas condutas lesivas a determinado valor, as de grau elevado de ofensividade" (REALE JR., Miguel: *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1, p. 25).

dividual contra projetos estatais que a limitassem em virtude de "interesses sociais" excludentes e autoritários. A elaboração de um conjunto de regras e princípios penais (hoje associado ao garantismo)[15] visava a afastar a tipificação de condutas penais por meio de normas que não estejam relacionadas a fatos, mas a pessoas, "Como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os 'desocupados' e os 'vagabundos', os 'propensos a delinquir' (...)".[16]

Não obstante as mudanças socioeconômicas e tecnológicas nos últimos séculos tenham sido avassaladoras, tanto a soberania popular como a noção de garantias invioláveis dos indivíduos são construções teóricas herdadas da modernidade que não devem ser solapadas em nome de uma pretensa pós-modernidade,[17] sobretudo porque nenhum avanço científico, econômico ou tecnológico foi capaz de colocar em xeque a justificação racional do poder estatal ou a concepção ilustrada e democrática de Estado de direito, em que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio que tem como fim a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais, de sua liberdade e da segurança coletiva.

Partindo da premissa de que há elementos constitucionais que desempenhariam a função de proteger a comunidade de seus próprios excessos, sem que isso signifique impedi-la de construir sua própria história e de exercer

---

15. No plano do direito penal material, o sistema garantista impõe as seguintes regras: *Nulla poena sine crimine* (retributividade); *Nullum crimen sine lege* (legalidade); *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (necessidade); *Nulla necessitas sine injuria* (lesividade ou ofensividade do evento); *Nulla injuria sine actione* (materialidade); *Nulla actio sine culpa* (culpabilidade ou responsabilidade pessoal).

16. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 31.

17. "Como quiera que los ideales de la modernidad fueron los valores ilustrados de la razón, la libertad, la igualdad y la fraternidad universal, deberíamos ser conscientes que la negociación posmoderna de la tradición ilustrada comporta un abandono de esos valores que siguen siendo básicos. Tiene razón Habermas cuando indica que la modernidad constituye un proyecto inacabado y que, en lugar de abandonar ese proyecto como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad" (PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma? In: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (org). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madri: Marcial Pons, 1996. p. 13).

sua autonomia política, defende-se o necessário *atrelamento* dos bens supraindividuais, notadamente a ordem econômica e o sistema financeiro, a bens individuais.

Já há alguns anos, no entanto, autores defendem a possibilidade de tutela penal de bens imateriais, do qual seria exemplo a ordem econômica.[18] A proteção da ordem econômica (e, por consequência, do sistema financeiro) seria uma característica das transformações socioeconômicas pelas quais passaram as democracias ocidentais nas últimas décadas.

O final do século XX e o princípio do século XXI são caracterizados por forte expansão nos processos de integração econômica, social e cultural. As grandes distâncias geográficas foram demolidas pelo avanço da tecnologia de comunicação, pelo acesso irrestrito à informação disponibilizada na rede mundial de computadores e na integração dos sistemas financeiros globais. Essa integração ocorre no âmbito dos governos nacionais, dos blocos regionais e de forma muito mais incisiva nas transações comerciais entre indivíduos. A sociedade capitalista entre em uma nova fase denominada sociedade pós-industrial. Nesse sentido, os diversos fatores ligados ao complexo funcionamento do mercado mundial acabaram criando um ambiente fértil para a proliferação dos crimes econômicos.

São características dessa sociedade pós-industrial, além da globalização, da integração supranacional e dos avanços tecnológicos e científicos, também o crescimento de um sentimento de insegurança. Os riscos inerentes à nova or-

18. "A superação da razão moderna há-se passa, primacialmente, pela assunção de uma nova ética social, dirigida para a vida, para a dignidade da pessoa humana e para a solidariedade. Os renovados desafios ecológicos, técnicos e sociais – colocados pela pós-modernidade – tiveram o mérito de elucidar a inadequação da resposta oferecida pela racionalidade técnico-instrumental. Hoje, porventura mais do que nunca, revela-se de suma importância uma adequada articulação entre ética, economia e ecologia" (SIMÕES, Pedro Coelho. A supraindividualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria. *Temas de direito penal económico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 307-308). No mesmo sentido, afirmava o falecido Prof. João Marcello de Araújo Jr.: "(...) os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos 'naturais' e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito mais ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a ordem econômica, que possui caráter supraindividual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição de riqueza entre os grupos sociais" (ARAUJO JR., João Marcello. O direito penal econômico. *RBCCrim* 25/142. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 1999).

ganização econômica e financeira são incomensuráveis e imprevisíveis. É nesse ambiente global tão hostil a valores como a previsibilidade e a certeza, que o risco se tornou uma variável a ser considerada no âmbito do direito penal, dado o sentimento generalizado que marca as sociedades contemporâneas.[19]

O advento da sociedade de risco ocasionou sérias modificações no tratamento oferecido à noção de bem jurídico penal. Tal fato está intimamente ligado à expansão do direito penal e a sua crise. A sociedade contemporânea clama por um Estado mais enérgico, pelo combate aos crimes econômicos, ambientais e políticos. Assim sendo, podemos considerar que o direito penal está em crise, mas ao mesmo tempo, em expansão, como resposta jurídica aos problemas sociais.

Logo, uma característica do direito penal econômico será criminalização de condutas que não afetam um bem jurídico individual determinado (como vida, patrimônio, honra), mas conceitos indeterminados e classificados como bens jurídicos supraindividuais, relacionados à previsibilidade dos comportamentos, ou ainda, à conformidade dos comportamentos individuais às regras que regulam a atividade econômica (bom funcionamento do sistema financeiro nacional, boas condições de concorrência e livre iniciativa, transparência nas operações financeiras, fiscalização e *accountability* dos atores econômicos etc.). Evidencia-se, assim, para alguns autores, o caráter supraindividual do bem jurídico atingido.[20]

No entanto, a lesão a tais bens jurídicos supraindividuais, por sua natureza difusa e imaterial, não pode ser mensurada, avaliada e provada senão por critérios abstratos ou por presunções. Nesse ponto, a forma de avaliar se houve, ou não, a lesão a tais bens jurídicos se desloca para a observância do próprio direito, nesse caso o direito administrativo. Em outras palavras, o direito penal econômico se transforma em instrumento de reforço das normas administrativas que orientam as atividades econômicas.

---

19. "Na sociedade de risco, por múltiplas causas os indivíduos experimentam maior intensidade na dimensão subjetiva dos riscos do que em sua dimensão objetiva" (PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *RBCCrim* 51. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2004). A respeito do tema, veja-se ainda: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

20. "En un sentido dogmático-penal se aprecia hoy en día la peculiaridad de los delitos económicos y del derecho penal económico, principalmente, en la protección de *bienes jurídicos supraindividuales* (sociales o colectivos, intereses de la comunidad)" (TIEDMANN, Klaus, op. cit., p. 58)

O alvo de tutela penal nesses crimes é o regular funcionamento do mercado empresarial e, sobretudo, a observância das regras administrativas[21] que regulam determinada atividade econômica.[22] Nessa linha de raciocínio, mesmo os comportamentos não repercutam diretamente em aspectos individuais, mereceriam a resposta penal do Estado porque atentariam contra a *ordem econômica* ou *sistema financeiro*, afetação mensurada a partir da violação daquelas regras voltadas que orientam e regulam a atividade econômica, seja do Estado, seja do indivíduo.[23]

---

21. Essa aproximação é especialmente relevante para o objeto de estudo desse trabalho, qual seja, o crime de evasão de divisas, como anotam Luciano Feldens e Andrei Schmidt: "Essa mudança cultural colaborou para uma significativa ruptura na política criminal contemporânea, pois a inconveniência (e gradual supressão) dos controles estatais prévios sobre os fluxos econômicos globais sobrecarregou a missão desempenhada pelos mecanismos jurídicos sancionatórios, que atuam posteriormente à verificação do desvio. Ao lado do direito administrativo, ganhou expressão um novo direito penal que, em vez de orientar-se à tutela dos interesses individuais, veio a reforçar a proteção de interesses difusos. (...) estamos nos referindo a um direito penal secundário, que sanciona, com penas, violações próprias do direito administrativo, sendo compreensível, dessarte, que a sanção penal relacionada a delitos econômicos tenha frequentemente finalidade constitutiva de uma ética-social" (FELDENS, Luciano e SCHMIDT, Andrei Zenke. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 149-150).

22. "La criminalidad económica como criminalidad de empresa afecta a la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes e servicios en cuanto entraña a la actividad de la empresa como célula esencial en la actividad de carácter económico, y ésta se puede presentar sin necesidad de la intervención del Estado. La crítica de que esta caracterización del derecho penal económico es excesivamente amplia y meramente descriptiva porque carece de la determinación de un bien jurídico protegido no tiene en cuenta la necesaria referencia político-criminal a la criminalidad económica: el esfuerzo para la contención o la supresión de la criminalidad en el ámbito de la vida económica." (DEL VALLE, Carlos Perez. Introduccion al derecho penal económico. In: , Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 33).

23. Por outro lado, há autores que somente admitem que os bens jurídicos supraindividuais sejam considerados penalmente relevantes caso estejam, na hipótese concreta da ação do agente, violando simultaneamente bens jurídicos individuais concretamente mensuráveis: "A consequência prática dessa concepção é que a tipicidade material dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional exige a existência de lesão ou exposição a perigo concreto dos interesses individuais patrimoniais protegidos juridicamente. (...) A rigor, a 'boa execução da política econômica do governo'; a 'credibilidade do sistema financeiro e de suas instituições'; 'a boa execução do Sistema Financeiro Nacional' etc.

Em outras palavras, não se protegem necessariamente interesses individuais (ou que podem ser individualizados e quantificados), mas sim o próprio sistema financeiro, ao punirem-se comportamentos que podem ou não gerar dano individual, mas que têm potencial de prejudicar o " "sistema". O objeto de proteção pelo direito penal são as normas administrativas que orientam aquele setor da economia, numa modalidade chamada "crimes de perigo".[24] A partir daí, o direito penal surge como importante meio de reforço das regras que regulam o funcionamento dos sistemas econômico e financeiro,[25] com vistas a assegurar a "normalidade econômica".

Indispensável, nesse ponto, o alerta de Heloisa Estellita:

"Ao se pensar na proteção penal de um bem jurídico de caráter econômico, é imperioso o questionamento acerca do conteúdo deste bem jurídico e, além disso, de quais seriam os ataques violentos que as normas sancionatórias de caráter não penal falharam em evitar. Enfim, é preciso saber da ideal normalidade

não constituem o objeto de tutela penal, e sim a razão (ratio legis) dessa tutela" (MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei. 7.492/86. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (orgs.). *Direito penal e economia*. São Paulo: Elsevier, 2012. p. 50).

24. "Os bens jurídicos protegidos em sede de direito penal econômico afastam-se, sem dúvida, dos clássicos bens jurídicos. É assim, desde logo, numa perspectiva ontológica na medida em que a sua dignidade não reside numa essência axiológica mas antes numa sedimentação histórica e social, sendo directamente determinados por uma orientação político-económica. Também do ponto de vista do titular nos confrontamos, na maioria das vezes, perante bens supra-individuais. A própria construção da incriminação releva com frequência o privilegiar do perigo de conduta face à lesão efectiva do bem jurídico". (SOUSA, Susana Alves de, op. cit., p. 440).

25. Como bem registra Guilherme Guedes Raposo: "E é exatamente nesse contexto que o Estado, como ente regulador da vida em sociedade, tem sido chamado a atuar positivamente a fim de garantir um mínimo de estabilidade social e um sistema de produção de riquezas que assegure a existência de um futuro para a humanidade. E o direito em geral, por ser um conjunto de normas de que o Estado se vale para organizar a vida em sociedade com o objetivo de atender aos anseios de seus integrantes, tem refletido algumas dessas transformações sociais ocorridas nas últimas décadas. Mais especificamente na teoria do bem jurídico-penal, tem sido possível verificar que todo esse conjunto de transformações sociais está repercutindo, de forma direta, na escolha dos interesses merecedores de proteção pelo sistema penal. De fato, se em período anterior o núcleo do sistema penal era marcado essencialmente por comportamentos lesivos a bens individuais e concretos, como a vida e o patrimônio, nos últimos anos tem havido um considerável aumento da tipificação de condutas lesivas a interesses transindividuais e abstratos" (RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011. p. 142).

econômica para chegar aos desvios causadores da anormalidade econômica. Enfim, o que se quer evitar e/ou corrigir com a proteção penal neste campo? Ocorre que esta normalidade ideal é contingente, historicamente determinada. Trata-se de um valor, uma aspiração, que sofre contínua mutação influenciada pelos valores de cada sociedade: o que é bom economicamente num momento não o é em outro."[26]

Especificamente quanto ao Sistema Financeiro Nacional, a Lei 7.492/1986, atualmente em vigor, foi objeto de duras críticas desde o momento de sua promulgação, seja pelas falhas de técnica legislativa, pela atribuição de responsabilidade penal objetiva, pelo uso exacerbado de tipos penais em branco e de perigo abstrato.[27]

Seguindo a linha daqueles que admitem a proteção de bens jurídicos "administrativos" defende Luiz Regis Prado[28] que o sistema financeiro nacional constitui um "conjunto de instituições (monetárias, bancárias e sociedades por ações) e do mercado financeiro (de capitais e valores mobiliários)" que "tem por objetivo gerar e intermediar créditos (e empregos), estimular investimentos, aperfeiçoar mecanismos de financiamento empresarial, garantir a poupança popular e o patrimônio dos investidores, compatibilizar crescimento com estabilidade econômica e reduzir desigualdades, assegurando uma boa gestão

26. Tipicidade no direito penal econômico. *RT* 725/407. São Paulo: Ed. RT, mar. 1996. Para uma interessante crítica ao conceito de bem jurídico supra individual ou "espiritualizado", veja-se o magistério de Renato de Mello Jorge Silveira: "(...) por um lado, afirma-se pela dificuldade de determinação do grau de lesividade necessário a cada bem jurídico. Por outro, que não se está a tratar de uma antecipação da tutela penal de bens essenciais, mas tão só de uma proteção de bens que, por sua peculiar natureza, já exige o emprego de técnica abstrata. (...) Caso se venha aceitar uma obrigatoriedade de construção penal para tais situações (com o que aqui, indiscriminadamente, não se concorda, dando-se preferência a outros postulados), parece fundamental que, ao lado destes bens, quer espiritualizados, como pressupõe Schunemann, quer outras tantas interpretações, mesmo restritivas,como sugere Roxin, sejam, por igual, utilizados critérios de imputação objetiva caso a caso" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A construção do bom jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais*. São Paulo: IBCCrim 122, jan. 2003, p. 14).

27. A criação de tipos penais de perigo abstrato vem gerando desconforto e está na pauta do dia nas principais discussões acerca da expansão do direito penal. Os crimes de perigo abstrato presumem de forma absoluta a criação do perigo pelo autor da conduta prevista no tipo respectivo. Isto quer dizer que o agente é punido pela mera desobediência da letra da lei, sem que se comprove a existência de qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado, ou seja, de qualquer resultado jurídico/normativo.

28. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 212.

da política econômico-financeira do Estado, com vistas ao desenvolvimento equilibrado do País".

O bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional é, sem dúvida, fundamental para o desenvolvimento das finanças públicas e da economia nacional. Ao tutelar o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, as normas penais incriminam comportamentos que violam as regras destinadas a garantir transparência no funcionamento das instituições (e, por conseguinte, maior segurança dos investimentos e operações realizadas), ações estas que, pelas suas características, poderiam repercutir de forma sistêmica na própria estabilidade econômica do país.

Quando se fala em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional é fundamental ter em mente que a objetividade jurídica das condutas incriminadas é o prejuízo ao adequado funcionamento do sistema; logo, é tarefa igualmente fundamental entender e definir quais as características desse regular funcionamento. José Paulo Baltazar Jr.[29] relaciona como condições para o bom desenvolvimento das operações financeiras: "(a) confiança nas instituições; (b) reforço no cumprimento das regras, como aquelas que tratam da manutenção de reservas técnicas; (c) transparência dos riscos; (d) baixos custos de transação; (e) fragmentação da propriedade; (f) formação eficiente dos preços".

No entanto, para as finalidades do presente trabalho, não é necessário aprofundar as discussões acerca da constitucionalidade da política criminal que admite o uso do direito penal como "instrumento de regulação".[30]

Independente de aceitarmos ou não a transformação da concepção moderna de bem jurídico que admite a supraindividualidade e as modalidades de perigo abstrato, o fato é que há uma questão muito mais evidente quando falamos do crime de evasão de divisas, constante na Lei 7.492/1986: como se demonstrará abaixo, a tutela penal ali prevista não mais se coaduna, hoje em dia, com a *normalidade econômica* a que aludiu Heloisa Estellita.

3. A EVASÃO DE DIVISAS

O crime de evasão de divisas foi tipificado pela Lei 7.492/1986, a chamada Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (também conhecida pela alcunha de "Lei dos Crimes de Colarinho Branco").

---

29. BALTAZAR JR. José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 269.

30. MALAN, Diogo, op. cit.

É unanimidade na literatura especializada que a motivação da criminalização da evasão de divisas era o reforço do controle estatal sobre as reservas cambiais: "O fundamento do controle cambial e, por consequência, da incriminação, é que as divisas estrangeiras são necessárias para o pagamento das dívidas contraídas no exterior e para o equilíbrio das reservas cambiais. Por isso é privativo do Bacen o direito de guardar moedas e divisas estrangeiras, bem como a administração exclusiva da operação de ingresso e saída dessas do país".[31]

Na década de 1980, o controle cambial era tema de suma importância para a economia brasileira. O milagre econômico da década anterior alimentara-se de sucessivos empréstimos internacionais, criando dívidas que deveriam ser pagas ou, ao menos, administradas mediante o pagamento dos juros. Paralelamente, as reservas cambiais minguavam à medida em que, ao pagamento dos juros dos empréstimos, somava-se a elevação do preço da principal matérias-primas para o desenvolvimento industrial brasileiro: o petróleo.

As crises do petróleo ocorridas em 1973 e 1979 transformaram as divisas (e principalmente o dólar) em um bem escasso e extremamente valioso no Brasil. Importações eram limitadas, remessas de lucros ao exterior proibidas, viagens internacionais um luxo para poucos. Qualquer ação que diminuísse as reservas cambiais brasileiras colocava em risco a possibilidade de pagamento da dívida externa e o custeio da importação de petróleo. A Lei 7.492/1986, promulgada em junho de 1986, antecipou em alguns meses a decretação da moratória (suspensão unilateral do pagamento) da dívida externa brasileira ocorrida em 1987. Naquele contexto, parecia ser muito apropriada a criminalização das condutas de quem retirasse divisas do país fora dos canais autorizados. Vejamos o tipo penal:

"Evasão de divisas

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

---

31. BALTAZAR JR. José Paulo, op. cit., p. 325. No mesmo sentido, afirmam José Carlos Tortima e Fernanda Lara Tortima: "O alvo da tutela jurídica são as reservas cambiais do País" (TORTIMA, José Carlos e TORTIMA, Fernanda Lara, *Evasão de divisas: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22, da Lei 7.492/1986*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009), p. 41). Já para Luiz Regis Prado (*Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 217) o tipo penal também tutela o erário.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente."

O tipo penal de evasão de divisas prevê três diferentes modalidades do crime. Embora possam ser vistas como etapas de um mesmo "processo" (obter divisas no mercado paralelo; retirar divisas do país; manter ocultas divisas no exterior), a escolha do legislador foi fazer recair a punição sobre cada momento de forma independente. Ao "partir" a evasão de divisas em três crimes autônomos, ampliaram-se as possibilidades de punição.

A primeira modalidade, prevista no *caput* do art. 22 da Lei 7.492/1986, consiste na realização de operação de câmbio não autorizada (elemento objetivo) com a finalidade de promover a evasão (elemento subjetivo). Por operação não autorizada, entende-se qualquer troca de moeda por divisas em estabelecimento que não tenha sido autorizado pelo Bacen para realizar esse tipo de atividade, ou qualquer operação realizada fora das hipóteses autorizadas.

O exemplo mais simples é quando alguém compra dólares com um "maleiro" no aeroporto antes de embarcar para o exterior.[32] O crime está configurado com a simples operação de câmbio (troca de moeda por divisa), não se exigindo a efetiva saída da divisa. Basta que a finalidade seja comprovada para a consumação do crime.

Por sua vez, o parágrafo único prevê como formas equiparadas do crime outras duas modalidades: (a) a saída de moeda ou divisa para o exterior, a qualquer título; e, (b) a manutenção de depósito no exterior, não declarado à repartição federal competente. Mais uma vez a péssima técnica legislativa empregada na Lei 7.492/1986 se fez presente, misturando em um único tipo penal condutas absolutamente diferentes.

A primeira figura do parágrafo único, (*promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior*) é entendida como a saída física do numerário. Dessa forma, ainda que não seja possível determinar quando/onde/

32. Veja-se que não há crime se a situação for inversa, de venda ao maleiro dos dólares excedentes da viagem logo depois de desembarcar, vindo do exterior. Embora presente o elemento objetivo (realizar operação de câmbio não autorizada) resta ausente o elemento subjetivo do tipo "com o fim de promover a evasão de divisas": "De outro lado, no caput do art. 22, a incriminação só alcança quem 'efetuar operação de câmbio não autorizada': nela não se compreende a ação de quem, pelo contrário, haja eventualmente, introduzido no País moeda estrangeira recebida no exterior, sem efetuar a operação de câmbio devida para convertê-la em moeda nacional". STF, HC 88.087/RJ, 1.ª T., j. 17.10.2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

como ocorreu a operação de câmbio não autorizada, ou ainda que as divisas tenham sido adquiridas de forma autorizada, a lei criminaliza a conduta de quem, efetivamente, retira do controle brasileiro as divisas, levando-as para o exterior. A imagem associada a essa modalidade da evasão de divisas é a do sujeito embarcando em um avião com uma mala cheia de dólares.[33]

Por outro lado, há outras formas pelas quais as divisas podem ser afetadas que não estão abrangidas pela lei. Uma das hipóteses é aquela que envolvem operações de importação e exportação, cujos contratos de câmbio não são honrados ou são fraudulentos. Haveria evasão de divisas na conduta do exportador que não internaliza o dinheiro recebido pelas mercadorias exportadas, ou seja, é possível equiparar a saída de divisas da sua "não entrada" no Sistema Financeiro Nacional? A jurisprudência pátria entende que essa interpretação extensiva viola a taxatividade e considera a conduta atípica.[34]

Finalmente, a segunda figura do parágrafo único (terceira modalidade de evasão de divisas) consiste na manutenção de depósito no exterior, sem a devida comunicação às autoridades brasileira. Trata-se da parte final do "processo" de evasão. Mesmo que não se consiga identificar o momento em que o sujeito conseguiu fazer a operação de câmbio irregular com a intenção de evadir divisas ou, de qualquer modo, conseguiu retirar as divisas do país, bastará que se prove a existência do depósito para que se caracterize o crime.

Explicada assim, a aplicação do crime de evasão de divisas parece simples. Contudo, quando se dirige um olhar mais atento à letra da lei, percebe-se que

33. Hoje em dia, com a facilidade de telecomunicações e os avanços da informática, a quantidade de serviços financeiros apropriados diversificou-se. É cada vez mais raro ver casos como o do casal Sonia e Estevam Hernandes, fundadores da Igreja Renascer em Cristo, presos em 09.01.2007, no Aeroporto de Miami, tentando ingressar nos EUA vindos do Brasil com 56,5 mil dólares sem declaração. Nos EUA, o casal foi condenado a 10 meses de prisão (sendo cinco meses em prisão domiciliar e cinco em penitenciária, de forma alternada), ao passo que no Brasil a pena aplicada foi de 4 anos de reclusão. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2007/prisaonarenascer/]. Acesso em: 21.06.2012.

34. "Não pode o intérprete estender o sentido da norma contida na primeira parte do parágrafo único da lei em comento, a fim de considerar típica a ausência de internalização do pagamento recebido, sob pena de absoluto desvirtuamento do comando normativo, o qual apenas criminaliza a saída de divisas do território nacional." STJ, REsp 914077/RS, 5.ª T., j. 07.12.2010, rel. Min. Jorge Mussi,. "O mero fato de não ter sido liquidado no Brasil o contrato de câmbio é incapaz de gerar a presunção de que a empresa exportadora recebeu o pagamento objeto do acordo e o mantém em instituição financeira situada fora do país". STJ, REsp 914077/RS, 5.ª T., j. 07.12.2010, rel. Min. Jorge Mussi,; STJ, HC 43688/PR, 6.ª T., j. 05.06.2006, rel. Min. Paulo Medina.

se trata de tipo penal em branco, isto é, um crime que depende da existência de outras leis (ou no caso normas administrativas) sem as quais se perde a possibilidade de impor pena.[35] Veja-se os trechos em negrito na redação do tipo penal:

"Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente."

No primeiro caso, já tratado acima, para que haja crime é preciso que a operação de câmbio ocorra sem autorização. Isso inclui o caso de uma operação realizada fora dos estabelecimentos fiscalizados pelo Bacen, bem como uma operação realizada fora das hipóteses ou dos limites autorizados pela autoridade monetária nacional. Fica evidente, aqui, que a finalidade subjacente na criminalização (além da proteção das divisas) é o controle, por parte do Bacen, da própria atividade financeira realizada pelas instituições autorizadas a operar com câmbio e que podem compreender não somente bancos, mas ainda casas de câmbio, agências de viagem e hotéis.

Os mais velhos devem se lembrar: há alguns anos, para se comprar dólares era preciso apresentar uma passagem aérea, justificando a compra. Dependendo do destino do viajante, variava o limite de dólares (ou de qualquer moeda estrangeira) que poderia ser adquirido. Daí a necessidade de punir quem obtivesse divisas de forma fraudulenta, seja adquirindo fora dos estabelecimentos autorizados, seja adquirindo com base em documentos falsos.

No segundo caso, o vocábulo "autorização legal" refere-se ao regime existente até 1998, segundo o qual era preciso dirigir-se ao Bacen antes de promo-

35. "Parece não existir dúvida de que o art. 22 da Lei 7.492/1986, ao definir o delito de evasão de divisas e manutenção de depósito no exterior, possui a natureza de norma penal em branco, principalmente porque as *elementares especiais de antijuridicidade* 'não autorizada' (*caput*), 'sem autorização legal' (1.ª parte de parágrafo único) e 'repartição federal competente' (parte final do parágrafo único) transferem para a legislação extrapenal um dos pressupostos da ação típica. Significa afirmar, nesse sentido, que parte do conteúdo do art. 22, da Lei 7.492/1986 é dado por normas administrativas editadas pelo Bacen, a ponto de ser-nos possível antecipar que o delito de evasão de divisas pressupõe um ilícito cambial, apesar de nem todo ilícito cambial configurar um delito de evasão de divisas" (FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei ZENKER, op. cit., p. 155).

ver a saída das divisas. Dependendo da hipótese, a saída poderia ser autorizada, negada ou limitada. Tratamentos de saúde no exterior, muitas vezes, eram custeados graças ao mercado paralelo de dólares, pois o Bacen não autorizava saídas expressivas para gastos com pessoas físicas. Foi a partir da Res. Bacen 2.524, de 01.07.1998, que se aboliu a necessidade de prévia autorização,[36] adotando-se o regime da simples declaração.

Por sua vez, a terceira modalidade de evasão de divisas "manutenção de depósito sem declaração" também depende da existência de norma administrativa que discipline a conduta do agente.

No plano administrativo, a obrigatoriedade de declaração dos recursos mantidos no exterior remonta ao Dec.-lei 1.060/1969,[37] o qual exigia que fossem declarados ao Bacen os bens e valores existentes no exterior. Esse dispositivo foi complementado pela Res. CMN 139 que previa a competência do Ministério da Fazenda na definição de como seria feita a declaração. Essa lacuna só foi efetivamente preenchida em 1981, por meio do Ato Declaratório 7, da Receita Federal, o qual previa que as declarações mencionadas no Dec.-lei 1.060/1969 e na Res. CMN 139 estariam supridas pela declaração de imposto de renda.

---

36. Res. Bacen 2.524: "Estabelece normas para declaração de porte e de transporte de moeda nacional e estrangeira. O Bacen, na forma do art. 9.º da Lei 4.595, de 31.12.1964, torna público que o CMN, em sessão realizada em 30.07.1998, e tendo em vista o disposto no art. 65, § 2.º, da Lei 9.069, de 30.06.1995, resolveu: "Art. 1.º As pessoas físicas que ingressarem no país ou dele saírem com recursos em moeda nacional ou estrangeira em montante superior a 10 mil reais ou ao seu equivalente em outras moedas, nos termos do inc. III do § 1.º do art. 65 da Lei 9.069/1995, devem apresentar à unidade da SRF que jurisdicione o local de sua entrada no país ou de sua saída do país, declaração relativa aos valores em espécie, em cheques e em "traveller's cheques" que estiver portando, na forma estabelecida pelo Ministro de Estado da Fazenda."

37. Dec.-lei 1.060/1969: Dispõe sobre a declaração de bens, dinheiros ou valores, existentes no estrangeiro, a prisão administrativa e o sequestro de bens por infrações fiscais e dá outras providências.
Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 3.º do Ato Institucional 16, de 14.10.1969, c/c o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional 5, de 13.12.1968, decretam:
"Art. 1.º 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 CMN, a declarar ao Bacen, 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."

Posteriormente, a MedProv 2.224/2001 mudou o regime de declaração. A informação deveria, a partir de então, ser prestada ao Bacen. A MedProv 2.224/2001 foi complementada por nova Res. CMN 2.911/2001 e por uma circular do próprio Bacen (3.071/2001), a qual estabelecia forma (modelo de declaração disponível na Internet), prazo (15.04.2002) e limite mínimo (só seria necessário realizar a declaração de bens de valores superiores a 100 mil dólares americanos A partir de então, ano após ano o Bacen edita nova circular alterando as datas e valores mínimos para declaração,[38] os quais já variaram entre 100 mil dólares americanos, 200 mil dólares americanos, trezentos 300 mil dólares americanos.[39] A partir de 2010, foi estabelecida uma obrigatoriedade adicional, de declaração trimestral para valores acima de 100 milhões de dólares. Como se vê, o crime de evasão de divisas está intimamente ligado aos instrumentos de regulação econômica.

4. DILEMAS DE APLICAÇÃO DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS

Nos últimos vinte anos, a economia brasileira sofreu uma transformação radical: abertura para investimentos internacionais, estabilização da moeda, controle da inflação e equacionamento da dívida externa talvez sejam os exemplos mais evidentes. Tais mudanças tiveram grande impacto na regulação da economia brasileira e as regras cambiais não ficaram alheias a essa modificação.

Exemplo concreto desse novo cenário nacional é a evolução das reservas cambiais brasileiras. Se nas décadas de 1980 e 1990 do século passado era possível falar em reservas negativas, devido aos pagamentos do serviço da dívida, hoje o Brasil pode se dar ao luxo de fazer empréstimos ao Fundo Monetário Internacional.

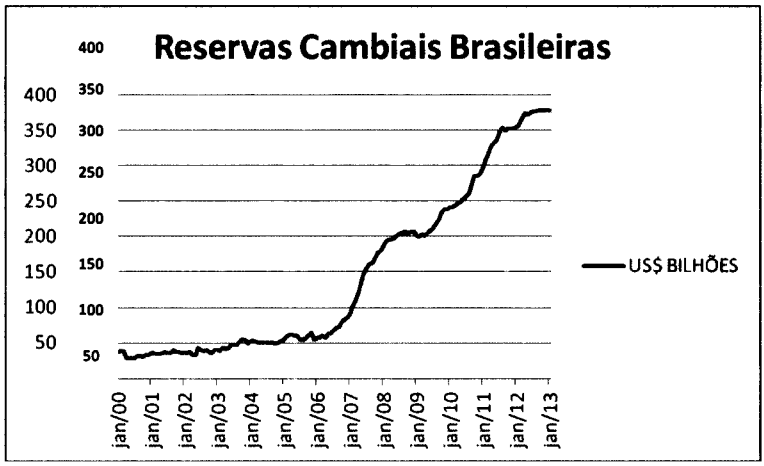
O gráfico abaixo, elaborado a partir de dados fornecidos pelo Bacen,[40] mostra o crescimento das reservas brasileiras que, em março de 2013, superavam 375 bilhões de dólares.

---

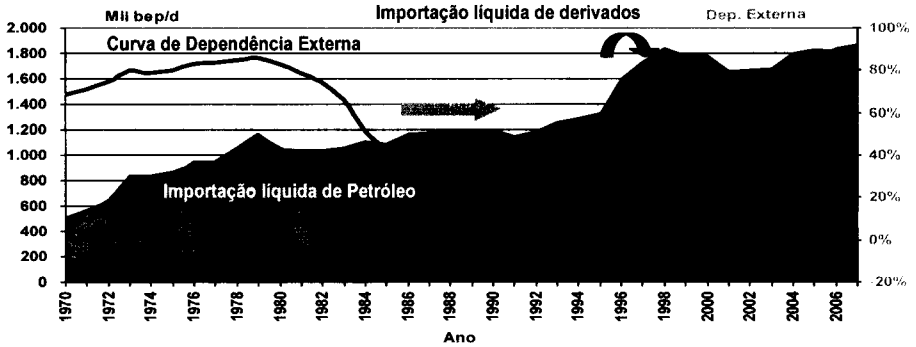
38. Circulares Bacen 3.110/2002, 3.181/2003, 3.225/2004, 3.278/2005, 3.313/2006, 3.345/2007, 3.384/2008, 3.442/2009, 3.854/2010 (Resolução), 3.523/2011 e 3.574/2012.

39. Em se tratando de norma penal em branco, a jurisprudência mantém posicionamento no sentido de que vige a regra da ultratividade, segundo a máxima do *tempus regit actum*. Sendo assim, as alterações não retroagem para tornar atípicas condutas que, tendo em vista aquele contexto anterior, eram danosas ao bem jurídico tutelado. STJ, RHC 16172 SP, 5.ª T., j. 22.08.2005, rel. Min. Laurita Vaz; TRF-3.ª Reg. ACR 2003.61.81.004682-0, 2.ª T., j. 23.02.2010, rel. Des. Cotrim Guimarães; TRF-4.ª Reg., ACR 2005.70.00.008903-5/PR, 8.ª T., j. 11.02.2009, rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz; TRF-4.ª Reg., ACR 2003.70.00.051539-8/PR, 8.ª T., j. 06.05.2009, rel. Des. Paulo Afonso Brun Vaz.

40. BACEN. Disponível em: [www.bcb.gov.br/?RED-SERIERIH].



Esse crescimento decorre de inúmeros fatores, dentre os quais podemos citar a elevação do preço das *commodities* que o Brasil exporta e a diminuição das importações de petróleo.[41]



Dependência Externa = Importação Líquida de Petróleo e Derivados/Consumo Aparente

Consumo Aparente = Produção Nacional de Petróleo + Importação Líquida de Petróleo e Derivados

Fonte: Anuário Estatístico ANP, 2007.

41. Anuário Estatístico ANP 2007. Gráfico constante da apresentação realizada por Edson Silva durante o XI Seminário nacional de petróleo e gás natural no Brasil: desafios e oportunidades, no dia 25.04.2010, em Brasília/DF. Disponível em: [www.acaoresponsavel.org.br].

Ora, dado o atual cenário econômico, não há como pretender aplicar a Lei de 1986 – elaborada, como se viu, para reforçar a política econômica desenvolvida na época – sem que se promova ao menos uma adaptação à realidade atual.

Nesse sentido, o presente texto propõe a discussão de novas interpretações para as figuras típicas de evasão de divisas. Importante que se diga que o presente texto não advoga a revogação do crime de evasão de divisas, nem tampouco sustenta que a realidade impôs um comportamento que não merece punição. Por outro lado, o poder judiciário não pode tapar os olhos para o fato de que esse crime (como tantos outros da "família" do direito penal econômico) só se justifica enquanto gera, efetivamente, riscos concretos ou danos para a ordem econômica e o sistema financeiro.

Do ponto de vista normativo, é preciso e saudável que haja tipos penais que criminalizem condutas que atentam contra tais bens jurídicos supraindividuais. Contudo, do ponto de vista judicial, tais tipos penais não podem ser aplicados e interpretados à revelia da realidade, ou mais precisamente da política econômica vigente.

As normas administrativas que integram tais tipos penais dão "corpo" (tipicidade) e "alma" (função social) a esses crimes. Sem elas resta apenas um formalismo inócuo e incapaz de assegurar o bem social.

Comecemos pela modalidade constante do *caput* do art. 22: "Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país". Considerando que qualquer indivíduo pode deixar o país com o equivalente a 10 mil reais em divisas sem sequer precisar comunicar ao Estado, ainda faz sentido punir quem adquire quantia equivalente (ou menor) foram dos estabelecimentos autorizados a operar com câmbio? Afinal, ao transportar tais divisas ao exterior, o indivíduo sequer será instado a declarar tal fato, tornando inútil qualquer preocupação de como foram obtidas as referidas divisas.

Nem se diga que a punição se justifica para o controle da atividade de câmbio, pois quem vende ou compra as divisas sem a intenção de promover a evasão de divisas pratica o crime do art. 16 da Lei 7.492/1986[42] e não o do art. 22 da mesma Lei.[43] Com efeito, pune-se de forma diferenciada aquele que opera

42. "Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:
Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

43. Nesse sentido, vejam-se as recentes decisões do STJ: HC 118992/SP, 5.ª T, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 03.11.2009 e HC 95487/DF, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz. *DJe* 03.08.2009.

(inclusive câmbio) fora das regras e da autorização do Bacen com pena de 1 a 4 anos de reclusão. Completamente diferente (e mais grave) era a punição para quem adquiria divisas no mercado negro para evadi-las do país, com reclusão de 2 a 6 anos.

Todavia, se na época da edição da lei qualquer aquisição era controlada e precisava de prévia autorização, hoje a situação é completamente diversa. Além de ser lícita a aquisição de qualquer quantia, é inócua (já que expressamente autorizada) a saída de divisas equivalentes a R$ 10.000,00 sem qualquer tipo de formalidade, mesmo que seja uma simples declaração.

Por conseguinte, impõe-se a aplicação da norma administrativa (Res. Bacen 2.524/1998) no que tange ao valor de 10 mil reais como marco de relevância penal para a modalidade prevista no *caput*. Em outras palavras, adquirir dólares em qualquer situação e para qualquer finalidade, desde que em valor inferior a 10 mil reais é um indiferente penal do ponto de vista das reservas cambiais.

Resta saber se haveria alguma outra razão que justificasse a punição dessa conduta. O bem jurídico "controle da informação" ou "controle do fluxo de capitais" não nos parece atender ao requisito de relevância penal.

O atual marco normativo para operações de câmbio é a Res. 3.568, de 29.04.2008 (dispõe sobre o mercado de câmbio e dá outras providências), onde está expressamente autorizada a aquisição de divisas em qualquer quantidade.[44] A mesma resolução prevê que a operação de câmbio deverá ser registrada no SISBacen (sistema de informações do Bacen), bem como identificado o comprador/vendedor. Porém, tanto o registro[45] como a identificação[46] são flexibilizados

44. "Art. 8.º As pessoas físicas e as pessoas jurídicas podem comprar e vender moeda estrangeira ou realizar transferências internacionais em reais, de qualquer natureza, sem limitação de valor, sendo contraparte na operação agente autorizado a operar no mercado de câmbio, observada a legalidade da transação, tendo como base a fundamentação econômica e as responsabilidades definidas na respectiva documentação" (Res. 3.568/2008).

45. "Art. 9.º As operações no mercado de câmbio devem: (...) II – ser registradas no Sistema de Informações Bacen (SISBacen); Parágrafo único. O Bacen pode definir formas simplificadas de registro para as operações de compra e venda de moeda estrangeira de até 3 três mil dólares americanos, ou do seu equivalente em outras moedas."

46. "Art. 8.º (...) § 5.º Sem prejuízo do dever de identificação dos clientes de que trata o art. 18 desta resolução, nas operações de compra e de venda de moeda estrangeira até 3 três mil dólares americanos, ou do seu equivalente em outras moedas, é dispensada a apresentação da documentação referente aos negócios jurídicos subjacentes às operações de câmbio."

para operações de valor até 3.000 mil dólares. Da mesma forma, a movimentação ocorrida em conta de depósito de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior só precisa ser registrada no SISBacen quando os valores excederem 10.000 mil reais (art. 26, da Res. 3.568/2008).

Portanto, fica evidente que não interessa ao "controle" das informações dos fluxos cambiais operações de baixo valor. A padronização da relevância penal no patamar de dez mil reais atende aos interesses de segurança jurídica e objetividade na construção da tipicidade penal.

A aquisição de dólares fora dos estabelecimentos autorizados pode também decorrer da intenção do agente de obter uma cotação melhor, em razão do não pagamento do IOF cobrado pelas casas de câmbio, o que caracterizaria modalidade de sonegação fiscal (art. 1.º da Lei 8.137/1990, com pena de 2 a 5 anos de reclusão). Assim, uma vez caracterizada a aquisição de dólares sem pagamento de IOF, cabe a instauração de ação penal pelo crime de sonegação fiscal, mas não não se justificaria a punição dessa conduta por evasão de divisas, eis que já há norma específica para combater a sonegação.[47]

Já no que tange à segunda modalidade, o caso é de completa perda de eficácia da norma penal. Afinal, até 1998, a retirada de divisas do país estava submetida à prévia autorização pelo Bacen. A partir, contudo, da edição da Res. Bacen 2.524/1998, a saída das divisas passou a prescindir de prévia autorização, bastando a simples declaração (e mesmo assim, somente para valores superiores a 10 mil reais).[48]

---

47. Na verdade, sequer se justificaria a punição da sonegação fiscal ficaria prejudicada, tendo em vista o entendimento do STF de que os crimes tributários (sonegação fiscal e descaminho) de valor inferior a 10 mil reais são insignificantes. HC 102935/RS, 1.ª T., rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 22.11.2010 ("1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte, o princípio da insignificância deve ser aplicado no delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao montante mínimo de 10 dez mil reais legalmente previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004. 2. Ordem concedida."). No mesmo sentido: HC 104407/DF, 2.ª T., rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 05.12.2011 e HC 97257/RS, 2.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 02.12.2010.

48. Importante frisar que mesmo antes de 1998, o art. 65 da Lei 9.069/1995 (lei que instituiu o Plano Real) já previa que valores em moeda nacional ou estrangeira que entrarem ou saírem do país não precisariam ser realizadas por meio de estabelecimento bancário e nem necessitariam que fosse identificado o beneficiário:
"Art. 65. O ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário.

A mudança de nomenclatura não é meramente estilística, já que se trata de normas jurídicas e não literárias. Ao dispensar o cidadão de autorização, fica evidente a diminuição da importância das divisas como instrumento de política econômica. Não se poderia falar de afetação das reservas cambiais pela saída das divisas.

No entanto, o destinatário da informação não é o Banco Central, mas sim a Receita Federal,[49] evidenciando que não se trata de proteger reservas, mas de dificultar a ocultação de recursos não tributados. Mais uma vez, não se justifica a punição pelo crime de evasão de divisas, que protege as reservas cambiais, em detrimento da punição própria, que é a sonegação fiscal.[50]

Nesse caso, apreendem-se os valores, lavra-se um auto e inicia-se um procedimento administrativo para apurar a licitude dos recursos. Caso se demonstre a inexistência de atividade lícita que tenha gerado os recursos, pune-se por sonegação. Mas a evasão de divisas não é mais um comportamento lesivo aos interesses do Estado na condução da política econômica e muito menos às reservas cambiais. Não é demais exigir coerência do Estado na aplicação do direito penal e não se pode punir por um crime quando na verdade se pretende punir outro.

---

§ 1.º Excetua-se do disposto no *caput* deste artigo o porte, em espécie, dos valores:
I – quando em moeda nacional, até R$ 10 (dez) mil reais;
II – quando em moeda estrangeira, o equivalente a 10 (dez) mil reais."

49. Res. 2.524/1998: "Art. 1.º As pessoas físicas que ingressarem no país ou dele saírem com recursos em moeda nacional ou estrangeira em montante superior a 10 dez mil reais ou ao seu equivalente em outras moedas, nos termos do inc. III do § 1.º do art. 65 da Lei 9.069/1995, devem apresentar à unidade da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o local de sua entrada no país ou de sua saída do país, declaração relativa aos valores em espécie, em cheques e em 'traveller's cheques' que estiver portando, na forma estabelecida pelo Ministro de Estado da Fazenda".

50. O STF inclusive já admitiu relação entre o crime de evasão de divisas e os crimes contra a ordem tributária: "(...) Considerados os arts. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 e 1.º, § 1.º, da Lei 9.613/1998, está umbilicalmente ligado à acusação decorrente do que estabelecido na Lei 8.137/1990. Em síntese, vale dizer que a conclusão do processo administrativo fiscal quanto às infrações versadas nessa lei, sendo acolhida a defesa dos envolvidos, repercutirá relativamente aos demais crimes, ou seja, a evasão e a conversão de ativos líquidos e a aquisição, recebimento, troca, negociação, implemento de garantia, guarda em depósito, movimento ou transferência de valores. Logo, encontrando-se esta em fase de apuração no campo administrativo fiscal, não se pode partir para a sequência da persecução criminal". STF, HC 105.293/RJ, 1.ª T., j. 04.09.2010, rel. Min. Marco Aurélio.

Em resumo, o fato é que quando a norma administrativa deixou de impor a necessidade de autorização, a norma penal deixou de contar com um instrumento normativo que a complementasse.[51] Não se pode esquecer que o parágrafo único prevê a necessidade de autorização ("Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior") e não a simples declaração.

Isso não significa que a norma penal tenha sido revogada.[52] Ela apenas não pode ser aplicada (perda de eficácia) enquanto não for editado novo ato normativo que a complemente. O mesmo ocorre, por exemplo, com os dispositivos que incriminam a venda de mercadorias em desrespeito às tabelas oficiais,[53]

---

51. Veja-se, a respeito, trecho do excelente trabalho de José Carlos Tórtima e Fernanda Lara Tórtima: "Agregado ao tipo encontra-se o elemento normativo constituído pela expressão *sem autorização legal*, referente à antiga necessidade de permissão oficial, que vigorava à altura da edição da lei, para que o interessado promovesse a saída do país de importâncias superiores a determinados limites, fixados de acordo com a natureza da operação e que variavam ao sabor das vicissitudes cambiais do governo. Naquela época, se alguém pretendesse adquirir moedas estrangeiras além dos limites estabelecidos pelo Bacen, deveria a este se dirigir, requerendo autorização especial que poderia ser concedida ou, como quase sempre ocorria, indeferida" (p. 23-24) (...) "Mas suprimidos, como se viu aqueles limites, desaparece logicamente o instituto da antiga autorização legal e, inexistindo esta, requisitada no tipo penal como seu elemento normativo, torna-se a conduta, *ipso facto*, penalmente irrelevante (...) Nada impediria, todavia, que uma vez restaurados pela autoridade monetária os antigos controles e restrições, que o rigor da Lei 7.492/1986 fosse, infelizmente para o país, plenamente restabelecido" (p. 51). (TORTIMA, José Carlos; TORTIMA, Fernanda Lara, op. cit.).

52. Fernanda Lara Tortima, contudo, defende tratar-se de hipótese de *abolitio criminis*: "Por tudo o que foi exposto, pode-se afirmar que a manutenção das reservas cambiais em níveis satisfatórios deve ser perseguida através de políticas econômicas bem planejadas. É possível também afirmar que poucas são as condutas, causadoras de baixas nesses estoques de divisas, que poderiam, em um Estado que se queira intitular democrático e de direito, vir a ser coibidas pelo direito, mormente pelo direito penal. (...) A otimização do controle deve ser perseguida através de fiscalização eficiente por parte dos órgãos administrativos e nunca por meio do direito penal, que só deve, como se sabe, atuar subsidiariamente" (TORTIMA, José Carlos; TORTIMA, Fernanda Lara, op. cit., p. 30-31).

53. Lei 1.521/1950, "Art. 2.º (...) VI – transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes".

os quais só têm eficácia se houver norma que fixe preços. Revogada a tabela de preços, a norma penal perde eficácia, mas continua válida, aguardando que seja novamente necessária tal intervenção na economia, quando, então, tornará a ter relevância penal a conduta de violar a tabela de preços.

Por fim, chegamos à terceira modalidade da evasão de divisas, prevista na parte final do parágrafo único do art. 22, consistente na manutenção de depósito sem a correspondente declaração à autoridade competente. Trata-se de norma de plena eficácia (ao contrário da figura anterior) já que complementada pela MedProv 2.224/2001, pela Res. CMN 2.911/2001, e pelas normas anuais do Bacen que especificam forma, prazo e valores que devem ser declarados.

Aqui, as discussões estão relacionadas à incriminação de comportamentos que não constem das obrigações impostas pelas normas administrativas. Tomemos como exemplo a Res. Bacen 3.854/2010 que estabelece as seguintes obrigações:

(a) pessoas físicas e jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no país, que possuam quantia igual ou superior a 100 mil dólares americanos, ou seu equivalente em outras moedas, na data-base de 31 de dezembro de cada ano estão obrigadas a declarar tais valores ao Bacen, por meio de formulário disponível na internet.

(b) na hipótese dos valores excederem 100 milhões de dólares americanos, ou seu equivalente em outras moedas, nas datas-base de 31 de março, 30 de junho e 30 de setembro de cada ano, essa mesma declaração deverá ocorrer a cada trimestre, por meio do mesmo formulário.

Tomando-se essa norma administrativa como complemento da norma penal, a punição não pode alcançar hipóteses como (a) a não declaração de valores inferiores a cem mil dólares em 31 de dezembro,[54] (b) a não declaração desses depósitos à Receita Federal,[55] (c) a não declaração bens e direitos não especificados na Resolução.[56]

---

54. Aliás, a própria Res. Bacen 3.854/2010 deixa isso claro: "Art. 2.º (...) § 3.º Estão dispensadas de prestar a declaração de que trata esta resolução as pessoas que, nas datas referidas no *caput* e no § 1.º deste artigo, possuírem bens e valores em montantes inferiores aos ali indicados".

55. Sem embargo da eventual possibilidade de punição pelo crime de sonegação fiscal, se for o caso.

56. A resolução prevê, em seu art. 3.º, para efeito de bens e valores que devem ser considerados na informação: I – depósito; II – empréstimo em moeda; III – financiamento; IV – arrendamento mercantil financeiro; V – investimento direto; VI – investimento

5. CONCLUSÕES

Ao longo desse trabalho, demonstrou-se que o direito penal econômico é fruto de transformações na sociedade contemporânea e se respalda na vertente dogmática que aponta a existência e necessidade de tutela penal de bens jurídicos supraindividuais. Conceitos como ordem econômica, bom funcionamento do sistema financeiro nacional, boas condições de concorrência e livre iniciativa, transparência nas operações financeiras, fiscalização e *accountability* dos atores econômicos, adequado desenvolvimento das finanças públicas e da economia nacional, confiança nas instituições se transformam em bens jurídicos cuja afetação é capaz de gerar danos irremediáveis e incomensuráveis.

No entanto, dado o caráter difuso e muitas vezes invisível desse bem jurídico, a tutela penal não exige a efetiva ocorrência de tais danos, mas é antecipada de modo a recair sobre o risco criado, criminalizando-se figuras de perigo abstrato. Revela-se, portanto, a opção de criação de tipos penais que punem o mero descumprimento de regras administrativas, bem como o uso do direito penal como instrumento de regulação.

Quanto ao crime de evasão de divisas, evidenciou-se a utilização do direito penal como mecanismo de reforço das normas administrativas que dão densidade à política econômica e, especificamente, à proteção das reservas cambiais. Contudo, passados mais de 25 anos da edição da Lei 7.492/1986, que introduziu o crime de evasão de divisas no ordenamento, não se pode negar as enormes transformações pelas quais passou a economia brasileira e, especificamente, as reservas cambiais (volume, condições de formação, regras de controle etc.).

Nesse ponto, expresso o caráter acessório do crime de evasão de divisas às regras que definem a política econômica nacional – pois o crime se justifica e se esgota na proteção específica de uma norma de regulação econômica – é razoável e adequada uma interpretação que vincule a aplicação do tipo penal a essas mesmas normas. Em outras palavras, não é possível levar o alcance da norma penal para além do alcance da regulação administrativa.

Não obstante a indiscutível validade da norma penal no plano jurídico, uma vez que se apresente sua incompatibilidade com a realidade que a norma buscava proteger, é necessário que a interpretação jurídica respeite também a *interpretação econômica*. Isso significa declarar a falta de eficácia do tipo penal

---

em portfólio; VII – aplicação em instrumentos financeiros derivativos; e VIII – outros investimentos, incluindo imóveis e outros bens.

sempre que houver ausência de correspondência dos comportamentos proibidos e aqueles dotados de relevância econômica, assim aferidos a partir das normas administrativas que regulam a atividade econômica. Parafraseando Camões, "mudam-se os tempos, mudam-se as leis".

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O crime de evasão de divisas, de Roberto Garcia Lopes Pagliuso – *RIASP* 21/241;
- 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 Cavalcant – *RDB* 55/285; e
- Sistema econômico-financeiro nacional e o crime de evasão de divisas: aspectos dogmáticos, de Douglas Bonaldi Maranhão – *RCP* 9/323.

- 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; e
- Evasão de divisas ou crime tributário?, de José Cláudio Marques Barboza Júnior, *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, organizada por Edvaldo Pereira de Brito e Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 3, p. 121.

1 ACESSO À JUSTIÇA PENAL: DESIGUALDADE E GARANTISMO

Access to Criminal Justice: inequality and guarantism

FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS

Pós-graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (2004). Mestrando em Políticas Públicas e pós-graduando em Direito Penal e Controle Social pela Uniceub. Membro do Conselho Diretivo da Associação Interamericana de Defensoria Pública (2007-2009). Membro do Grupo de Pesquisa Criminologia Crítica. Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos - Anadep (2007-2009). Coordenador-Geral do Bloco dos Defensores Públicos do Mercosul (2007-2009). Secretário Geral do Conselho Nacional dos Defensores-Gerais - Condege (2005-2007). Titular da 1.ª Procuradoria Criminal do Núcleo de Assistência Jurídica do Segundo Grau e dos Tribunais Superiores.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo aborda aspectos sobre o acesso à Justiça, especialmente sob o ponto de vista penal, destacando o acesso generoso posto à disposição do Estado e os obstáculos dos que necessitam resistir à pretensão punitiva ou executória. A abordagem remete à desigualdade do sistema penal, representado por suas instituições públicas, com o diferente tratamento na distribuição dos recursos estatais, destacando os seus deletérios efeitos. Por fim, socorre-se dos ensinamentos do garantismo penal para situar a desigualdade do acesso à Justiça no âmbito de violação aos direitos fundamentais. Para tanto, o artigo utiliza dados divulgados em diversas

ABSTRACT: This article addresses access to justice from a criminal point of view. It focuses on the generous access made available to the State and the obstacles that need to resist either punitive or enforceable claims. Such approach leads to inequality in the criminal justice system and can be represented by some public institutions and by the different distribution which is given to public resources. Its harmful effects are also analyzed. Finally, it resorts to the lessons given by "Criminal Guarantism" to consider the inequality of access to justice within the scope of the violation of fundamental rights. For this purpose, the article provides data collected

pesquisas públicas sobre o sistema judicial e as funções essenciais à Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça - Garantismo - Desigualdade - Direitos humanos - Direitos fundamentais - Distribuição orçamentária - Sistema judicial - Defensoria Pública - Ministério Público - Justiça em números - Conselho Nacional de Justiça.

from several public surveys concerning the legal justice system and other functions that are essential to justice.

KEYWORDS: Access to justice - "Guarantism" - Inequality - Human rights - Fundamental rights - Budget distribution - Legal system - Public Defender's Office - Department of Justice - Justice in numbers - National Council of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Acesso à Justiça penal - 3. Acesso e desigualdade - 4. Acesso e garantismo - 5. Conclusão - 6. Bibliografia.

"É no terreno da defesa que se mede, mais que em qualquer outro, a vigência das garantias penais e processuais e, por outro lado, a desigualdade dos cidadãos frente a lei penal" (Luigi Ferrajoli).

1. INTRODUÇÃO

Existem algumas zonas cinzentas quando enfrentamos a questão do acesso à Justiça, especialmente quando abordamos a Justiça penal. Em razão desta compreensão turva, nos remetemos com frequência à abordagens rasas, periféricas com auxílio de antiquados jargões forjados há décadas e que não mais contribuem para um debate útil. Como já consolidado nas sociedades democráticas contemporâneas, acesso à Justiça é um direito humano básico, de essencial importância, por sua peculiar condição de ser um direito que assegura outros direitos[1] em um quadro de exposição de inúmeros direitos fundamentais conquistados historicamente.[2] O acesso à Justiça é materializado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, indicador de que o Estado deve sempre existir em razão da pessoa humana e não o contrário, porquanto o "ser

1. Por essa razão é previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6.º) e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 8.º).

2. São direitos formalmente elevados ao status de fundamental, por um longo amadurecimento histórico, como os de primeira dimensão (civis e políticos, decorrentes das conquistas liberais pós-revolucionária), os de segunda dimensão (sociais ou os de intervenção estatal), ou ainda os de terceira dimensão, que são os atinentes à toda humanidade (meio ambiente, paz, livre determinação dos povos, dentre outros) e que são qualificados por uma expressão de solidariedade.

humano constitui uma finalidade precípua e não o meio da atividade estatal".[3] Assim, tomando como norte a finalidade humanista, poderíamos conceituar o efetivo acesso à Justiça como uma "completa igualdade de armas"[4] para que a solução dos conflitos imposta pelo Estado não seja indiferente ao direito, prestigiando-se apenas os méritos jurídicos da pretensão postulada ou da resistência oferecida, afastando as dissimilitudes entres os envolvidos na questão, e a sua consequente injustiça.

O ajuste social derivado desta relação conflituosa vai exigir que os seus atores se coloquem em igualdade de condição para a solução da controvérsia, com o mínimo de repercussão possível na coletividade. No caso da Justiça penal, os atores por vezes ingressam nesta zona de obscuridade, uma vez que é imposto ao Estado uma atuação ambígua, quando exigido a intervir na relação conflituosa, seja como provedor da solução imposta para finalizar a controvérsia, seja como o próprio pretendente à submissão postulada, ou ainda como responsável pela qualificação técnica da resistência do cidadão acusado. Assim, o próprio Estado que acusa, é o responsável pela defesa pública (que vai atingir a grande parte dos submetidos ao processo penal), e também pelo julgamento de todas as controvérsias posta à sua deliberação.

É fato que o Estado não possui uma centralidade definida, separa as suas atribuições em um conjunto de instituições setoriais, cada qual com a suas particularidades que vão exigir um esforço dentro da própria estrutura estatal, com o objetivo de se movimentar na arena onde devem ocupar os espaços específicos, em uma relação de contraprestação com o capital político que possa cada um desses atores porventura acumular. Nesta arena, onde circulam interesses muitas vezes contrapostos, embora públicos, é que se encontram as opções que pautam o Estado no exercício da sua governabilidade.[5] São, portanto, escolhas, que vão definir prioridades, distribuindo muitas vezes de maneira desigual os recursos estatais, comprometendo, em última análise os

3. FENSTERSEIFER. Tiago. *Direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32.

4. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

5. Foucault lembra que: São as táticas de governo que permitem definir a cada instante o que deve ou não competir ao Estado, o que é público ou privado, o que é ou não estatal etc.; portanto o Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido a partir de táticas gerais de governabilidade (*Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 292).

seus próprios objetivos conquistados na afirmação dos direitos fundamentais formalmente assegurados.

2. ACESSO À JUSTIÇA PENAL

Em se tratando da porta de entrada da Justiça penal, o seu acesso é bastante generoso e orientado, embora seja uma resposta apenas simbólica. Há uma indicação estatal definida e contundente, revelando a importância da submissão às normas penalizantes, seja ainda em um processo de criminalização primária, na eleição em abstrato da conduta que deve ser reprovada penalmente, seja na criminalização secundária, onde serão selecionados os que de fato serão submetidos à ação punitiva do Estado. O processo de criminalização primária é tão "imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável".[6] Por outro lado, em face da limitação de se atuar no concreto, na subsunção da ação punitiva, há um direcionamento da criminalização secundária, "apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário".[7]

Esta direcionada generosidade estatal, na porta de entrada da Justiça penal, pode ser verificadas em números. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ – tem divulgado anualmente uma pesquisa denominada Justiça em Números, oportunidade em que podemos cruzar com alguns outros indicadores não apresentados pela pesquisa e extrair da edição de 2011[8] o seguinte: o Brasil contava em 2010 com 16.804 juízes (em 1.º e 2.º grau de jurisdição), além de 321.963[9] servidores no Judiciário (19,15 servidores por juiz), trabalhando com todas as competências jurisdicionais. Isso representa 8,7 juízes[10] por cada 100 mil habitantes, ou uma força de trabalho, considerando os servidores de apoio administrativo, de 167/100mil habitantes. Para movimentação da máquina judiciária, em 2010, foram destinados R$ 49,18 bilhões, excluídas as despesas do

6. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA; Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio do Janeiro: Revan, 2003. vol. 1, p. 43-44.
7. Idem, p. 44.
8. 7. ed. disponível em: [www.cnj.jus.br/images/programas/justicaemnumeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf].
9. Sendo que os servidores efetivos são 207.820 e os demais são requisitados ou nomeados sem vínculos.
10. Segundo a Comissão Europeia para Eficiência da Justiça – Cepej, conforme dados apurados em 2008, a média pesquisada em 29 países europeus é de 18 juízes por 100 mil habitantes.

STF, o que corresponde a 1,12% do PIB. Deste total, 58,2% foram destinados à Justiça Estadual e 15,8% à Justiça Federal.[11]

No tocante à Justiça penal há regras de competências a serem observadas antes da análise dos números divulgados pelo CNJ. A competência será sempre federal se a infração penal[12] for praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União[13] ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais; ou ainda se for crime político;[14] crime ambiental, praticado no mar territorial brasileiro, nos rios, lagos e unidades de conservação pertencentes à União; crimes contra o sistema financeiro, a ordem econômico-financeira e a lavagem de dinheiro; crimes praticados a bordo de navios e aeronaves; crimes contra a organização do trabalho; além dos crimes tipificados na legislação comum ou especial que também sejam previstos em tratado ou convenção internacional, desde que haja um nexo de internacionalidade,[15] tais como: crime de tráfico internacional de entorpecentes (Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas);[16] crime de tráfico de mulheres (Convenção para repressão ao tráfico de pessoas e do lenocínio, de Lake Sucess, EUA);[17] crime de tortura (Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes);[18] crime contra a população indígena (Convenção 107, sobre a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes);[19] crime de guarda de moeda falsa (Convenção Internacional para a repressão

11. À Justiça do Trabalho foram destinados 26%.
12. Excluída as contravenções penais e ressalvada a competência da Justiça Militar e Eleitoral (art. 109, I, da CF/1988).
13. Alguns tipos penais para efeito de exemplificação: crimes de moeda falsa, descaminho, crimes praticados por e contra servidor público federal no exercício de suas funções, apropriação indébita previdenciária, fraude previdência, crimes de licitação etc.
14. São considerados crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, pela Lei 7.170/1983, aqueles que lesam ou expõem a perigo de lesão a integridade territorial, a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a pessoa dos chefes dos Poderes da União, ou qualquer crime comum ao ser levado em consideração a motivação e os objetivos do agente e a lesão a estes bens jurídicos relacionados.
15. Quando iniciada a execução do crime no Brasil, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou vice-versa (art. 109, V, da CF/1988).
16. Dec. 154, de 26.06.1991.
17. Dec. 46.981, de 08.10.1959.
18. Dec. 6.085, de 19.04.2007.
19. Dec. 58.824, de 14.07.1966.

de moeda falsa);[20] crime de pornografia infantil e pedofilia (Convenção sobre os direitos da criança);[21] crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações internacionais (Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais).[22]

Considerando, portanto, essa criminalidade selecionada pelas regras de competência, o CNJ divulgou que em 2010 havia em tramitação na Justiça Federal (1.º grau de jurisdição) 4.261.535 processos, sendo que destes apenas 274.341 processos eram criminais, revelando uma proporção de 93,56% (não criminais) x 6,43% (criminais). Os novos casos criminais iniciados em 2010 somam 96.087 em um universo de 1.801.907 novos casos distribuídos na Justiça Federal, o que representa apenas 5,33% do total dos novos casos, ou ainda 35,02% dos casos criminais em tramitação.

No mesmo período, os números apurados pelo CNJ demonstram que foram prolatadas 39.964 sentenças criminais, o que correspondem apenas a 14,56% dos processos em tramitação (274.341). Nas instâncias superiores da Justiça Federal, os novos casos criminais denotam ser 4,38% dos novos casos não criminais (426.440) recebidos em 2010. Verificou-se que no 2.º grau de jurisdição (Tribunais Regionais Federais) o total de novos casos criminais foi de 18.701, evidenciando que das sentenças prolatadas (39.964), aproximadamente[23] 46,79% tiveram recursos e 53,21% não.

Constata-se, assim, que o grau de litigiosidade criminal apurado pela pesquisa do CNJ em 2010 (274.341 processo criminais em andamento no 1.º grau da Justiça Federal) alcança uma taxa equivalente a 0,14% da população brasileira, enquanto a litigiosidade civil (4.261.535 processos não criminais no 1.º grau) é de 2,23%, considerando a existência de 190.755.799 habitantes (resultado definitivo) apurado pelo censo demográfico[24] também realizado em 2010.

Por sua vez, a competência criminal destinada à Justiça Estadual opera de forma residual. Qual seja, todos os casos não listados pela Constituição Federal para atuação da Justiça Federal, são casos de competência estadual. Para

20. Dec. 3.074, de 14.09.1938.

21. Dec. 99.710, de 21.11.1990.

22. Dec. 3.678, de 30.11.2000.

23. Para efeito de demonstração da estatística, estamos desprezando os processos que se iniciaram em razão da competência originárias dos tribunais regionais federais, que como regra são reduzidos e não comprometem a avaliação da quantidade percentual dos recursos em face das sentenças criminais prolatadas.

24. Dados do IBGE disponíveis em: [www.ibge.gov.br/censo2010/].

efeito de argumentação vamos denominá-los de criminalidade comum, diferenciando-a da criminalidade selecionada presente no âmbito federal.

Entretanto, os números apurados pelo CNJ com relação à Justiça Estadual, no espaço criminalidade comum, demonstram uma realidade distinta. Em 2010 estavam tramitando 33.012.327 processos, sendo que 6.961.945 eram criminais, representando a proporção de 78,91% (não criminais) x 21,08% (criminais). Os novos casos criminais somam 2.496.482 de um total de 11.124.935 novos casos distribuídos na Justiça Estadual, evidenciando 22,44% dos novos casos ou 35,85% dos casos criminais em tramitação.

Na Justiça Estadual foram prolatadas 1.825.999 sentenças criminais, o que equivalem a 26,22% dos processos criminais em tramitação. No 2.º grau de jurisdição os novos casos criminais (358.437) representam 19,26% dos casos novos (1.860.106) em geral. Os novos casos criminais demonstram ser de apenas 19,62% a sua relação com as sentenças prolatadas, o que pode indicar que este foi o percentual aproximado[25] de recursos criminais interpostos. Ou seja, em 80,37% dos casos não tiveram recursos criminais.

O grau de litigiosidade criminal (6.691.945 processos em andamento na Justiça Estadual) alcança a taxa de 3,64% da população brasileira, enquanto a litigiosidade civil (26.050382 processos não criminais em andamento) corresponde a 13,65% da população.

Com efeito, amparados nos números da pesquisa do CNJ, podemos resumir que apesar da Justiça Federal ter 27,14% do orçamento destinado à Justiça Estadual, tem apenas 3,94% da quantidade de casos criminais da Justiça Estadual (274.371 x 6.961.945). A criminalidade comum (processada no âmbito estadual) representa 96,05% dos processo criminais em tramitação no país. Em verdade, o número de casos criminais em tramitação na Justiça Estadual (6.961.945) é 163,36% maior que todos os casos (criminais ou não) em tramitação na Justiça Federal (4.261.535).

O grau de litigiosidade criminal da Justiça Estadual é de 3,64% em face do número de habitantes do Brasil, enquanto na Justiça Federal, que processa um criminalidade selecionada, esse índice alcança apenas 0,14% com relação à população de 2010, o que revela ser 26 vezes menor.

25. Assim como na Justiça Federal, para efeito de demonstração da estatística na Justiça Estadual, foi desprezado os processos que se iniciaram em razão da competência originárias dos Tribunais de Justiça, que também como regra são reduzidos e não comprometem a avaliação da quantidade percentual dos recursos em face das sentenças criminais prolatadas.

De todos processos em tramitação na Justiça Federal (4.261.535), 93,54% não são criminais e apenas 6,43% (274.341) são criminais. Já na Justiça Estadual esse percentual se situa em 78,91% (não criminais) x 21,08% (criminais). Os processos criminais em tramitação na Justiça Estadual são proporcionalmente três vezes (327,83%) maior que os em tramitação na Justiça Federal.

O número de casos novos criminais é na Justiça Federal (96.087) correspondente a apenas 3,84% dos 2.496.482 novos casos criminais na Justiça Estadual em 2010. Esta equivalência, portanto, se situa na faixa 96,16% (estadual) x 3,84% (federal). Todavia, o percentual de recursos judiciais interpostos é substancialmente maior com relação à criminalidade selecionada: na Justiça Federal equivale aproximadamente a 49,79% das sentenças prolatadas, enquanto na Justiça Estadual é de apenas 19,62%. Essa é uma diferença significativa; os números demonstram ser 253,77% maior a taxa de recurso para a criminalidade selecionada do que em relação à criminalidade comum.

Com relação às sentenças criminais prolatadas, a agilidade da Justiça Estadual é bem maior no julgamento da criminalidade comum do que a Justiça Federal no julgamento da criminalidade selecionada. Na Justiça Estadual o percentual de sentenças com relação aos processos em andamento é de 26,22%, enquanto que na Justiça Federal não ultrapassa 14,56%.

Esse número não se explica pela estrutura contemplada à Justiça Federal. Os dados revelam que a Justiça Federal teve uma despesa R$ 6.487.340.490,00 para que 1.749 juízes e 37.990 servidores pudessem instruir e julgar também os 274.371 processos criminais que estavam em andamento em 2010. Comparativamente com a Justiça Estadual temos que: as despesas totais da Justiça Federal correspondem a R$ 3.709.171,23/por juiz (1.749), enquanto que na Justiça Estadual esta despesa equivale a R$ 2.000.323,34/por juiz (R$ 23.879.860.039 para 11.938 juízes), o que confirma uma despesa 185,42% maior que a Justiça Estadual. Se tomarmos o número dos servidores encontramos que as despesas da Justiça Federal é de R$ 170.764,42/servidor, enquanto a da Justiça Estadual é de R$ 100.938,63, mais uma vez evidenciando uma diferença de 169,17%.

Considerando, ainda, o número de processos criminais em andamento, a despesa da Justiça Federal é de R$ 23.644,41/processo e a da Justiça Estadual de R$ 3.568,44, ou seja 662,59% maior. Se formos comparar o total das despesas pelo número de sentenças criminais prolatadas vamos encontrar que na Justiça Federal o valor é de R$ 162.330,86/sentença. Na Justiça Estadual este valor é de R$ 13.077,69/sentença, demonstrando uma diferença de 1.241,28%.

Por fim, se dividirmos o numero de juízes pelos processos criminais em andamentos e sentenças criminais prolatadas podemos fazer a seguinte com-

paração: na Justiça Federal os dados apontam a existência de 156,85 processos criminais em andamento e 6,86 sentenças criminais prolatadas pelo número total de juízes federais. Por sua vez, na Justiça Estadual essa média é de 583,17 processos criminais em andamento e 152,95 sentenças criminais prolatadas pelo número total de juízes estaduais. Mais uma vez encontramos uma diferença substancial, especialmente se considerarmos que é apenas uma parcela dos juízes estaduais/federais que estão oficiando na área penal.

A pesquisa do CNJ evidencia, em uma primeira leitura, que o acesso à Justiça penal em âmbito federal é mais seletivo, mais caro para o Estado e menos produtivo, não obstante as regras processuais, em geral, serem as mesmas aplicadas aos processos criminais da Justiça Estadual. Em alguma medida essa discrepância poderia ser explicada pela complexidade das causas criminais federais, da mesma forma que poderia ser argumentado que há uma atenção maior às causas relacionadas com a criminalidade selecionada ou uma atenção mitigada às causas da criminalidade comum por parte da Justiça Estadual. Olhando as duas pontas desta questão é possível visualizar a abrangência e a complexidade deste tema, que não vai se esgotar neste estudo.

Focando, entretanto, somente a questão de acesso à Justiça penal, se faz necessárias algumas considerações: o acesso não pode ser visto somente como ato voluntário de procurar a Justiça (ou o Judiciário), visão clássica relacionada ao litígio de natureza civil (do mesmo modo já superada). Certamente na Justiça penal, que obriga a intervenção do Judiciário por uma questão de segurança relacionada ao interesse público (proibição da autotutela), com exceção das ações de iniciativas privadas, que são insignificantes sob o ponto de vista estatístico, o acesso se dá de forma voluntária (direcionada e generosa) para o Estado e de forma forçada para o réu.[26] Surge, no entanto, uma demanda natural que vem em sentido contrário a provocada pela pretensão punitiva estatal (incluindo a pretensão executória da pena), porque não é exigível do acusado que não ofereça resistência à essa pretensão, mas que igualmente vai procurar equacionar questões relativa à Justiça social, entre a necessária igualdade jurídico-formal e a real desigualdade socioeconômica no ambiente em que vão se estabelecer essas relações.

O acusado, diferentemente do Estado, tem que superar os obstáculos do acesso à Justiça, que se situam no plano econômico social e cultural.[27] A resis-

26. Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 167.

27. Segundo Boaventura de Sousa Santos: Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da Justiça é tanto maior quanto mais baixo é o extrato

tência à pretensão punitiva (e executória da pena) do Estado não ocorre sob o domínio da igualdade (paridade), mas apenas se revela em seu sentido formal, tendentes apenas a tomar em consideração princípios historicamente conquistados (ainda que não efetivamente realizados), como o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Vivemos, até então, da dependência de uma crença normativista, com a eterna sensação de descolamento da realidade, onde projetamos a esperança de que se enunciarmos formalmente os direitos do réu, vamos assegurar o equilíbrio entre as partes, desconsiderando as ferramentas necessárias à sua real efetivação.[28]

Numa análise das perspectivas do que é consequente, ou seja, na consideração da aplicação da lei penal, os obstáculos ao acesso à Justiça penal são visíveis nos dados divulgados pelo CNJ. Em âmbito federal, a criminalização primária produz tipos penais selecionados, que vão interferir à sua medida nos interesses da União Federal, que em última análise é uma abstração jurídica. Sob o ponto de vista econômico, social e cultural, não vamos encontrar, em regra, os mesmos destinatários da pretensão punitiva do Estado na Justiça Estadual e na Justiça Federal. O perfil é diferenciado e o sistema reage de maneira idiossincrática.

Em entrevista com juiz titular de uma vara criminal da Justiça Federal,[29] foi informado que os crimes mais comuns em tramitação em sua vara eram de: (a) apropriação indébita previdenciária;[30] (b) crimes contra a ordem tributária;[31] e, (c) fraudes previdenciárias. A apropriação indébita previdenci-

---

social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas (op. cit., p. 170).

28. Para Salo de Carvalho: A crença paleopositiva nos sistemas jurídicos harmônicos e dotados de avançados mecanismos processuais, direcionados à satisfação dos direitos das pessoas, é denominada por Ferrajoli de falácia normativista. A falácia normativista, alinhada à falácia politicista – pressuposição de existência empírica de bons poderes que independentemente do direito podem efetivar os direitos, produz no sistema de integração das normas racionalidade ingênua, carente do instável e desestabilizador do contato com o real (*Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 122-123).

29. Entrevista realizada em 11.04.2012 com o juiz titular da 12.ª Vara Federal do Distrito Federal, Dr. Marcus Vinicius Reis Bastos.

30. Art. 168-A do CP.

31. Lei 8.137, de 27.12.1990.

ária, para tomarmos um exemplo, implica em deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes. A conduta deixar de repassar/recolher contribuição previdenciária é um crime omissivo próprio que somente pode ser praticado por quem tem o dever legal de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas ou retidas dos contribuintes. É um crime cometido, portanto, por intermédio de uma pessoa jurídica, indicando que o sujeito ativo, em regra, será o empresário ou o empregado responsável (do alto escalão) que está sendo conivente com a intenção ilegal de apropriação de recursos previdenciários pela empresa. No mesmo sentido, os crimes contra a ordem tributária, pessoas jurídicas em regra que vão responsabilizar penalmente os seus proprietários (empresários) ou empregados também do alto escalão da empresa.

Seguindo no exemplo, verifica-se que nos casos mais comuns em tramitação na Vara Federal informada, a responsabilidade penal vai se situar em um âmbito econômico, social e cultural mais privilegiado. Os obstáculos já não incidem com a mesma intensidade. É possível, assim, também superar a hipossuficiência organizacional, propiciando que a resistência à pretensão punitiva (e também a executória) seja mais qualificada. Há mais tempo, mais recursos econômicos, maiores possibilidades de entender o caráter ilícito de sua conduta e apresentar soluções ou alternativas de entendimento, ou mesmo alcance sobre o tipo penal imputado. É fato que se pode contar com mais facilidade com auxílio interdisciplinar, lançando mão de perícias contábeis, dentre outros recursos necessários ao exercício efetivo da defesa.

Portanto, sob o foco do acesso à Justiça, há um maior equilíbrio de forças quando tratamos da criminalidade selecionada. Se não é paritário, porquanto a estrutura posta à disposição do Estado é ainda mais generosa (a investigação policial é levada a efeito pela Polícia Federal, bem mais aparelhada sob o ponto de vista material e humano que as policiais estaduais), em certa medida já se verifica uma neutralização dos efeitos unilaterais da pretensão punitiva. Por isso, os dados lançados pelo CNJ demonstram que se sentencia muito menos na Justiça Federal. A proporção referente aos casos em tramitação em 2010 é de apenas 14,56% (na Justiça Estadual é de 26,22%). Certamente o acesso mais pródigo para quem precisa resistir à pretensão punitiva, produz maiores dificuldades de se formar uma convicção para se sentenciar, haja vista a fartura de dados que se pode produzir, o que também implica em um maior dispêndio de tempo para se analisar.

Na outra ponta, quando há sentença (tanto de condenação, quanto de absolvição), é visível a capacidade das partes (acusação e defesa) no conflito penal, referente à criminalidade selecionada, de interpor recurso judicial. A

diferença, também revelada pelo Justiça em Números, é considerável. Como os obstáculos ao acesso à Justiça são minimizados quando se trata de crimes federais (seja sob o ponto de vista da defesa ou da acusação), a proporção de recursos interpostos impugnando as sentenças é de aproximadamente 49,79% (federal) x 19,62% (estadual). Não importa se quem recorre da sentença é a instituição estatal que postula a pretensão punitiva ao próprio Estado (o que sugere que pode haver um significativo número de sentenças absolutórias ou de opção de reprovabilidade abaixo do pretendido), ou mesmo a parte condenada, que não se encontra em regra muito impedida de acessar recursos judiciais, podendo permanecer na resistência à pretensão punitiva nas instâncias judiciais superiores.

3. ACESSO E DESIGUALDADE

No âmbito estadual, onde se situa a criminalidade comum (96,05% dos processos criminais em tramitação em 2010), em geral o crime é burdo, revelando o baixo nível socioeconômico e cultural do acusado,[32] que na maioria das vezes não pratica qualquer ilegalidade elaborada ou com requinte.[33] Por isso, os 6.961.945 processos criminais em tramitação (2010) informam um quantitativo impressionante, que correspondem a 3,64% da população brasileira em 2010. Assim, em face da quantidade de conflitos formalmente apurados (que já são resultantes de um processo seletivo), o sistema conspira, desde o inquérito policial, para a obtenção do mais fácil, alcançado pela confissão como atalho da investigação, oportunizando a eliminação da complexidade a ser discutida em juízo, facilitando a formação da convicção judicial e a prolação com maior rapidez de sentenças condenatórias.

Com a condenação amparada por confissão, e por um valor exacerbado emprestado à palavra da vítima (de simples identificação, diferentemente dos cri-

32. O censo penitenciário informa que em 2009 a população carcerária era de 473.626 condenados, sendo que apenas 1.705 (0,35%) dos condenados tinham curso superior completo e 69 (0,01%) dos condenados tinham escolaridade acima do curso superior completo (Disponível no sítio do Ministério da Justiça: [http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm]). No entanto, o censo demográfico do IBGE de 2010 indica que 7,9% da população brasileira tinha curso superior, o que representa uma média 2.557,14% maior que a população carcerária.

33. Segundo o censo penitenciário, em 2009, a população carcerária era composta pela prática dos seguintes crimes: 29% (roubo); 20% (tráfico de entorpecentes); 16% (furto); 12% (homicídio) e 5% (crimes contra a dignidade sexual), o que representa 82% dos que estavam cumprindo pena.

mes federais), retórica instituída para compensar a ineficiência das investigações (certamente prejudicada pelo binômio quantidade x capacidade operacional da agências policiais dos Estados, que é sempre deficitária),[34] é explicável que o percentual de sentenças seja bem superior à esfera federal (26,22% x 14,56%).

Em se tratando geralmente de crimes cometidos sem muita elaboração, sem recursos intelectuais ou materiais (são em geral crimes cometidos na rua e não nos escritórios, como os crimes federais), pode-se observar com mais destaque as chamadas "teorias de todos os dias",[35] onde se constrói a convicção judicial, em face de repetidas condutas desviantes, ao ponto de ser possível encontrar um padrão tendente à posição social do acusado. Alessandro Baratta lembra que "isto leva juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados",[36] tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito quanto em face da análise de sua personalidade. Há, portanto, um processo de seleção e estigmatização mais definido, diferentemente do que ocorre no âmbito federal, onde os processos criminais em tramitação (274.341) em geral decorrem de condutas mais sofisticadas, por isso correspondem somente a 0,14% da população brasileira em 2010.

Entretanto, a "opção pelo mais fácil" no sistema penal estadual (que prestigia somente a pretensão punitiva) não é causa, senão efeito da própria omissão do Estado no aparelhamento da sua agência de defesa pública, que poderia emprestar um maior equilíbrio ao acesso à Justiça, minorando os deletérios efeitos do poder punitivo arbitrário (não garantista). O acesso à Justiça penal (decorrente de uma reação formal selecionada a um fato criminalizado conhecido) se inicia pela agência policial e se transfere à agência estatal postuladora da pretensão de punir, que são instituições seculares dentro do sistema judicial. Trata-se, portanto, de uma atividade sob o domínio do Poder Público amadurecida com o tempo

34. Zaffaroni descreve que: A disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejado efeito de se criminalizar várias vezes toda a população (*Em busca da pena perdida. A perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 26).

35. Segundo Alessandro Baratta: Também o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas "teorias de todos os dias", que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial (*Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 177).

36. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 177.

diferença, também revelada pelo Justiça em Números, é considerável. Como os obstáculos ao acesso à Justiça são minimizados quando se trata de crimes federais (seja sob o ponto de vista da defesa ou da acusação), a proporção de recursos interpostos impugnando as sentenças é de aproximadamente 49,79% (federal) x 19,62% (estadual). Não importa se quem recorre da sentença é a instituição estatal que postula a pretensão punitiva ao próprio Estado (o que sugere que pode haver um significativo número de sentenças absolutórias ou de opção de reprovabilidade abaixo do pretendido), ou mesmo a parte condenada, que não se encontra em regra muito impedida de acessar recursos judiciais, podendo permanecer na resistência à pretensão punitiva nas instâncias judiciais superiores.

3. ACESSO E DESIGUALDADE

No âmbito estadual, onde se situa a criminalidade comum (96,05% dos processos criminais em tramitação em 2010), em geral o crime é burdo, revelando o baixo nível socioeconômico e cultural do acusado,[32] que na maioria das vezes não pratica qualquer ilegalidade elaborada ou com requinte.[33] Por isso, os 6.961.945 processos criminais em tramitação (2010) informam um quantitativo impressionante, que correspondem a 3,64% da população brasileira em 2010. Assim, em face da quantidade de conflitos formalmente apurados (que já são resultantes de um processo seletivo), o sistema conspira, desde o inquérito policial, para a obtenção do mais fácil, alcançado pela confissão como atalho da investigação, oportunizando a eliminação da complexidade a ser discutida em juízo, facilitando a formação da convicção judicial e a prolação com maior rapidez de sentenças condenatórias.

Com a condenação amparada por confissão, e por um valor exacerbado emprestado à palavra da vítima (de simples identificação, diferentemente dos cri-

32. O censo penitenciário informa que em 2009 a população carcerária era de 473.626 condenados, sendo que apenas 1.705 (0,35%) dos condenados tinham curso superior completo e 69 (0,01%) dos condenados tinham escolaridade acima do curso superior completo (Disponível no sítio do Ministério da Justiça: [http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm]). No entanto, o censo demográfico do IBGE de 2010 indica que 7,9% da população brasileira tinha curso superior, o que representa uma média 2.557,14% maior que a população carcerária.

33. Segundo o censo penitenciário, em 2009, a população carcerária era composta pela prática dos seguintes crimes: 29% (roubo); 20% (tráfico de entorpecentes); 16% (furto); 12% (homicídio) e 5% (crimes contra a dignidade sexual), o que representa 82% dos que estavam cumprindo pena.

mes federais), retórica instituída para compensar a ineficiência das investigações (certamente prejudicada pelo binômio quantidade x capacidade operacional da agências policiais dos Estados, que é sempre deficitária),[34] é explicável que o percentual de sentenças seja bem superior à esfera federal (26,22% x 14,56%).

Em se tratando geralmente de crimes cometidos sem muita elaboração, sem recursos intelectuais ou materiais (são em geral crimes cometidos na rua e não nos escritórios, como os crimes federais), pode-se observar com mais destaque as chamadas "teorias de todos os dias",[35] onde se constrói a convicção judicial, em face de repetidas condutas desviantes, ao ponto de ser possível encontrar um padrão tendente à posição social do acusado. Alessandro Baratta lembra que "isto leva juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados",[36] tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito quanto em face da análise de sua personalidade. Há, portanto, um processo de seleção e estigmatização mais definido, diferentemente do que ocorre no âmbito federal, onde os processos criminais em tramitação (274.341) em geral decorrem de condutas mais sofisticadas, por isso correspondem somente a 0,14% da população brasileira em 2010.

Entretanto, a "opção pelo mais fácil" no sistema penal estadual (que prestigia somente a pretensão punitiva) não é causa, senão efeito da própria omissão do Estado no aparelhamento da sua agência de defesa pública, que poderia emprestar um maior equilíbrio ao acesso à Justiça, minorando os deletérios efeitos do poder punitivo arbitrário (não garantista). O acesso à Justiça penal (decorrente de uma reação formal selecionada a um fato criminalizado conhecido) se inicia pela agência policial e se transfere à agência estatal postuladora da pretensão de punir, que são instituições seculares dentro do sistema judicial. Trata-se, portanto, de uma atividade sob o domínio do Poder Público amadurecida com o tempo

34. Zaffaroni descreve que: A disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejado efeito de se criminalizar várias vezes toda a população (*Em busca da pena perdida. A perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 26).

35. Segundo Alessandro Baratta: Também o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas "teorias de todos os dias", que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial (*Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 177).

36. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 177.

e com a práxis. Ingressando o acusado nesta relação não espontânea, ou se estabelece uma resistência privada (em desfavor da pretensão pública), ou se socorre da agência pública de defesa, que ainda é uma novidade em termos institucionais (organizada nacionalmente a partir da Constituição de 1988).

Entretanto, o trabalho de acesso de grande parte da população à Justiça penal se faz somente pela agência de defesa pública, que deve garantir assistência jurídica integral tanto na fase inquisitorial quanto na judicial. A logística e a estrutura desta instituição deve ser organizada para focar essa atuação integral, o que certamente demanda instrumental normativo e suficiente aporte orçamentário.

A questão normativa já conta com um enorme avanço. A Defensoria Pública, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.[37] Portanto, foi organizada em carreira de Estado, com dedicação exclusiva de seus membros, e possui autonomia funcional e administrativa e iniciativa de sua lei orçamentária.[38] No tocante à legislação processual penal inúmeros dispositivos legais[39] disciplinam a atuação desta agência, desde a obrigação da agência policial de comunicar a prisão em flagrante à Defensoria Pública, para que a resistência à pretensão de punir se inicie desde o momento da segregação cautelar do acusado,[40] até participação da Defensoria Pública como órgão do sistema penitenciário, no acompanhamento da execução da pena do condenado.[41]

---

37. Art. 1.º da LC 80, de 12.01.1994, alterado pela LC 132, de 07.10.2009.

38. A concepção de acesso à Justiça como direito humano fundamental, a importância do modelo de assistência jurídica gratuita exercida pela instituição Defensoria Pública, com Defensores Públicos de carreira que gozam de independência e autonomia funcional, vem sendo adotados por diversos países latino-americanos e ocupando espaço em fóruns internacionais. Neste sentido, a Organização dos Estados Americanos – OEA aprovou, por sua sessão plenária de 07.06.2011, a Res. 2.656. Mais recentemente foi aprovada a Res. 2.714, de 05.06.2012, reforçando a necessidade de que os Estados-membros assegurem iniciativas para garantir a independência e a autonomia funcional da Defensoria Pública.

39. Neste sentido ver: Lei 12.403, de 04.05.2011, que alterou o Código de Processo Penal; Lei 12.313, de 19.08.2010, que alterou a Lei de Execuções Penais.

40. Segundo o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil o número de prisões em flagrante comunicadas à Defensoria Pública aumentou de 2007 para 2008 em 229,06% (Ministério da Justiça. Brasil, p. 158).

41. Art. 61 da Lei de Execuções Penais.

O problema não se situa, como se vê, no âmbito normativo, senão na distribuição desigual pelo Estado dos recursos orçamentários para as agências do sistema judicial. Embora se deva reconhecer um crescimento orçamentário contínuo da Defensoria Pública, esta desigualdade ainda reflete o seu deficiente aparelhamento material e humano, o que compromete a qualidade de sua atuação e explica, em determinada medida, os dados divulgados pelo CNJ, em especial de que na Justiça Estadual há apenas, aproximadamente, 19,62% de recursos criminais com relação às sentenças prolatadas (1.825.999). Claro que este percentual, visto em números absolutos, comparado com os recursos na Justiça Federal, é superlativo. Mas, o fato de que não há recursos em aproximadamente 80% dos casos criminais sentenciados pela Justiça Estadual é, sob o ponto de vista do acesso à Justiça, absolutamente preocupante e nos remete a uma reflexão.

Do orçamento executado pelo sistema de justiça, apurado pelo II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil,[42] produzido pelo Ministério da Justiça em 2006, 71,30% foram destinados ao Judiciário, enquanto 25,37% ao Ministério Público e 3,33% à Defensoria Pública. Em 2009, no ano anterior à pesquisa do CNJ referenciada, o III Diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil[43] apurou que com relação ao orçamento total dos Estados, o Judiciário ficou com 5,34%, o Ministério Público com 2,02% e a Defensoria Pública, que se encontra em franco desenvolvimento institucional, com a tendência de elevação na participação orçamentária nos próximos anos, com apenas 0,40%.

Essa desigualdade na distribuição de recursos orçamentários reflete números significantes: segundo o Diagnóstico do Ministério Público dos Estados,[44] também produzido pelo Ministério da Justiça em 2006, haviam 2,09 membros do Ministério Público para cada Defensor Público, sendo que no Maranhão e no Piauí havia uma média inexplicável de 9,75 e 7,46, respectivamente, promotores para cada membro da Defensoria Pública. Nos Estados da Bahia e do Amazonas esta média também ficou acima de 5/1.

Em números absolutos o Diagnóstico do Ministério Público informa que haviam 8.716 membros estaduais e 925 federais, totalizando 9.641 no ano de 2004. O I Diagnóstico da Defensoria Pública[45] registrou que em 2003 eram

42. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf].

43. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf].

44. Disponível em: [www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/noticias/cao/pgj/diagnostico_mp.pdf].

45. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/1828/Diag_defensoria.pdf].

apenas 3.154 Defensores Públicos. Esse número saltou para 4.515 em 2009,[46] ainda bem abaixo do número de membros do Ministério Público, que certamente neste período também se elevou. Além do mais, constatou-se pelo III Diagnóstico da Defensoria Pública que 84% dos processos em tramitação eram cíveis e apenas 16% eram criminais, o que vai exigir a distribuição de força de trabalho, senão proporcional, próxima a essa demanda especializada.

No tocante à comparação de despesas realizadas, o Diagnóstico do Ministério Público dos Estados informa que em 2003, na Bahia, por exemplo, o Ministério Público gastou R$ 707,60 para cada R$ 1,00 gasto pela Defensoria Pública. Enquanto que em 2004 esta proporção caiu para o ainda impressionante patamar de R$ 401,92/R$ 1,00. No Rio de Janeiro, onde se verifica um equilíbrio mais satisfatório entre as instituições, esta proporção foi, em 2003, de R$ 2,57 gastos pelo Ministério Público para cara R$ 1,00 da Defensoria Pública. Em 2004, esta relação foi de R$ 2,33/R$ 1,00. Como consequência, somente cerca de 42,71%[47] das comarcas eram atendidas pela Defensoria Pública no Brasil em 2008.

Visto assim, a desigualdade entre as instituições é gritante (do mesmo modo são os seus efeitos para o sistema de justiça), embora se possa reconhecer que a movimentação da agência de defesa pública dentro da arena de distribuição de prioridades do Estado vem a cada ano ocupando um espaço maior, o que resulta em uma contínua melhora da qualidade de sua atuação. No entanto, o tempo que o Estado leva para responder eficazmente a algumas demandas é absolutamente nocivo e gera consequências práticas, muitas das quais irreversíveis.

O acesso à Justiça deficiente não é simplesmente uma outra omissão na execução de políticas públicas, cujo direito, também formalmente assegurado à população, pode aguardar a iniciativa de um governante iluminado. Na verdade, o acesso à Justiça quando por algum motivo é obstado, mesmo que parcialmente, implica que na outra ponta alguém está se favorecendo desta omissão, o que sugere instabilidade no ambiente dialético que se desenvolve o ajuste social advindo de uma relação conflituosa. A desigualdade é perversa porque prestigia uma pretensão em detrimento de uma resistência, e ofende a dignidade ao direcionar a solução de conflitos a grupos privilegiados. A desigualdade também sublima a ideia da distribuição de justiça de classe, o que já se encontra, de certa forma, acentuada no senso comum, amparada pela obviedade que estes números demonstram.

---

46. III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

47. Idem.

4. ACESSO E GARANTISMO

Para Luigi Ferrajoli há um dado da realidade inexorável: "la extrema desigualdad de las personas frente a la justicia".[48] De fato, nosso sistema jurídico é prodigo em enunciar direitos. Estamos cercados de boas intenções, mas de poucas realizações, ou mesmo da ou compreensão de como ter efetivo acesso aos direitos enunciados. A forma ocupa uma espaço privilegiado, com o objetivo de fundir a legalidade com a "legitimidade do Poder Político Punitivo"[49] e funciona como um retórica minimizadora dos trágicos efeitos da desigualdade, especialmente diante do sistema punitivo.

O ideal iluminista libertário para o direito penal foi aos poucos cedendo espaço ao modelo de defesa social (escola positivista), que amparado no enganoso temor ao delinquente,"mantém a estrutura de perscrutar o criminoso na sua subjetividade e construir mecanismos de proteção da sociedade contra o inimigo",[50] que se identifica especialmente com os habitantes das camadas mais vulneráveis da população. Morais da Rosa alerta que o direito penal "possui papel estratégico na manutenção do sistema",[51] ou seja, a estratégia que utiliza a coerção legitimada para fins de seleção,[52] repressão e punitividade. E é nesse ambiente que, contraditoriamente, a intervenção do Estado deixa de "estar associada às garantias e em respeito aos direitos das pessoas"[53] e "demonstra radical potência para romper com a legalidade, produzindo ofensa aos direitos humanos de todos os envolvidos",[54] vítimas, acusados e condenados.

---

48. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantia de la defensa pública. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. Ministerio Público de la Defensa Argentina.* Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 77.

49. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 123.

50. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais: Eichmann e Big Brother. Crítica a execução penal.* 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p. 326.

51. Idem, ibidem.

52. Neste sentido, Maximo Pavarini: La efectividad des sistema penal no está tanto (o no solo) amenazada por el exceso de criminalización primaria, sino por un exceso de vocación con respecto a una esfera relativamente reducida de delitos, en cuya confrontación el sistema de la criminalización secundaria esta "constreñido" a actuar con criterios de elevadísima selectividad (*Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad. Seguridad pública: tres puntos de vista convergentes.* México: Coyoacán, 2006. p. 26).

53. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 122.

54. Idem, ibidem.

Essa omissão do Estado implica em consequências profundas. Para Ferrajoli[55] se trata de uma desigualdade odiosa, pois ataca o terreno das liberdades fundamentais em todos os momentos da intervenção penal: desigualdade na exposição à intervenção punitiva, desigualdade de direitos no processo e, por fim, desigualdade no tratamento da execução penal. São desigualdades que tem origens no próprio direito penal (estrutura normativa antigarantista e discriminatórias que expõe um exacerbado subjetivismo na aplicação da pena) e também extrapenal, do tipo econômica e social, que vai obstar a igualdade do direito de defesa.

Ferrajoli afirma, ainda, que estas desigualdades vão influir sobre as mesmas categorias de sujeitos (os socialmente mais vulneráveis) e são determinadas pelo mesmo fator (tanto normativo quanto efetivo): a debilidade das garantias penais e processuais e, mas em geral, a desigualdade das garantias de todos os demais direitos fundamentais. Como resultado desta crescente desigualdade: "es lo carácter cada vez más clasista de la justicia penal en todos los países occidentales".[56] que vai implicar em um processo de prisionização em massa dos mais vulneráveis, gerada por uma degeneração dos objetivos da Justiça penal e sustentada por uma ideologia da exclusão.[57]

Na origem deste processo, aponta Ferrajoli,[58] encontram-se políticas penais que são tão indiferentes às causas estruturais dos fenômenos criminais, como promotoras de um direito penal máximo e desigual, que desconhecem as garantias. São "políticas interesadas somente en reflejar y secundar y por ello mismo en alimentar, los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad".[59] O lugar privilegiado para esta política é a segurança pública, em

55. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 77.

56. Idem, p. 79. Na sequência afirma o autor: Prueba de ello es la composición social de la población carcelaria, formada, si no únicamente, al menos se su mayor parte – tal como muestran las estadísticas judiciales de estos países por sujetos pobres y marginados: inmigrantes, negros, tóxico-dependientes, detenidos por pequeños delitos contra el patrimonio. En todo el mundo asistimos a un crecimiento exponencial del fenómeno de la prisionización.

57. Nas palavras de Ferrajoli: Se trata, como ha sido observado, en una prisionización en masa de la pobreza, generada por una degeneración clasista de la justicia penal y sostenida por una ideología de la exclusión que criminaliza a los pobres, los marginales, o peor aún, a los que son considerados "diferentes" – el extranjero, el islámico, el inmigrante clandestino – bajo la insignia de una antropología racista de la desigualdad (op. cit., p. 79).

58. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 80.

59. Idem, ibidem.

face de uma crescente sensação de insegurança social,[60] enfatizada e propagada pelos meios de comunicação,[61] "en particular por esa fábrica de miedo en que se ha convertido la televisión".[62]

A impossibilidade do Estado de dar uma resposta instrumental a toda violência concreta cometida na sociedade, em face da distância entre os efeitos da programação constante entre a criminalização primária e a secundária, limitada esta às possibilidades reais de intervenção estatal, faz surgir uma seletividade estrutural, caracterizada por uma "orientação que restringe sua atuação a determinados delitos e delinquentes, com uma conotação social".[63]

Neste contexto, onde a opção se faz por uma "resposta penal simbólica e não instrumental ao fenômeno da criminalidade e à insegurança urbana",[64] estabelece-se um ambiente propício para gerar na opinião pública uma ideia "classista e racista",[65] deformando o imaginário coletivo sobre os mais vulneráveis e o fenômeno da delinquência, atentando-se somente para os efeitos da criminalidade e ignorando suas causas. Na assertiva de Lola Aniyar de Castro, "a delinquência é entendida, portanto, como um problema de ordem pública e não como problema social".[66] Nesta marcha, deixa a Justiça penal de se ocupar dos delitos relacionados à criminalidade selecionada, cuja a vítima é geralmente de difícil identificação (por ser, via de regra, uma abstração jurídica) para se ater aos delitos que atentam contra a segurança pública (vítimas de fácil identificação).[67]

---

60. Lola Aniyar de Castro destaca que: o sentimento de insegurança criado pelos meios servem para que o Estado possa implementar medidas autoritárias (operativos, leis repressivas, militarização da ordem pública e centenas de mortes em supostos enfrentamentos com a polícia). Tudo isso com o consenso coletivo, substituindo outras ações possíveis, como atuação governamental, pelo mais fácil emprego da força (*Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 234).

61. Lola Aniyar de Castro faz a seguinte observação sobre a indústria de comunicação: Os chamados "grandes informadores" trabalham sobre a base da entrega dos cérebros. Portanto, não se trata, propriamente de "comunicação", porque não há resposta. Trata-se de um trabalho de engenharia social no qual a ordem permanece oculta e a obediência tem raízes subliminares (Op. cit., p. 201).

62. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 80. No mesmo sentido ver: BARATA, Francesc. La violência y los mass media. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación. *RBCCRIM*. 29/257-267.

63. ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à nova prevenção. *RBCCRIM* 29/168.

64. Idem, ibidem.

65. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 80.

66. ANIYAR DE CASTRO, Lola. Op. cit., p. 235.

67. Segundo Ferrajoli: Es un mensaje que tiende a inocular en la opinión pública la concepción clasista y racista de la equiparación de los pobres, de los negros, o de

A resposta penal simbólica, como ensina Ferrajoli, está produzindo, de uma maneira mais marcante que no passado, uma duplicação do direito penal: "derecho mínimo y tolerante para los ricos y poderosos, derecho máximo e inflexible para los pobres y marginados",[68] o que evidencia a subjetivização do direito penal, caracterizando-o como "do autor" em detrimento do "direito penal do fato", de inspiração iluminista. Por outro lado, há que se reconhecer que quanto mais o crime se origina da situação de vulnerabilidade, menos resulta a prevenção penal. A pena é, por princípio, exigida ou recrudescida mais de quem tem a maior capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta. Isso pode resultar efetivo para a criminalidade selecionada, onde é possível se exigir conduta diversa. No entanto, para a criminalidade comum, restrita a poucos delitos, relacionados geralmente à pequenos crimes patrimoniais ou à dependência química, a prevenção pela pena é absolutamente insignificante, em face do seu caráter meramente simbólico, cuja utilidade é somente de evitar a vingança privada. Ferrajoli anota que "es ilusorio confiar a ella la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en vez de confiar tal tarea a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación".[69]

Conforme sempre pronunciado por Luigi Ferrajoli, garantismo é em geral conjugado com direitos fundamentais, em especial com os direitos de liberdade, e em particular com igualdade (que é tanto a afirmação de direitos à liberdade quanto de direitos sociais). O garantismo assume, assim, tal qual os direitos fundamentais um caráter universal, "reconocidos a todos en igual forma y medida".[70] Há, portanto, um nexo entre garantismo penal, igualdade e democracia e se entende como condição essencial de credibilidade do direito penal (portanto, de sua legitimidade) o valor da garantia do direito de defesa, que para os mais vulneráveis se opera pela agência de defesa pública, com todo

---

los inmigrantes, a los delincuentes, y, por lo tanto, deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el derecho penal: para que la justicia penal deje de perseguir los delitos de las "personas de bien" y se ocupe – cosa demás muy fácil – solo de los delictos que atentan contra su seguridad (op. cit., p. 80).

68. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 81. Segue o autor: Mientras que, frente a la delincuencia de cuello blanco, la justicia es muy frecuentemente impotente – piénsese sólo en la prescripción perseguida sistemáticamente en estos procesos por aguerridos defensores – , frente a la delincuencia de la calle y de subsistencia la justicia penal está informada únicamente por la finalidad de exclusión (p. 81-82).

69. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 83.

70. Idem, p. 84.

aparato normativo e orçamentário que se faz necessário para que possa prestar uma efetiva assistência jurídica integral.

Ferrajoli especifica que a defesa pública tem um caráter de direito fundamental e por isso é universal e tem por fundamento o interesse público, "cuya actuación, justamente porque se trata de un derecho fundamental, no puede ser confiada a las lógicas del mercado como si tratasse de derecho patrimonial, sino que requiere estar garantizada por la esfera pública".[71] Ademais, a natureza cognitiva do processo penal, antes que potestativa, exige a busca da verdade real, o que sempre vai depender da paridade entre as partes no exercício do contraditório, ofertando ao Estado-juiz a melhor solução para a aplicação da lei no caso concreto, o que significa materialmente focar em todos os recursos disponíveis para se afastar uma injustiça, que pode decorrer de uma pretensão punitiva. Para este fim, a defesa pública tem que ser dotada, conclui Ferrajoli "de poderes análogos a aquellos de la acusación pública".[72]

5. CONCLUSÃO

Vivemos em um estado continuado de desrespeito institucionalizado, de perpetuação da desigualdade e de violação efetiva de princípios humanistas de natureza universal, embora, ao contrário, tudo seja formalmente assegurado (enunciado) por nossa Carta constitucional. O Estado é o responsável pelas portas de acesso à Justiça penal, substancialmente em todos os seus segmentos (acusação/defesa/julgamento). Mas a prodigalidade que usufrui ao distribuir os seus recursos orçamentários para uns, ao marcar as suas prioridades no exercício de sua governabilidade, reforça para a defesa pública o caráter seletivo e direcionado que empresta discriminatoriamente ao direito penal. Com isso, eleva-se a desigualdade, mitiga-se o sistema garantista, exalta-se teleolo-

71. Idem, p. 85.

72. Idem, p. 86. Em Direito e razão, Ferrajoli leciona: A segunda condição concernente à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um Defensor Público, isto é, um Magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de acusação. A instituição dessa "magistratura" ou "tribuna de defesa" como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi propostas por Filangieri, por Bentham, e depois Carrara e por Lucchini, sob pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação das provas de culpabilidade integram funções de interesses não menos público de punição dos culpados e da colheita das provas a cargo da acusação (*Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 537).

gicamente a forma e, por fim, conforma-se com a ideia de renuncia material da produção de Justiça.

Acesso à Justiça é a concretização da paridade, é a materialização do equilíbrio, é a manifestação do garantismo em sua maior essência, para que se possa construir uma saída democrática para o impasse existencial do conflito. O acesso à Justiça viabiliza o resgate da proteção aos direitos fundamentais (ressaltando os seus valores), com a consequente redução dos danos aos direitos humanos, além de oportunizar a minimização dos poderes punitivos (arbitrários e apenas legitimados pela forma). O acesso à Justiça só pode ser efetivamente atingido com a realização plena do direito de defesa, o que implica substancialmente na completa institucionalização da agência de defesa pública, que só será alcançada quando da justa e proporcional distribuição dos recursos orçamentários do Estado.

6. BIBLIOGRAFIA

ANYAR DE CASTRO. Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan. 2005.

BARATA. Francesc. La violência y los mass media. Entre el saber criminologico y las teorias de la comunicación. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 29. p. 255. São Paulo: Ed. RT, 2000.

BARATTA. Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantia de la defensa pública. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. Ministerio Público de la Defensa Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2008.

_____. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais: Eichmann e Big Brother. Crítica a execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.

PAVARINI, Maximo; PEREZ CARILLO, Augustín; TENORIO TAGLE, Fernando. *Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad. Seguridad pública: tres puntos de vista convergentes*. México: Coyoacán, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à nova prevenção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 29. p. 167. São Paulo: Ed. RT, 2000.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl. *Em busca da pena perdida. A perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio do Janeiro: Revan, 2003. vol. 1.

Pesquisas

BRASIL. *XII Censo demográfico*. Brasília: Instituto Brasileiro de Estatística, 2010.

_____. *Censo penitenciário*. Brasília: Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional – Dados Consolidados, 2008.

_____. *Diagnóstico do Ministério Público dos Estados*. Brasília: Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, 2006.

_____. *I Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, 2003.

_____. *II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, 2006.

_____. *III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, 2009.

_____. *Justiça em números*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acesso à Justiça, de Kiyoshi Harada – *RIASP* 0/53;
- O direito de acesso à Justiça – Os rumos da efetividade, de Suzana Vereta Nahoum Pastore – *RDCI* 49/154;
- Políticas de acesso à Justiça podem reduzir a violência?, de Jacqueline Sinhoretto *RBCCrim* 42/351;
- Ponderações reflexivas acerca do Conselho Nacional de Justiça, de Júlia Bagatini e Lisiane Beatriz Wickert – *RePro* 186/161; e
- Por um acesso à Justiça democrático: primeiros apontamentos, de Dierle Nunes e Ludmila Teixeira – *RePro* 217/75.

O TRANSPORTE *IN UTILIBUS* DA COISA JULGADA COLETIVA NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

2

The possibility of transporte in utilibus for a collective matter already judged, at the final judgement of conviction

MOACYR PETROCELLI DE ÁVILA RIBEIRO

Pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Este ensaio tem por objetivo apurar a importância da consolidação no processo penal brasileiro da sistemática de aproveitamento da sentença penal condenatória como meio extremamente eficaz para a reparação civil de danos *ex delicto*, quando o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora for um direito ou interesse metaindividual. Deseja-se demonstrar quão importante é o manancial jurídico que se tem a disposição para se alcançar a almejada concretização do direito fundamental da efetividade do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos metaindividuais - Processo coletivo - Coisa julgada penal - Efetividade.

ABSTRACT: This paper aims at establishing the importance of using the criminal judgment of conviction as something extremely effective to repair civil damages "*ex delicto*" in the context of the Brazilian criminal procedure, especially in cases where the legal interest, which has been protected by a criminal legal standard, is a meta-individual right or interest. We intent to show the importance of the legal source, which is available, to achieve this much desired realization of the fundamental right of effectiveness to be applied in the proceeding.

KEYWORDS: Meta-individual rights - Collective process - Criminal *res judicoto* - Effectiveness.

SUMÁRIO: 1. Linhas introdutórias: o neoprocessualismo - 2. O processo coletivo e o direito penal: fundamentos para a modernização do direito - 3. A concepção de bem jurídico objeto de tutela do direito penal moderno - 4. A sentença penal condenatória como importante título executivo judicial - 5. A sistemática do transporte *in utilibus* do julgado favorável e sua aplicação no processo penal - 6. Conclusão - 7. Referências bibliográficas.

1. LINHAS INTRODUTÓRIAS: O NEOPROCESSUALISMO

Vive-se hoje no difundido neoconstitucionalismo ou, para alguns, constitucionalismo pós-moderno.

Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar a noção de Constituição à ideia de instrumento de limitação do poder político, mas, acima de tudo, almeja-se a eficácia da Constituição. Deseja-se que o Texto Constitucional deixe de ter um caráter meramente retórico e passe a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização do extenso catálogo de direitos fundamentais.

Este movimento constitucional tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pelo Constituinte para a sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito.

Nesse contexto, a Constituição assume a relevante função de se posicionar no centro do sistema jurídico espraiando seus efeitos por todas as legislações a ela submissas. Nessa nova lente, é curiosa porém didática, a metáfora costumeiramente aplicada nos julgados de Ricardo Luis Lorenzetti, membro da Suprema Corte Argentina, no sentido de que, enquanto o sol ocupa o centro do sistema solar e todos os planetas que gravitam em torno dele recebem seus raios, a Constituição Federal ocupa o centro do sistema jurídico e todos os diplomas que gravitam em seu entorno recebem sua influência principiológica. Daí falar-se em eficácia irradiante do Texto Constitucional.

Por isso, o Texto Constitucional é marcado por uma intensa carga valorativa, de modo que se exige a compatibilidade material de uma norma não apenas com o texto frio da Carta, mas, principalmente, a consonância com o seu espírito.

Progressivamente a Constituição Federal passa a adquirir o caráter de norma jurídica dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade.

Tudo passa a ser interpretado a partir dela.

Com efeito, diante dessa alta carga axiológica exigida pela Carta Magna criou-se em todos os ramos do Direito, ainda que nos mais patrimonialistas

(como o Direito Civil), ou nos mais instrumentais (como o Direito Processual), uma visão substancialista do Direito, pautando-se especialmente na dignidade da pessoa humana como vetor primordial para qualquer que seja a interpretação.

Prestigia-se, pois, a prevalência dos princípios sobre as regras.

Em manifesto alinhamento com a mais evoluída jurisprudência do direito comparado, sobretudo das reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Alemão, a tentativa da moderna doutrina constitucionalista é de se evitar, ou ao menos diminuir, a ocorrência de situações em que se exija a, às vezes trágica, solução do tudo ou nada (*all or nothing*). Prima-se, pois, pela ponderação em detrimento da subsunção diante de uma situação jurídica de conflito de direitos.

Evidentemente isso somente é possível diante da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse aspecto, pressentindo os ataques críticos a esta técnica de interpretação, José Joaquim Gomes Canotilho advertia, em outras palavras, que a ponderação não é, de forma alguma, modelo de abertura para uma justiça casuística ou de sentimentos, pois o método de *ballancing* é submetido a uma zelosa "topografia do conflito" acrescida da solução da colisão entre os direitos através do caso concreto.[1]

É bem verdade que a conjunção dos caracteres do neoconstitucionalismo resulta na onipotência judicial. Em palavras mais simples, o modelo constitucional admite que o juiz aplique diretamente a Constituição, sem ter a lei como intermediária, necessariamente.

Para que se desenhe o que foi dito, basta se atentar aos noticiários televisivos e verificar se qualquer deles é capaz de passar uma edição sem mencionar "STF". É um feito digno de aposta.

Este fenômeno foi (e está sendo) denominado de "ativismo ou protagonismo judicial". Muitas críticas pairam sobre isso, mas qual seria outra solução diante de um Poder Legislativo inoperante?

A frenética atuação da Corte Suprema com respaldo na Constituição da República, e com o objetivo de aplicá-la diretamente, é um simples reclamo da segurança jurídica exigida pelas relações sociais.

Trata-se apenas de um Poder Judiciário corresponsável.

Desse novo modelo constitucional, é louvável se extrair, pois, como traço marcante, a onipresença da Constituição Federal em todas as áreas jurídicas

1. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1200-1203.

e em todos os conflitos minimamente relevantes. Tanto que hoje se fala em "constitucionalização do Direito".

No Direito Processual isso não é (e não pode ser) diferente.

O moderno estudo do processo tem que ser feito a partir dessas premissas metodológicas, levando em conta as diretrizes constitucionais.

Consiste em pensar o direito processual fundamentalmente a partir da teoria dos direitos fundamentais. Alguns autores arriscam a mencionar esta nova fase do direito processual como "neoprocessualismo" ou processualismo pós-moderno.

Aprioristicamente, o Direito Processual, como ramo do Direito Público, tem suas linhas fundamentais demarcadas pelo Direito Constitucional, em particular, pelos clássicos princípios constitucionais (juiz natural, contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.).

No entanto, cumpre, por enquanto, revelar qual a importância dos direitos fundamentais para o processo.

Os direitos fundamentais têm dupla dimensão: uma objetiva, outra subjetiva. A dimensão subjetiva explica-se pelo fato de que estes direitos, como quaisquer outros, existem em razão de um titular. Só se justifica a existência de um direito fundamental se alguém puder fruí-lo, exercê-lo. Em suma, toda pessoa é titular de direitos fundamentais.

A dimensão objetiva, por sua vez, revela que os direitos fundamentais são, antes de tudo, normas jurídicas. Os direitos fundamentais são normas positivadas. Assim, é preciso que as leis estejam em plena conformidade com as normas definidoras de direitos fundamentais.

Como se vê, as normas de Direito Processual têm de estar em plena consonância com as normas definidoras de direitos fundamentais. A título de exemplo, se uma norma processual cria um procedimento especial sem contraditório, esse procedimento é inconstitucional porque ofende violentamente a Lei Fundamental.

Sem rusgas, há de se concluir que o processo que respeita e prestigia os direitos fundamentais dos indivíduos pode ser considerado um "processo justo".

Exige-se, pois, que a comunidade jurídica esteja sempre acompanhando a evolução das relações socais para que o Direito, talvez ainda sem a celeridade desejada, amadureça a idealização politico-jurídica que se vive.

2. O PROCESSO COLETIVO E O DIREITO PENAL: FUNDAMENTOS PARA A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO

Hodiernamente tem ganhado cada vez mais relevância o chamado processo coletivo ou tutela processual coletiva.

Há de se convir que a sociedade passou por profundas transformações nas últimas décadas. Modificou-se, com agilidade jamais vista, a realidade socioeconômica, tendo o século passado acompanhado um incansável desenvolvimento das economias de massa.

O tradicional individualismo cedeu lugar à massificação.

Nesse cenário, o arcabouço jurídico não mais abarcava os anseios da sociedade, em especial, para a tutela das situações inéditas que a (nova) vida em sociedade apresentava.

Verificava-se um descompasso cada vez mais evidente.

A tradicional divisão entre público e privado não era mais suficiente para corresponder a gama de interesses que a sociedade moderna manifestava.

Foi exatamente diante dessa situação que se verificou que os mecanismos tradicionais de acesso à Justiça não eram bastantes o suficiente para assegurar a tutela de todos os níveis de interesse que se afloravam.

Mais do que a necessidade de uma alteração nos institutos de direito material e processual, exigia-se uma mudança de mentalidade.

Processualmente falando, reclamou-se uma profunda alteração nas estruturas do modo de se pensar o processo em sua essência mais pura: o instrumento da Jurisdição.

Sem qualquer dúvida, reconhecidamente pela doutrina nacional, os estudiosos que mais contribuíram na busca de uma *novel* visão do processo foram Mauro Cappelletti e Bryan Garth, principalmente, com a obra *O acesso à Justiça.*

Percebeu-se, de um lado, que a multiplicação de relações jurídicas idênticas, se resguardadas pelo clássico processo individual, naturalmente gerariam a reprodução de um número infindável de demandas judiciais baseadas nos mesmos fundamentos (causa de pedir) e, ineludivelmente, trariam graves consequências aos próprios jurisdicionados.

De outro lado, notou-se que nas relações jurídicas da sociedade de massa preponderava-se a existência de dois polos subjetivos totalmente distintos entre si, antagônicos, sendo que vigorava (sempre) a prevalência do mais forte (seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista social, cultural etc.). Surgia, pois, a necessidade de se tutelar os vulneráveis.

Diante de toda esta situação que paulatinamente ia se agravando, assim como da exigência do prodígio e diligente Texto Constitucional de 1988, foram sendo criadas, gradativamente, as legislações ou microssistemas de proteção às mais diversas categorias de vulneráveis: idosos; crianças e adolescentes; consumidores; deficientes; probidade administrativa etc.

Evidente que este movimento expansionista da tutela metaindividual não surgiu apenas em 05.10.1988, com a Constituição da República. Cuida-se de um longo processo evolutivo dos ordenamentos jurídicos dos países juridicamente mais desenvolvidos, sendo possível apontar como marco histórico o fim da Segunda Grande Guerra Mundial.

Com este movimento protecionista dos direitos supraindividuais, adveio a lume um emaranhado de leis que se preocuparam essencialmente com o direito material.

Ocorre, porém, que para a efetiva tutela desses interesses plurissubjetivos era fundamental uma releitura de alguns pilares sobre o qual se encontrava assentado o processo individual, dentre esses a legitimação para agir; a competência; os limites da coisa julgada; a forma de liquidação e execução das sentenças etc.

Foi, então, que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), inovadoramente, remodelando essas molas-mestras do processo, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o chamado "microssistema processual coletivo".

Fundamentalmente, esta inovadora legislação aliou-se à bem elaborada Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), constando inclusive remissões recíprocas entre elas, um diploma ao outro, com o nítido objetivo de instrumentalizar um microssistema. Fato este, inclusive, que leva alguns especialistas como os gabaritados Professores da Faculdade de Direito da USP, Ricardo de Barros Leonel e Carlos Alberto de Salles, a apontar uma "codificação informal do processo coletivo".

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, este foi um pequeno escorço do aparecimento no direito brasileiro do chamado processo coletivo.

A esta altura certamente já se lança a pergunta: "mais que raios" este tal de processo coletivo tem a ver com o direito penal ou mesmo com o processo penal?

Esta conexão mental é inevitável tendo em vista, em especial, a forma como este tema é mal tratado pela doutrina nacional.

Cuida-se de um tema deveras interessante.

É bem verdade que na jurisprudência a escassez do tema impressiona, mas muito em razão da falta de conhecimento sobre o tema pelos jurisdicionados (e infelizmente pelos próprios operadores do Direito), o que de certa forma ilide os pronunciamentos dos Tribunais.

O fato é que o Direito Penal tem muito a ver com o processo coletivo. Nesse ponto, aliás, instrumentaliza-se o que se convencionou chamar de "Teoria do Diálogo das Fontes Normativas".

É, o nome pode até assustar, mas nada mais significa do que afirmar que no tema em questão há conexão entre mais de uma disciplina jurídica, *in casu*, o Direito Penal, Direito Processual Penal, o Direito do Consumidor e o Direito Processual Civil.

Explica-se.

Os chamados direitos metaindividuais ou transindividuais são aqueles que extrapolam os limites da individualidade de uma pessoa. Em palavras mais simples, são aqueles direitos que não pertencem a apenas uma pessoa, são os direitos de uma coletividade.

São exatamente aqueles direitos responsáveis pelo rompimento da clássica divisão entre interesse público e privado, isto é, esses direitos metaindividuais não pertencem a uma única pessoa, mas a um grupo, a uma coletividade que podem ou não ser determinado (ou determináveis). Veja-se que não são públicos, pois não pertencem ao Estado e aos seus entes, mas também não podem ser identificados como privados, porque pertencem a toda uma comunidade ou a uma coletividade indeterminável.

Nessa orla, o Código de Defesa do Consumidor, pautando-se em especial no Direito Italiano, trouxe a baila uma classificação extremamente técnica desses direitos metaindividuais, incorporando-se à legislação (art. 81, parágrafo único, do CDC) conceitos nitidamente doutrinários. É por esses e outros motivos que reconhecidamente o Brasil dispõe de um dos mais avançados sistemas de tutela dos direitos metaindividuais.

Classificou-se, pois, esses direitos (ou interesses) em: *(i) difusos*, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; *(ii) coletivos*, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e os *(iii) individuais homogêneos*, assim entendidos, os decorrentes de origem comum.

A despeito da fundamental tripartição dos interesses metaindividuais, positivados pelo Código de Defesa do Consumidor, frise-se, ao menos para os fins aqui almejados, que tais direitos são aqueles que induzem à ideia de pertencer a uma coletividade de pessoas.

Por isso, em todas as legislações protetivas (ou na maioria delas) em que se almejou a tutela desses interesses, após as disposições fundamentais, o legislador acostumou-se a tipificar condutas e cominar penas. Evidente que reservando, sempre, ao Direito Penal, tendo em vista seu caráter fragmentário e subsidiário, aquelas condutas mais gravosas e que escapam à tutela dos demais ramos do Direito.

Em síntese, é possível inferir nessas legislações o Direito Penal atuando como *ultima ratio* na tutela dos direitos metaindividuais.

3. A CONCEPÇÃO DE BEM JURÍDICO OBJETO DE TUTELA DO DIREITO PENAL MODERNO

Sabe-se que a clássica função atribuída ao Direito Penal é a de tutelar, juridicamente, bens e interesses considerados essenciais para a vida em sociedade.

Muitas teorias a partir desse ponto fundamental foram desenvolvidas, em especial, no denominado sistema funcionalista, tendo por principais expoentes Günther Jakobs e Claus Roxin. Despiciendo, ao menos neste trabalho, desenvolver esses modelos teóricos, contudo, cumpre tecer apenas alguns traços conclusivos que tangenciam as ideias por eles permeadas, o que, de qualquer forma, desencadeia uma (necessária) concepção mais moderna do Direito Penal.

Com efeito, a forma de proteção com base em bens jurídicos é uma regra no Estado Democrático de Direito, no sentido de que a intervenção do Estado nos direitos e liberdades fundamentais é limitada e deve levar como "fio de prumo" o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, é de rigor que ao Direito Penal seja reservada importante tarefa. Como meio de controle social que é, cabe à legislação penal fornecer ao Estado os meios necessários à prevenção e à repressão das condutas ilícitas.

A efetiva proteção aos bens jurídicos ocorre quando se evita que o crime seja praticado.

A premissa é lógica, mas fundamental.

Note-se, de imediato, que o Direito Penal não é fim em si mesmo. Existe para que bens essenciais ao homem sejam protegidos.

Com efeito, o bem jurídico protagoniza papel central na teoria do tipo, de modo que sua identificação é imprescindível para a correta aplicação da lei penal.

Assim, cabe aos aplicadores do Direito ter sempre foco no sentido teleológico da lei para delinear seu verdadeiro alcance. Estabeleceu-se na doutrina nacional que o bem jurídico é o elemento fundamental do tipo, sendo, inclusive, a base de toda a estrutura típica e de sua interpretação.

Repise-se: o objeto jurídico de um crime é, pois, o bem ou o interesse por ele ameaçado ou ofendido. Bens jurídicos são aqueles valores espirituais da ordem social sobre os quais repousa a segurança, o bem-estar e a dignidade da existência da coletividade.

Como consectário do princípio da legalidade, previsto na Carta da República, (art. 5.º, XXXIX) e no Código Penal (art. 1.º), a tutela penal será legítima

se bens jurídicos, ou valores socialmente relevantes, estiverem embutidos na norma penal incriminadora.

Simplesmente, não há crime sem bem jurídico. Nesse universo, inclusive, enuncia a doutrina um princípio de Direito Penal, qual seja, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos ou princípio do fato. Há de se concluir, portanto, que este princípio reflete a verdadeira função do direito penal, que é a proteção exclusiva de bens jurídicos. O Direito Penal, destarte, deve tutelar bens jurídicos.

Quem define o que é bem jurídico é o legislador. Modernamente tem se concebido que o Direito Penal deve tutelar bens jurídicos constitucionais – valores compatíveis com a Constituição Federal. Este raciocínio simplório representa a ideia básica de adequação da lei penal à Constituição Federal. Relação de compatibilidade esta que deve ocorrer em todos os ramos do Direito.

Nesse peculiar, o que pode ser um bem jurídico? A resposta a esta indagação encontra respaldo na remansosa jurisprudência do STF: são apenas os valores protegidos pela Constituição Federal, de forma expressa ou não. Sendo protegidos pelo Texto Constitucional, há legitimação para a intervenção do Direito Penal. À guisa de curiosidade, pinça-se, nesse sentido, pronunciamento do eminente Ex-Ministro do STF Carlos Ayres Britto: "Em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significante a interesses e valores (os chamados 'bens jurídicos') por ela avaliados como dignos de proteção normativa".[2]

De mais a mais, a evolução da sociedade comporta uma realidade distinta daquela verificada há alguns anos. A massificação do consumo, o progresso da economia, as novas técnicas de mercado, o intenso acesso à comunicação aliado ao progresso tecnológico impuseram novos contornos ao Direito Penal. Em face disso, como já visto, inaugurou-se uma nova era com o surgimento de interesses jurídicos que deveriam ser especialmente tratados, como o meio ambiente, os direitos do consumidor, a saúde pública etc.

Nesse nicho, há de se notar que as pilastras do Direito Penal estavam, até então, estavam moldadas em uma dogmática penal tradicional, acostumada com interesses jurídicos tangíveis, como o patrimônio, a vida etc., normalmente ligados a um indivíduo.

Perceptivelmente a ofensa a tais bens jurídicos era de fácil inteligência e repressão pelo Estado.

---

2. STF, HC 107082/RS, 2.ª T., j. 27.03.2012, rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: [www.stf.jus.br].

Com o progresso da sociedade, entretanto, surgiram novos interesses jurídicos de difícil apreciação e determinação. São os ditos bens jurídicos difusos e coletivos. Cuida-se de interesses de uma coletividade de pessoas, ou pluralidade de titulares, cujo número é indeterminado atingindo as lesões à massa, também não identificável.

O Direito Penal moderno, quando analisa a questão do bem jurídico, diante dos novos riscos que apresenta a sociedade atual (denominada por alguns de "sociedade de risco"), busca tutelar o que se denomina bens jurídicos supraindividuais, isto é, os bens universais ou difusos. Busca-se, em realidade, a proteção de condições ou padrões de segurança que objetivam evitar perturbações sociais.

Na maioria das vezes, o interesse jurídico violado tem natureza difusa (é o caso do meio ambiente, nos denominados crimes ambientais), contudo, não se trata de algo fictício, ou mera referência abstrata realizada pelo legislador. É, pois, um bem palpável, eis que se encontra relacionado a todos os membros da coletividade e a cada um considerado individualmente.

Assim, quando ocorrer a lesão a este bem jurídico há interferência na vida de todos os membros da sociedade, ou de parte dela, antes de haver dano ou perigo de lesão individual.

Noutro linguajar, pode-se afirmar que as infrações contra bens jurídicos transindividuais caracterizam-se por fatos que encerram uma possibilidade de expansão do perigo, capazes, desta forma, de atingir um número indeterminado de pessoas. São crimes com vítima difusa. Costuma-se, inclusive, dizer que a lesão a bens jurídicos metaindividuais gera o fenômeno de "vitimização difusa".

Questão interessante é que ao tutelar esses bens jurídicos metaindividuais, o Direito Penal, cumprindo a função para qual foi criado, acaba por construir uma objetividade jurídica indireta ou reflexa, insertos dentro do alcance do próprio tipo penal incriminador.

Para que se consolide esta ideia urge suscitar um simples exemplo. Imagine-se um crime ambiental: art. 39 da Lei 9.605/1998. É criminosa a conduta perpetrada por quem "cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente".

Nitidamente tem-se nesse crime a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em especial no que concerne a proteção da flora. Percebe-se, porém, que, simultaneamente, a lei acabou por tutelar o direito à vida, à saúde individual, à juventude, à saúde pública, o equilíbrio ambiental para gerações futuras etc. São, pois, esses bens e interesses que compõem a objetividade jurídica secundária ou mediata do crime.

Pode-se, portanto, assegurar que ao proteger o interesse coletivo (em sentido amplo), reflexamente estão sendo tutelados os interesses individuais.

Nessa esteira, é extremamente valiosa a lição de Claus Roxin sobre o sistema jurídico-penal "O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica".[3]

Confere-se, pois, à teoria do delito um cunho teleológico capaz de concretizar no âmbito do Direito Penal a variedade da vida. Permite-se, nessa nova realidade, o surgimento de verdadeiros macrocrimes. São aqueles delitos capazes de lesar uma coletividade através da prática de uma conduta ilícita pelo macro-ofensor.

4. A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COMO IMPORTANTE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

A sentença penal condenatória transitada em julgado é arrolada pelo Código de Processo Civil como título executivo judicial em seu art. 475-N, II.

Relevante notar que não basta ser sentença penal condenatória. Há, pois, de estar passada em julgado.

Impossível, nesse tema, extrair conclusão mais clara do que a proposta pelo processualista italiano e que ainda hoje influencia o Direito Processual brasileiro, Enrico Tullio Liebman: "(...) isso quer dizer que a sentença vale para todos como formulação da vontade concreta do Estado para o caso decidido. Este efeito para as partes se torna imutável quando se forma a autoridade da coisa julgada, ao passo que para o terceiros se produz com intensidade menor, porque pode ser em cada caso repelido pela demonstração de que vontade do Estado é, em realidade, diversa da declarada".[4]

Na seara do Direito Penal, a premissa fundamental da qual se deve partir é que um dos efeitos da condenação previstos no Código Penal (art. 91, I) é exatamente o de tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo delito. Como sabido, este efeito secundário da condenação independe de declaração explícita na sentença penal, decorrendo da própria lei (*ope legis*), como verdadeiro efeito anexo à sentença.

---

3. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82.

4. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 121.

Deve-se atentar, porém, para algumas possíveis vicissitudes deste título executivo judicial, a saber:

(i) Somente há que se falar em título executivo judicial se a sentença penal estiver transitada em julgado, não constituindo título exequível se pendente recurso, ainda que sem efeito suspensivo, contra a condenação criminal.

(ii) Não gera o dever de indenizar a decisão de pronúncia, nem os provimentos concedidos em medidas de urgência no processo penal.

(iii) Sentença que aplica medida de segurança apesar de alcunhada como "sentença absolutória imprópria", há em seu conteúdo o reconhecimento de fato típico e ilícito, além da indicação da autoria do crime. Presentes, pois, os requisitos fundamentais para caracterizar o direito à indenização, consoante art. 935 do CC.

(iv) Eventual reconhecimento de causa extintiva da punibilidade após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não tem o condão de furtar a exequibilidade do título judicial formado. A extinção da punibilidade após o trânsito em julgado não exclui o efeito secundário da condenação criminal de obrigar o sujeito à reparação do dano.

(v) Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória não se admite, no Juízo cível, qualquer reapreciação da responsabilidade pelo ato ilícito, limitando-se a cognição do magistrado a aspectos da própria execução ou ao valor do dano a ser ressarcido.

(vi) Apesar de não competir ao juiz cível desconstituir o título executivo formado na esfera criminal é cediço que no processo penal há a chamada revisão criminal. Nesse ambiente, precisa é a ponderação de Luiz Guilherme Marinoni "Por outro lado, sendo julgada procedente revisão criminal, desaparece o título executivo. Assim, se a execução está em curso, deverá ser extinta. Se já foi concluída, resta ao executado que já pagou o valor exigido recobrar o montante por ação de repetição de indébito, onde se admitirá ao primitivo credor demonstrar a existência dos pressupostos que ensejam a responsabilidade civil para manter as consequências da execução havida".[5]

Portanto, a partir do momento em que a questão penal está sedimentada, tendo sido acolhido o pleito da acusação, ou seja, existe uma sentença condenatória com trânsito em julgado, torna-se certo o dever do condenado de indenizar o dano causado pela infração penal.

---

5. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil.* São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 3 – Execução, p. 415.

Evidentemente as searas cível e criminal são, de regra, independentes entre si de tal modo que é perfeitamente possível a vítima ingressar com uma ação civil, independentemente da respectiva ação penal, até porque uma infração penal é, antes de tudo, um ato ilícito para o Direito Civil, especialmente se se considerar o princípio da intervenção mínima que norteia o Direito Penal.

Faz-se necessário, por oportuno, colocar em evidência o art. 200 do CC que, muitas vezes, passa ao desamparo de considerações pelos criminalistas. Diz o dispositivo que: "Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá prescrição antes da respectiva sentença definitiva".

O dispositivo, que parece estar em estado vegetativo para a doutrina pátria, foi recentemente avaliado pelo STJ.

Note-se, *prima facie*, que o alcance da norma considera relativa a interdependência que há entre os juízos cível e criminal, de modo que se o ato ilícito tiver natureza criminal, a prescrição cível (isto é, a prescrição para propositura da *actio civilis ex delicto*) não correrá enquanto não houver sentença penal definitiva, ou seja, passada em julgado.

Apreciando um caso peculiar o *STJ*, em face de uma necessária interpretação teleológica do dispositivo entendeu pela "Inaplicabilidade da regra do art. 200 do CC/2002 ao caso, em face da inocorrência de relação de prejudicialidade entre as esferas cível e criminal, pois não instaurado inquérito policial ou iniciada ação penal".[6]

Em síntese, determinou-se que a regra do art. 200 do CC sobre a prescrição para a propositura da ação civil de reparação dos danos causados pela infração penal somente se aplica se no caso houver instauração, na seara criminal, de inquérito policial ou tenha se iniciado a ação penal.

O aludido entendimento pretoriano convida a uma reflexão ao menos curiosa, pois, a rigor, a paralisação ou não do prazo prescricional dependeria de providências do próprio Estado (instauração de inquérito policial ou ajuizamento de ação penal), e não da vítima.

De todo o modo, a regra da Legislação Substantiva Civil é válida para que se possa assumir a estreita ligação entre a sentença penal condenatória e a responsabilidade civil.

Aliás, ainda como consequência do neoconstitucionalismo (outrora investigado), o dano, pressuposto da responsabilização civil, para ser indenizável

6. STJ, REsp 1180237/MT, 3.ª T., j. 19.06.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

deve ser "injusto" e este, com certa frequência, visita as fronteiras do Direito Penal. Em palavras mais singelas: atualmente, em boa parte das vezes em que há um dano indenizável na esfera cível, há a subsunção da conduta ilícita em uma norma penal incriminadora.

Nessa esteira, a sistemática da reparação civil *ex delicto* reclamava uma atenção maior do legislador.

Resolveu-se à brasileira. Vieram alterações pontuais na legislação.

As premissas eram conhecidas: apesar da tradicional possibilidade de se ingressar de imediato com a ação civil *ex delicto*, é legítimo e recomendável que a vítima aguarde a sentença penal condenatória.

Com efeito, no que tange à execução do valor propriamente dito, era necessário que a vítima aguardasse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, após, promovesse a execução deste título executivo judicial no Juízo cível.

É de se notar, nessa linha, que na sentença penal havia o reconhecimento da dívida (*an debeatur*), mas não havia a fixação do valor a ser pago a título de indenização (*quantum debetur*), que necessitava ser apurado em fase de liquidação de sentença, previamente à efetiva execução.

Notadamente esse procedimento era por demais moroso e desgastante de tal maneira que se passavam anos da ocorrência do fato criminoso até o momento em que a vítima efetivamente recebia a indenização (quando isso raramente ocorria). Situação esta reconhecida jurídica e socialmente como insatisfatória e pouco efetiva.

Era necessário, nesse peculiar, a mudança da legislação que em muitas situações acabava por inviabilizar a reparação cível pelos danos causados à vítima. Foi o que ocorreu em 2008.

A partir de então, nos termos do art. 387, IV, do CPP o juiz ao proferir sentença condenatória fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Com a fixação desse valor mínimo de indenização, assim que transitada em julgada a sentença penal condenatória, a execução na esfera cível poderá ser efetuada pelo valor mínimo fixado pelo juiz criminal, sem prejuízo de eventual liquidação complementar para apuração dos danos efetivamente sofridos (art. 63, parágrafo único, do CPP).

Nesses moldes, são preciosas as seguintes linhas traçadas pelo Prof. Damásio de Jesus: "Antes do advento da Lei 11.719/2008, a sentença penal condenatória produzia um título executivo judicial ilíquido. A sentença penal condenatória funcionava como sentença meramente declaratória no tocante à indenização civil, pois nela não havia mandamento expresso de o réu reparar

o dano resultante do crime. (...) Com as alterações produzidas no CPP, a sentença penal condenatória, quando fixado judicialmente em seu âmbito o valor mínimo da indenização devida, constituirá título executivo judicial líquido. Não se excluirá, contudo, a possibilidade de liquidação para apurar o montante efetivo do dano sofrido. Segundo cremos, tal liquidação não pode resultar numa depreciação, mas somente na manutenção ou no incremento do valor fixado a título de indenização devida ao ofendido".[7]

Portanto, na própria sentença condenatória, o magistrado irá fixar um valor mínimo a título de reparação pelos danos causados pelo delito.

Quadra anotar que, nesse caso, o valor fixado na sentença penal refere-se somente ao dano material sofrido pelo crime. Logicamente, não se refere a outras espécies de dano (como moral, estético etc.), sob pena de se transformar o juízo criminal em juízo cível. Não foi esta a intenção do legislador. Absolutamente.

Dessa forma, caso a vítima entenda que o valor fixado na sentença penal condenatória seja insuficiente para seu satisfatório ressarcimento, não há qualquer impedimento para que se apure em sede de liquidação de sentença, na esfera cível, a complementação desse valor inicialmente fixado.

O grande benefício trazido pela legislação à vítima, seu representante legal ou a seus herdeiros, é que a partir do momento em que já se tem um valor mínimo fixado a título de reparação, dispensa-se a etapa de liquidação, admitindo-se diretamente que se proceda à execução por quantia certa, sem prejuízo de se liquidar, paralelamente, eventuais valores complementares. A intenção, sem dúvida, foi a de facilitar a vida da vítima.

Trata-se de boa novidade incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Sem maiores digressões, cumpre analisar profundamente as questões peculiares referentes à sentença penal condenatória e os interesses metaindividuais.

A sentença condenatória, como exaustivamente analisado, é título executivo judicial passível de execução no juízo cível, em decorrência da previsão do art. 91, I, do CP, segundo o qual é efeito imediato da condenação criminal tornar certa a obrigação de reparar os danos causados pela infração penal.

Ocorre que, nos casos em que, o crime que gerou a condenação criminal, possuir bem jurídico transindividual, é perfeitamente possível que as vítimas façam uso da condenação criminal para obter a devida reparação civil, bastando que liquidem o valor do seu dano e promovam a respectiva execução.

---

7. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1, p. 685.

Notadamente trata-se de previsão inovadora, mas digna de aplausos, pois revela a tentativa de tornar, ainda mais efetiva, a tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais.

Ora, se nas ações penais em que o sujeito passivo do delito é uma pessoa individualmente considerada e determinada, a *actio* pertinente é a tradicional ação civil *ex delicto* ou a execução individual da sentença penal condenatória (título executivo judicial), manejadas pelo ofendido ou seu sucessor, solução bastante producente se dá quando a vítima do crime for também a coletividade, espraiando-se os danos sobre diversos ofendidos pela conduta delituosa. Assim, nesses casos, a coisa julgada penal em desfavor do macro-ofensor, beneficiará todas as vítimas e seus sucessores, que deverão proceder à liquidação e à execução, do mesmo modo como costumeiramente se faz na execução das ações coletivas de defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (como as ações civis públicas movidas pelo Ministério Público na tutela desses interesses).

5. A SISTEMÁTICA DO TRANSPORTE IN UTILIBUS DO JULGADO FAVORÁVEL E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

O microssistema processual coletivo, conforme mencionado alhures, inovou satisfatoriamente a ordem jurídica nacional especificamente no que concerne à coisa julgada nas demandas que envolvam interesses metaindividuais.

Estabeleceu-se no art. 103 do CDC profunda alteração principiológica na clássica sistemática sobre a coisa julgada, inspirando-se notadamente no tão almejado princípio da econômica processual, nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, assim como na ampliação *ope legis* do objeto do processo que autoriza expressamente o transporte *in utilibus* do julgado favorável.

Não é pertinente, aos menos nesse trabalho, explorar as variações e repercussões dos efeitos da coisa julgada na demanda coletiva, tema afeto substancialmente ao Direito Processual Coletivo.

É fundamental, porém, trilhar a *ratio legis* que motivou o legislador. Isto é, cumpre radiografar a espinha dorsal do sistema positivado no Código de Defesa do Consumidor.

Como se sabe, tendo em vista a natureza multissubjetiva dos interesses metaindividuais, seria inviável que diante da ocorrência de uma lesão a esses direitos todos aqueles que se sentirem ofendidos recorressem ao Judiciário. Inviabilizar-se-ia, pois, a atividade jurisdicional.

Foi por esses e por outros motivos que o legislador certeiramente elegeu legitimados específicos que poderiam em nome próprio tutelar os direitos dessa coletividade de pessoas. Conferiu-se, pois, legitimação a órgãos e entidades

específicas que pudessem tutelar de forma equânime os interesses metaindividuais. Atualmente essa tarefa é incumbência, principalmente, do Ministério Público, da Defensoria Pública e das associações de classe.

Esses legitimados especiais tem a missão de buscar em Juízo a reparação do dano sofrido (ou ameaça de lesão, se o caso) para os interesses multissubjetivos. É evidente, porém, que diante de um provimento judicial favorável (reconhecido o direito à reparação) os titulares (do direito violado) têm o legítimo interesse de satisfazê-los. Entra-se, pois, na esfera da fase de execução das ações coletivas. Eis o ponto crucial. É aqui que aflora a sistemática do transporte *in utilibus* do julgado favorável.

Aliás, nesse aspecto, o Código de Defesa do Consumidor foi tão prodígio, que em seu art. 103, § 4.°, estendeu esta *novel* sistemática das ações coletivas de índole civil (ação civil pública, ação popular, ações coletivas *stricto sensu*) paras as ações penais, notadamente, diante da sentença penal condenatória.

Nesse peculiar, acentua-se o diálogo das fontes, pois a sistemática histórica do direito criminal, segundo o qual o a condenação criminal transitada em julgado torna certa a obrigação de reparar o dano causado pela infração penal (art. 91, I, do CP) foi transplantada para a seara cível nas ações coletivas, em que há nítida extensão subjetiva e objetiva dos efeitos do julgado.

Em palavras mais simples, assim como no pedido de condenação de uma ação penal, o dever de indenizar cada uma das pessoas lesadas pela conduta contrária ao Direito passa integrar, *ope legis*, o pedido da ação (civil) coletiva.

Atente-se, nessa ótica, à magnífica explicação de Ada Pellegrini Grinover ao comentar o Código de Defesa do Consumidor junto com os demais autores do Anteprojeto deste diploma legal: "Pelas regras clássicas sobre a coisa julgada, não haveria como transportar, sem norma expressa, o julgado da ação civil pública às demandas individuais: não por se tratar de ações diversas, pelo seu objeto, como também porque a ampliação do objeto do processo só pode ser feita por lei. Todavia, por economia processual, o Código prevê o aproveitamento da coisa julgada favorável oriunda da ação civil pública, possibilitando às vítimas e seus sucessores serem por ela beneficiados, sem necessidade de nova sentença condenatória, mas passando-se incontinenti à liquidação e execução da sentença, nos termos do disposto nos arts. 97 a 100 do CDC. Ocorre aqui, além da extensão subjetiva do julgado, a ampliação do objeto do processo, *ope legis*, passando o dever de indenizar a integrar o pedido, exatamente, como ocorre na reparação do dano ex delicto, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal".[8]

8. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 934-935.

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, utiliza-se da mesma técnica seja para sentença proferida em ações coletivas, seja para as sentenças penais condenatórias proferidas em ações criminais cujo delito apurado tem por objetividade jurídica um direito ou interesse metaindividual.

Esta similitude de tratamento é facilmente depreendida da própria redação do Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 103, § 4.º (previsão para a sentença penal condenatória), prevê expressamente a incidência da mesma técnica utilizada pelo § 3.º, do mesmo dispositivo (que se refere às ações coletivas de índole civil). Repare a precisão do texto legal: "§ 4.º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória".

Nesse campo, esclareça-se que a proposta de ampliação, *ope legis*, do objeto do processo em uma ação penal (condenatória), autoriza o transporte *in utilibus* da coisa julgada penal para as ações individuais indenizatórias por danos pessoalmente sofridos pelas vítimas.

Na realidade, em última análise, o que o Código de Defesa do Consumidor propôs foi a simples aplicação aos interesses difusos e coletivos do critério classicamente adotado pelo art. 63 do CPP no que se refere aos efeitos civis da sentença penal condenatória. Insista-se que a premissa fundamental é que se esteja diante de crimes cuja objetividade jurídica é um interesse metaindividual, ou seja, crimes praticados contra a coletividade em geral ou determinada comunidade. São, pois, delitos que necessariamente assumem feição coletiva e ostentam a irrestrita capacidade de lesar.

Nesse aspecto, pode-se afirmar com toda a certeza em uma linguagem puramente afeta ao processo penal que ao se aplicar a sistemática do transporte *in utilibus* à coisa julgada penal há inafastável ampliação do conceito de *ofendido pelo crime*. É esta a técnica processual adequada de tratar a condenação criminal por um crime de lesa-coletividade especificamente no que tange a indenização *ex delicto*.

Dito de outro modo, esta inovadora sistemática afasta-se daquela tradicional visão individualista, segundo a qual a parte legítima para a execução cível dos danos causados pela infração penal seria tão somente aquela vítima timbrada no processo penal.

Pela sistemática do transporte *in utilibus* da coisa julgada penal, todo aquele que se sentir lesado por uma infração penal, ainda que não tenha participado do processo criminal, poderá, sim, pedir no juízo cível a reparação dos danos causados pelo macrocriminoso condenado em sentença penal com trânsito em julgado.

Entrementes, não é dado ao magistrado cível, nesses casos, o poder de recusar eventual liquidação e execução dos danos com base em suposta descoin-

cidência entre os personagens dos processos em confronto. Há, pois, manifesta ruptura da visão tradicional da reparação civil *ex delicto* com a consequente (e necessária) expansão subjetiva dos efeitos da coisa julgada penal.

É evidente que se espera do magistrado o mínimo de diligência em verificar se os efeitos de determinada sentença penal condenatória recai ou não sobre aquele que pleiteia a execução cível dos danos gerados pela infração penal. Para tanto, exige-se que o interessado demonstre satisfatoriamente que sofreu danos pessoais em razão do delito.

Tome-se o seguinte exemplo: uma grande rede de supermercados é condenada por crime contra as relações de consumo. Imagine-se que a conduta perpetrada por este macro-ofensor encontre-se tipificada no art. 71 do CDC, qual seja: "Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer".

Nesse caso, após a condenação criminal, todo aquele que, de alguma forma, se sentir prejudicado pelo delito (vítima mediata), será parte legitima ativa para promover a liquidação dos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais sofridos, seja pelo constrangimento físico ou moral decorrente da infração penal praticada.

A sistemática incorporada pelo Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro é formidável.

Repare que a vítima, nessa situação, não precisa sequer mover ação indenizatória pelo rito ordinário, arcar com as custas e o ônus de um processo moroso, fazer provas, etc. Basta que, a partir da sentença penal condenatória transitada em julgado, peticione ao juízo cível para a liquidação do valor da indenização, necessitando apenas demonstrar de forma simplificada (mas satisfatória) que sofreu os danos decorrentes da infração penal.

É esta a proposição do § 4.º do art. 103 do CDC. Exatamente este fenômeno processual que foi intitulado pela doutrina de transporte *in utilibus* da coisa julgada penal coletiva para a esfera individual.

Ressalve-se, outrossim, a possibilidade do próprio Ministério Público, da Defensoria Pública e demais legitimados ingressar com a competente liquidação e execução coletiva *ex delicto* para a composição dos danos sofridos, em especial naqueles macro-crimes que atingem uma gama mais do que indeterminada de pessoas. Nessas situações específicas, reverter-se-á o produto da execução a um fundo destinado à reconstituição dos bens jurídicos lesados.

Não se pode deixar de mencionar que apenas a coisa julgada favorável à vítima é passível de ser transportada *in utilibus*. Nesse prisma, de carona com o

panprincipiologismo apontado como braço direito do neoconstitucionalismo, fala-se no princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva. A ideia, portanto, é de que todos que estejam na mesma situação jurídica sejam beneficiados, mas nunca prejudicados. Se a decisão da "sentença coletiva" for prejudicial, cada um dos legitimados pode manejar ação autônoma buscando o seu direito de forma específica.

Pode parecer óbvio num primeiro momento especialmente no que se refere à sentença penal condenatória, mas há um importante desdobramento: sendo o agente absolvido na esfera penal, não será, *ope legis*, beneficiado na esfera cível, isto é, as vítimas poderão, certamente, mover ações individuais de reparação de danos buscando-se suas respectivas indenizações. É evidente que se deve respeitar as exceções pontuais previstas no Código de Processo Penal, em que a sentença penal fará coisa julgada também na esfera cível. Nesses casos, a coisa julgada desfavorável (à suposta vítima) surtirá o voraz efeito de impedir a ação civil *ex delicto*.

Nesse viés, aliás, há certo distanciamento entre o processo coletivo e o processo penal, na medida em que nas ações coletivas de índole civil, caso sejam julgadas improcedentes por insuficiência de provas, não tendo a vítima optado por participar do processo coletivo (através da sistemática *opt in*, adotada pelo ordenamento brasileiro) poderá intentar outra ação com idêntico fundamento. Situação, portanto, que não há coisa julgada desfavorável, até porque, como visto, a ideia fundamental é sempre a máxima efetividade da tutela coletiva, lastreando-se na proteção dos vulneráveis.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto, na sempre bem vinda linha cronológica, verifica-se que a legislação antepassada tornou-se defasada; a evolução das relações sociais reclamaram mudanças no ordenamento jurídico; e elas vieram.

Vieram de forma tal que não há como negar o grande avanço jurídico introduzido pela sistemática do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva na sentença penal condenatória, conforme a previsão do art. 103, § 4.º, do CDC.

Eis a teoria.

Agora resta, no mundo dos fatos, aguardar os devaneios da prática.

A intenção aqui – espera-se que atingida – foi a de "dar corda ao brinquedo", ao menos para incentivá-lo a andar. Seja como for, nas sempre atuais palavras do Imperador Romano Júlio César: "*alea jacta est!*".

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A democratização da Justiça (A Lei 9.099/95 – Perspectiva da Justiça no Terceiro Milênio). *Revista dos Tribunais*. vol. 748. p. 68. São Paulo: Ed. RT, fev. 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 1 e 2.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 3 – Execução.

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A reparação do dano "ex delicto" no Brasil – Uma questão de vinculação de normas, de Maria das Graças P. Prado – *RT* 681/299; e
- Os limites da coisa julgada na execução penal, de Élcio Pinheiro de Castro – *RT* 820/474.

- Coisa julgada e execução penal, de Jaques de Camargo Penteado, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*, organizada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 6, p. 555; e
- Eficácia e autoridade da sentença penal, de Ada Pellegrini Grinover, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*, organizada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 5, p. 25.

DELAÇÃO PREMIADA E IDONEIDADE PROBATÓRIA

3

Plea bargaining and suitability of evidence

TIAGO CINTRA ESSADO

Doutorando em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do Instituto ASF de Estudos avançados de Processo Penal. Promotor de Justiça em São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O estudo analisa a delação premiada e seus reflexos processuais, buscando aferir as possibilidades, dentro do sistema jurídico, de se admitir ou não tal instituto. A colaboração processual foi tratada como gênero, enquanto que as demais formas de cooperação do imputado, dentre elas a delação premiada, como espécies. A natureza jurídica da delação premiada foi analisada sob a perspectiva de se situá-la como fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova. Após a conclusão de que a delação premiada encontra guarida no direito, passa-se à reflexão sobre os aspectos atinentes à idoneidade probatória, culminando com reflexões sobre o assunto no tocante ao tratamento dispensado nos PLS 156/2009 (Reforma do Código de Processo Penal) e PL 6.578/2009.

PALAVRAS-CHAVE: Delação premiada - Colaboração processual - Idoneidade probatória.

ABSTRACT: This study analyzes plea bargaining and its consequences. It also evaluates the possibility of accepting or not such an agreement within the legal system. Procedural collaboration was treated as a genre and the other forms of cooperation, provided by the accused, including the plea bargaining agreement, treated as species. The legal nature of the plea bargaining was analyzed from the perspective of placing it as a source of evidence, means of evidence or means of obtaining evidence. After concluding that the plea bargaining is in compliance with the law, we reflect on aspects related to the suitability of the evidence. Finally, still considering this matter, we analyze how bills PLS 156/2009 (Criminal Procedure Code Reform) and PL 6.578/2009 address this matter.

KEYWORDS: Plea bargaining - Procedural collaboration - Suitability of evidence.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Delação premiada: 2.1 Distinções terminológicas; 2.2 Conceito; 2.3 Natureza jurídica: fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova?; 2.4 A delação premiada encontra conformidade no direito? – 3. Idoneidade probatória: 3.1 Legalidade probatória: procedimentos típicos e atípicos: 3.1.1 Delação e a fase pré-processual; 3.1.2 Delação e a fase processual – 4. Tratamento dado no PLS 156/2009 (reforma do Código de Processo Penal) – 5. Tratamento dado no PL 6.578/2009 e PLS 150/2006 – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A discussão envolvendo a delação premiada e seus aspectos processuais ainda se faz necessária diante da ausência de parâmetros típicos ao referido instituto.[1] O primeiro ponto de análise está em se aferir se juridicamente o instituto é aceitável, já que boa parte dos estudos sobre o tema envereda para questões éticas e morais, o que se afigura não ser o modo mais razoável para tratar do assunto sob a ótica do direito. Quais são os limites e alcances jurídicos das palavras do imputado, dentro da perspectiva do direito ao silêncio e direito à fala? Esta premissa é importante para um bom encaminhamento da discussão.

Buscou-se identificar as expressões utilizadas pelo legislador, assim como pela doutrina e jurisprudência como modo de se referir à colaboração processual. Toda tentativa de sistematização deve estar calcada em critérios, o que contribui para o adequado uso de terminologias jurídicas, sempre no intuito de se primar pela clareza de raciocínio e entendimento.

Após a definição de conceitos, cuidou-se de verificar, sob o ponto de vista processual, a natureza jurídica da delação premiada, como fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova.

Na segunda parte do trabalho, foram analisados os aspectos referentes à idoneidade probatória, percorrendo desde a fase pré-processual até a fase pro-

1. A relevância do estudo também é notada por Frederico Valdez Pereira: "Sob a perspectiva processual, que é o objeto do estudo, o pecado não é de harmonia, mas de vacuidade. O legislador brasileiro não se preocupou em estabelecer nenhum regramento de ordem processual para a cooperação premiada, o que cria dificuldades e incertezas, principalmente na solução de questões de práxis como o procedimento a ser utilizado e a valoração dos elementos de provas trazidos aos autos pelo colaborador. Essas inseguranças afluem para Ministério Público e magistrado; ressaltam-se para o agente que pretende a colaboração, pois não tem previsão sobre o procedimento que será adotado para a tomada de suas declarações e extensão de benefícios; e sobrelevam-se para o corréu chamado à responsabilidade, pela falta de certeza sobre o tratamento valorativo que será conferido àqueles elementos revelados pelo colaborador". Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *RT* 879/476.

cessual. A ausência de procedimento típico aguça, evidentemente, a controvérsia no tratamento dispensado ao tema, tanto pela doutrina, como pela prática forense. O desafio, pois, consiste em buscar dentro do sistema processual penal o procedimento que mais se aproxime do instituto e que assegure ao imputado direitos e garantias essenciais a permitir o justo processo.

Dois projetos de lei foram analisados. O PLS 156/2009, que cuida da reforma do Código de Processo Penal, e o PL 6.578/2009, derivado do PLS 150/2006, que trata especificamente sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção de prova, o procedimento criminal, além de outras providências. Assim, além de se verificar as discussões atuais à vista da ausência de procedimento típico, buscou-se aferir qual a tendência legislativa nacional para aperfeiçoamento do sistema.

2. DELAÇÃO PREMIADA

2.1 Distinções terminológicas

Muito embora o tema central deste trabalho vincule-se especificamente à delação premiada, afigura-se imprescindível situá-lo dentro do que se vem convencionando denominar colaboração processual,[2] que se entende por "todas as formas de postura cooperativa do imputado, com a autoridade policial, judiciária, ou com o Ministério Público, que auxiliem na obtenção de provas na persecução penal".[3]

Nessa linha, cumpre estabelecer algumas distinções terminológicas em relação à colaboração processual. Por vezes, utiliza-se com o mesmo propósito as expressões colaboração processual, delação premiada, delação e chamamento de corréu, quando, a bem da verdade, torna-se possível o estabelecimento de critérios mínimos aptos a conceituar e, portanto, diferenciar, cada um dos termos referidos, buscando maior rigor científico no uso da linguagem jurídica.

Em síntese, para fins de uma classificação doutrinária, compreende-se a colaboração processual como gênero, permanecendo as demais formas de cooperação do imputado como espécies, tais como confissão, chamamento de corréu,

2. Eduardo Araujo da Silva esclarece sobre o uso desta expressão: "A adoção da expressão *colaboração processual* segue tendência internacional no tratamento do tema. Embora do ponto de vista prático seja possível tanto a *colaboração pré-processual do investigado*, como a *colaboração processual do acusado*, a doutrina estrangeira tem optado pela adoção da expressão *lato sensu*." Cf. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 77.

3. LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2008, p. 49.

delação, delação premiada e a colaboração processual *stricto sensu*, esta compreendida como qualquer forma de cooperação que resulte em benefício de natureza processual.[4]

Sob o ponto de vista da terminologia legal, vale dizer, aquela utilizada pelo legislador ao referir-se à atividade colaborativa do imputado, cumpre destacar as expressões usuais: denúncia,[5] colaboração espontânea,[6] confissão espontânea,[7] colaboração efetiva e voluntária,[8] revelação espontânea[9] e revelação eficaz.[10] E,

4. Idem, ibidem.

5. Cf. Lei 8.072/1990: "art. 8.º (...) Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços".
Também cumpre registrar o disposto no § 4.º do art. 159 do CP: "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)".

6. Cf. Lei 9.034/1995: "art. 6.º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".
Também fazendo o uso da mesma expressão, destaca-se o art. 1.º, § 5.º, da Lei 9.613/1998: "§ 5.º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime"(Redação dada pela Lei 12.683/2012).

7. Cf. Lei 8.037/1990: "art. 16 (...) Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços" (Parágrafo incluído pela Lei 9.080, de 19.07.1995).

8. Cf. Lei 9.807/1999: "Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado (...)".
"Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços."
A Lei 11.343/2006 assim dispõe: "Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços".

9. Revelação espontânea e revelação eficaz foram termos usados na revogada Lei 10.409/2002, §§ 2.º e 3.º do art. 32.

neste aspecto, merece ser destacada a ausência de critérios lógicos e sistemáticos para referência a um mesmo instituto quando dos trabalhos legislativos no que diz respeito à redação normativa, o que pode dar ensejo à insegurança jurídica.[11]

2.2 Conceito

Cumpre conceituar as seguintes espécies de colaboração processual: chamamento de corréu, delação, delação premiada e a colaboração processual *stricto sensu*. É de se registrar, por oportuno, que a confissão também se amolda à espécie colaboração processual, porém não será objeto de análise neste estudo.

Por chamamento de corréu, partindo-se de uma interpretação literal, considera-se a atividade colaborativa do imputado ocorrida apenas na fase judicial e sem necessariamente implicar o reconhecimento da própria culpabilidade.[12] Já a delação, por sua vez, pode ocorrer tanto na fase pré-processual, quanto em juízo e requer, para boa parte da doutrina, a prévia confissão.[13]

Afirma Mariana de Souza Lima Lauand que somente no direito brasileiro se faz uso da expressão delação premiada, enquanto que nos demais ordenamentos refere-se ao instituto por colaboração processual, colaboração premiada ou colaboração com a Justiça.[14] A ideia principal da delação premiada é, de fato, a de premiar o delator que, de alguma forma, colabore com autoridade policial ou judiciária, permitindo, eficazmente, evidenciar fatos que venham a contribuir com a apuração da materialidade delitiva e sua autoria.[15] No entanto, merece ser pontuado que, conforme se observou, o legislador nacional em nenhum mo-

10. Cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Delação premiada. *Revista Del Rey Jurídica*, ano 8, n. 16, p. 69 apud LAUAND, Mariana de Souza Lima. Op. cit., p. 61.
11. Luiz Rascovski afirma que "a introdução assistemática da delação premiada na legislação brasileira causa uma série de desconfortos, pois muitas vezes há, até mesmo, certa incompatibilidade entre as leis, que preveem regras diversas para o mesmo instituto. Além desta ausência de unidade, o problema legislativo concernente à delação diz respeito à falta de normas precisas e detalhadas sobre a utilização do instituto, o que traz críticas por parte dos doutrinadores e insegurança aos aplicadores e supostos beneficiários da delação". Cf. A (in)eficiência da delação premiada. In: FERNANDES, Antonio Scarance et al. *Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011. p. 167.
12. Cf. LAUAND, Mariana de Souza Lima. Op. cit., p. 59.
13. Idem, p. 57.
14. Idem, p. 61.
15. Cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Delação premiada* apud LAUAND, Mariana de Souza Lima. Op. cit., p. 61.

mento fez uso da expressão delação premiada, sendo tal denominação fruto de construção doutrinária e jurisprudencial. Por oportuno, há que se registrar a existência de texto projetado, em trâmite no Congresso Nacional, que se utiliza da terminologia *colaboração premiada*, objeto de comentário mais adiante.[16]

A colaboração processual *stricto sensu*, por sua vez, seria a contribuição do imputado com a investigação de infrações penais em troca de benefícios de natureza estritamente processual, tais como o *non-prosecution agreements* e o *plea bargain*, típicos do ordenamento norte-americano.[17]

2.3 Natureza jurídica: fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova?

Questão bastante tormentosa diz respeito à natureza jurídica da delação premiada, conforme o direito processual. Cuida-se de fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova?

Fonte de prova relaciona-se ao fato *probandum*, constituindo-se em tudo o que for útil para o esclarecimento quanto à própria existência do fato.[18] Trata-se, pois, de conceito que independe do processo. Também se define fonte de prova como "as pessoas ou coisas a partir das quais se pode obter os elementos de prova".[19] Percebe-se que a fonte confunde-se com aspectos da realidade que permitam elucidar os fatos.

O conhecimento das fontes de prova pode ensejar a introdução de elementos probatórios no processo, o que se realiza pelos meios de prova. As fontes de prova destinam-se às partes, sendo elas que possuem o ônus de identificá-las e introduzi-las no processo.[20] Contudo, nessa linha de raciocínio, é de se concluir que o imputado também pode constituir-se fonte de prova, na medida em que pode deter conhecimentos sobre a realidade dos fatos, objeto da imputação.[21]

---

16. Cf. item 5, que analisa o tratamento dado ao assunto no PL 6.578/2009 (PLS 150/2006), que dispõe sobre a organização criminosa, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal e dá outras providências, trata da colaboração premiada no art. 4.º e ss.
17. Cf. LAUAND, Mariana de Souza Lima. Op. cit., p. 65.
18. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 165.
19. Cf. LAUAND, Mariana de Souza Lima. Op. cit., p. 101.
20. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 167.
21. Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jori Ferrer. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 67.

Os meios de prova, conforme já adiantado, são os instrumentos pelos quais as fontes de prova são encaminhadas ao processo.[22] Produzem resultados probatórios que podem ser utilizados na decisão judicial.[23]

O meio de obtenção de prova,[24] por sua vez, é o mecanismo processual que permite o acesso à fonte de prova ou meio de prova. As medidas de busca e apreensão, interceptação telefônica, quebras de sigilo bancário e fiscal são exemplos de meios de obtenção de prova. A busca e apreensão, como medida cautelar, revela-se o meio apto a adentrar no domicílio ou em qualquer outro local que se lhe equipara, necessitando-se, pois, da medida judicial, com o fim de encontrar pessoas ou coisas que interessem à investigação ou processo.[25] A interceptação telefônica permite a captação de conversas, que, por sua vez, pode permitir a identificação de meios de prova (documentos) ou mesmo fontes de prova (indicação de pessoas ou coisas vitais para a descoberta da materialidade delitiva ou elucidação da autoria).

A principal característica do meio de obtenção de prova é a instrumentalidade. Por si só é inerte e seu manejo pode ou não levar à descoberta de fatos que interessem à investigação ou processo.

Jaques de Camargo Penteado define a delação premiada como a "acusação proveniente de uma pessoa que praticou um crime e revela os demais sujeitos ativos dessa mesma infração penal ou evidencia o local em que se encontram bens, direitos ou valores objetos da infração penal", recebendo um prêmio por conta disto, como, por exemplo, redução de pena, perdão judicial e cumprimento de pena em regime penitenciário mais brando.[26]

Referido autor esclarece ser a delação premiada um meio de prova, corporificando-se no processo através do interrogatório (art. 185 e ss. do CPP).[27]

---

22. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 166.
23. Cf. LAUAND, Mariana de Souza Lima. Op. cit., p. 101.
24. Mariana de Souza Lima Lauand usa para referir-se ao meio de obtenção de prova, meio de investigação da prova e meio de pesquisa. Op. cit., p. 101.
25. Para um estudo aprofundado sobre a natureza jurídica da busca e apreensão cf. PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 109-117. A autora distingue a busca da apreensão e conclui que a busca não constitui prova, nem meio de obtenção de prova, sendo *medida instrumental*. Enquanto que a apreensão seria meio cautelar de obtenção de prova. p. 116-117.
26. PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 636.
27. Idem, p. 636-637.

Antes de se procurar, *a priori*, definir delação premiada e já buscar uma categoria jurídica, melhor será analisá-la adequadamente para depois tentar amoldá-la juridicamente.

Cuida-se, pois, de palavras de um imputado em relação ao fato criminoso, que podem ser ditas na fase pré-processual e processual (fase de conhecimento ou execução). O conteúdo da fala do imputado pode permitir o esclarecimento da autoria, da materialidade ou evidenciar os produtos derivados da infração penal, como bens, direitos e valores.[28]

Se o imputado revela elementos alheios ao fato que se lhe imputa ou mesmo em relação a outro grupo criminoso sua função é muito mais de testemunha do que de delator. Nessa linha de raciocínio, para a configuração da delação premiada a admissão de culpa, total ou parcial, parece ser requisito essencial. Contudo, tal assertiva precisa ser bem ponderada, na medida em que o Estado garante a todos os imputados o direito ao silêncio[29] e, em sendo assim, não se revela juridicamente adequado ser possível impor ao imputado o dever de falar de si como pressuposto para falar de outrem ou de algo que venha a contribuir com a elucidação da infração penal e, com isto, conceder-lhe algum benefício. Isto permite deduzir que para a configuração da delação premiada há que se ater muito mais às consequências do que foi dito pelo imputado, como resultado probatório concreto, mediante critérios de eficácia probatória, do que concentrar atenção no fato de o imputado ter ou não admitido a própria culpa. Até porque, em relação ao conjunto probatório, pode ser absolutamente desnecessária a confissão do imputado para a confirmação de sua participação delitiva, o que revela não ser a confissão requisito indispensável para a delação premiada.[30] Mais uma vez, é preciso deixar claro, afigura-se imprescindível para se falar tecnicamente em delação premiada, a necessidade de o imputado ter, de qualquer forma, conexão com o que se delata, sob pena de ser considerado apenas e tão somente como testemunha.

Com isto, e retomando os conceitos iniciais de fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de proba, percebe-se que é possível considerar o imputado como fonte de prova, tendo em vista que sempre poderá ser útil ao

28. Os termos "bens, direitos e valores" são utilizados pela Lei 9.613/1998 como elementos do tipo penal previsto no art. 1.º da referida lei. Contudo, o produto do crime ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente podem ser passíveis de confisco (art. 91, II, *b*, do CP).

29. Cf. art. 5.º, LXIII, da CF/1988.

30. Também defende este mesmo posicionamento Luiz Rascovski, para quem é possível pensar em colaboração sem prévia confissão. Op. cit., p. 153-155.

deslinde do caso, prevalecendo, logicamente, seu livre-arbítrio e regras mínimas de observância obrigatória.

Em outro aspecto, já não é tão simples afirmar que a delação premiada será meio de prova, pois ela efetivamente se materializará através de um interrogatório, que possui específica natureza jurídica, qual seja, meio de defesa.

Quanto a considerar a delação premiada como meio de obtenção de prova, parece ser o enquadramento que melhor coaduna com os fins a que ela se destina, vale dizer, instrumento de repressão à criminalidade organizada.[31] A delação, por si só, é neutra, o que guarda nexo com a definição de meio de obtenção de prova, e poderá, a depender do resultado advindo das palavras do imputado, contribuir para a atividade estatal de persecução penal. Também é possível que do ato de delação não advenha qualquer resultado processual, o que ainda sim faz perdurar a natureza da delação como meio de obtenção de prova.

2.4 A delação premiada encontra conformidade no direito?

A discussão, em síntese, deste capítulo é constatar se a delação premiada encontra ou não conformidade no direito, sob uma perspectiva essencialmente jurídica, para além de qualquer ponto de vista ético ou moral.[32] O ponto central parece estar nos limites das palavras do imputado, que variam entre o direito ao silêncio e o direito à fala. No movimento pendular da história do processo penal, se em tempos pretéritos o direito amparava, à custa de torturas físicas e psicológicas, o dever do imputado falar, em nome da busca da verdade real, atualmente garante-se o silêncio como conquista imprescindível para a proteção da dignidade da pessoa humana, vedando-se o arbítrio estatal. Contudo, a vontade livre e voluntária do imputado manifestar-se, colaborando de

31. Afirma Jaques Camargo Penteado que "A delação premiada é um instrumento oficial de combate à criminalidade que, com a observância das garantias constitucionais do indivíduo, nos estritos limites da lei e com o emprego do interrogatório como meio de prova, busca a colaboração do sujeito ativo de um delito (autor, coautor ou partícipe) para desvendar ou atenuar as consequências da atividade criminosa organizada e grave (...)". Op. cit., p. 637.

32. Jaques de Camargo Penteado pondera sobre a necessidade do processo penal estar revestido de um procedimento ético, concluindo que a delação premiada contraria a ética e, por conseguinte, repercute no caráter jurídico. No entanto, para os fins do presente estudo optou-se por restringir a análise ao aspecto jurídico, especialmente o direito processual penal. Cf. PENTEADO, Jaques de Camargo. Op. cit., p. 638-640. Para uma análise sobre o caráter ético e utilitário do instituto, cf. RASCOVSKI, Luiz. Op. cit., p. 157-162.

qualquer forma com a atividade estatal de persecução penal, encontra amparo na ordem constitucional, que garante a liberdade de expressão como direito fundamental.[33]

3. IDONEIDADE PROBATÓRIA

Uma vez concluído que a delação premiada está em conformidade com o direito, resta analisar as condições necessárias para que ela se revista de idoneidade probatória, alcançando validade e eficácia, passível de alcançar, pois, utilidade processual.

Dois requisitos afiguram-se indispensáveis para o ato da delação, quais sejam, a voluntariedade e a imprescindibilidade da presença do defensor e do Ministério Público.

A *voluntariedade* há de ser o primeiro requisito. Se o ato não for voluntário, necessariamente será nulo e tudo o mais que dele decorrer. E aqui entra a discussão entre espontaneidade e voluntariedade. Por ato espontâneo depreende-se que seja livre de qualquer espécie de sugestionamento, o que não soa ser a melhor diretriz.[34] O imputado tem todo o direito de saber sobre a existência da possibilidade de usufruir de possíveis benefícios decorrentes da delação premiada e ter o direito de decidir se adere ou não a tal proposta.

Não é possível presumir que o imputado tenha prévia ciência da possibilidade legal de contribuir para a investigação ou resultado útil do processo e, com isso, suprimir-lhe o direito de ter ao menos acesso a esta informação. E nem é razoável exigir que esta informação seja-lhe noticiada apenas e tão somente pela defesa. Daí a dispensa de qualquer espontaneidade, bastando o caráter voluntário do ato.

---

33. Cf. art. 5.º (inviolabilidade do direito à liberdade), *caput*, e II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), IV (livre manifestação do pensamento) e V (liberdade de consciência), da CF/1988.

34. Gustavo Senna também assim entende: "Note que para a lei basta a voluntariedade da colaboração, não se exigindo a espontaneidade, do que se conclui que ela poderá se dar em face de conselho ou sugestão ou proposta dos órgãos responsáveis pela persecução criminal. Logo, para ser válida, é suficiente que a colaboração consista em ato de vontade do sujeito, o que é absolutamente diverso de uma imposição, incompatível com uma colaboração isenta e segura, a qual possa ser conferida um mínimo de credibilidade." O Ministério Público e a colaboração premiada. In: CHAVES, Cristiano et al. *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do* Parquet *nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 817-818.

A voluntariedade pressupõe a livre vontade do imputado em se manifestar, sendo incompatível com qualquer meio de coação física ou psíquica. Por vontade livre, inicialmente há que se ponderar sobre as condições físicas do próprio imputado. Se o imputado, ao tempo da delação, padece de comprometimento mental que venha a prejudicar o entendimento da natureza do ato, isto vicia a vontade, podendo ser declarada a nulidade do ato, por ausência da voluntariedade, sem qualquer consequência ao imputado.[35] A higidez psíquica e mental deste, pois, revela-se circunstância inicial obrigatória para a validade do ato.[36]

O segundo requisito, qual seja, o da *indispensabilidade da presença do defensor e do Ministério Público* no ato de delação, decorre do primeiro. A fim de se ter o mínimo de controle sobre a existência da voluntariedade e ser possível aferir a validade do ato, indispensável afigura-se a presença, no mínimo, de defensor do imputado, constituído ou dativo.

Se a delação ocorrer na fase pré-processual, pode ser dispensada a presença do Ministério Público, e ainda assim o ato permanecer válido, desde que não advenha prejuízo. Contudo, entende-se prudente, sobretudo a depender do conteúdo e extensão do alcance das palavras ditas pelo imputado, a presença do Ministério Público, o que é razoável até para garantia do próprio imputado, já que a autoridade policial não tem atribuição para pactuar algo que lhe foge da esfera funcional.

---

35. Sobre o tema, Eduardo Araujo da Silva dispõe em relação ao tratamento dado a este requisito nos Estados Unidos, afirmando que neste país "antes de homologar o acordo entre o *prosecutor* e o acusado (*plea bargaining*), por imposição da Rule II (d) das Federal Rules of Criminal Procedure, deve o magistrado dirigir-se publicamente ao acusado para verificar a voluntariedade de suas palavras. Inicialmente analisará sua capacidade de compreensão da proposta do órgão acusador, considerando sua idade, inteligência, entendimento da língua inglesa e estado mental. Uma vez analisada a capacidade, o Tribunal constatará se a declaração é *voluntary*, ou seja, se não é produto de *improper coercion* (violências físicas ou mentais) ou de *inductions* (promessas que não possam ser cumpridas pelo Ministério Público ou resultantes de prévias discussões entre acusação e defesa)." Op. cit., p. 115.

36. Cumpre registrar, a este respeito, o disposto no art. 3.°, II, do CC/2002: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (...) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos". É impossível admitir a incapacidade para a manifestação de vontade no âmbito civil e, fundada na mesma causa, qual seja, enfermidade ou deficiência mental, com prejuízo ao discernimento, admitir validade no plano penal e processual penal.

Lógico que no sistema processual brasileiro sempre restará ao juiz o controle e decisão final sobre a prova, independente do posicionamento do Ministério Público. No entanto, como este deve delimitar a acusação e gerir a produção da prova que julgar adequada, sua presença afigura-se necessária nas hipóteses de delação na fase pré-processual.

Quando a delação se der na fase judicial torna-se imprescindível a presença das partes, acusação e defesa técnica, sob pena de nulidade do ato. Dessa maneira, pode-se concluir que a presença do defensor, seja na fase pré-processual ou em juízo, faz-se imprescindível para a validade da delação.[37]

O terceiro requisito, consistente na *eficácia probatória*, é de verificação diferida, e merece análise mais cuidadosa.

3.1 Legalidade probatória: procedimentos típicos e atípicos

Superada a questão dos requisitos intrínsecos ao próprio ato de delação, cumpre estudar, com maior profundidade, os reflexos da delação no campo probatório, sobretudo para aferir a existência ou não do terceiro requisito já referido.

Assim, muito embora a delação premiada em si constitui-se instituto de direito material, diante da possibilidade de interferir na punibilidade do imputado, está bem evidenciado que também permeia o direito processual, especialmente o tema das provas. Para que a delação premiada ocorra a contento, as palavras do imputado devem relevar-se eficazes e úteis, apresentando resultado probatório relevante.

E, neste aspecto, o ponto de partida no âmbito processual está em aferir se há ou não procedimento probatório apto a servir de instrumento para o surgimento da delação.

Em primeiro lugar, cumpre registrar que inexiste no ordenamento jurídico brasileiro um procedimento probatório tipicamente voltado para a delação premiada, o que contraria a melhor doutrina.[38] É que se pode falar, hodierna-

37. Esclarecem Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró que tanto o advogado do réu delator que está sendo interrogado, quanto o do corréu delatado poderão realizar reperguntas, registrando-se que somente se for instaurado o contraditório sobre eventuais declarações unilaterais produzidas na fase extrajudicial é que as mesmas estarão aptas a serem valoradas pelo juiz para a formação de seu convencimento. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *RBCCrim* 65/188.

38. Afirmam Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró que "não está contemplado no Código de Processo Penal qualquer procedimento

mente, em verdadeiro direito ao procedimento processual penal, que "consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade".[39]

Diante da possibilidade de a delação premiada tornar possível a redução da pena do imputado ou trazer-lhe outros benefícios, não há como desconsiderar a hipótese dela se constituir meio de defesa da liberdade.

Partindo-se do princípio de que inexiste procedimento típico no direito brasileiro para tratar da delação premiada, uma vez que o legislador apenas indicou o instituto sem dispor sobre qualquer aspecto procedimental, há que se concluir que a validade do procedimento probatório a ser adotado para os casos de delação premiada pressupõe a coexistência de regras e princípios que permitam a atuação eficaz dos órgãos responsáveis pela persecução penal e, ao mesmo tempo, assegurem a efetivação das garantias do devido processo penal.[40]

Assim, toca-se no campo da legalidade probatória, pressuposto indispensável para a validade do próprio procedimento probatório.

Se inexiste procedimento típico faz-se preciso aferir se é possível amoldar eventual procedimento existente para as hipóteses delação, sem ofensa ao direito de defesa e, consequentemente, prejuízo ao imputado.

3.1.1 Delação e a fase pré-processual

Com o fim de melhor sistematizar o assunto, vale a pena dividi-lo quanto ao momento de realização do ato.

Nesse sentido, a questão é saber se é possível ocorrer a delação na fase pré-processual e qual seu alcance e valor probatório.

Como já se viu, não há limites para as palavras do imputado, seja na fase pré-processual, como na processual, que podem variar entre o silêncio e eventual fala colaborativa em relação à atividade repressiva estatal. No entanto, para fins processuais, cumpre lembrar que o juiz formará sua convicção pela livre apre-

---

probatório genérico que possa ser aplicado para todos os casos em que não há uma disciplina expressa para a realização da prova." Op. cit., p. 183.

39. FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 40.

40. Idem, p. 43.

ciação da prova, porém sendo possível fundamentar sua decisão apenas e tão somente com base na prova produzida em contraditório judicial, vedado o uso exclusivo de elementos informativos colhidos na investigação (art. 155 do CPP).

No entanto, à vista da análise processual da delação, que permitiu amoldá-la como meio de obtenção de prova, é perfeitamente razoável que a partir das palavras do imputado na fase pré-processual seja possível identificar elementos que contribuam para a verificação da materialidade delitiva, como por exemplo, quando indica o local de armazenamento da droga ou aonde se encontram documentos valiosos que evidenciem fraudes em licitação. Do mesmo modo, pode ainda contribuir para a localização de eventuais bens, direitos ou valores resultantes da atividade ilícita do grupo criminoso, em casos de lavagem de dinheiro (art. 1.º, § 5.º, da Lei 9.613/1998, com a redação dada pela Lei 12.683/2012).

Percebe-se que muito embora as palavras do imputado devam ter valoração diferida, às vezes a eficácia pode ser constatada em tempo breve, especialmente quando funciona como meio de obtenção de prova, antes mesmo do ajuizamento da ação penal em face do colaborador. E é nestas situações que se afigura questionável a impossibilidade de se aplicar o princípio da oportunidade pelo Ministério Público.[41] Nestes casos não há que se pretender qualquer confirmação judicial do que foi dito, por ser desnecessária, sendo razoável *de lege ferenda* que o colaborador usufrua de benefício com reflexos processuais, conforme parâmetros legais mínimos, como o arquivamento da investigação.

Sem prejuízo do advento de específico permissivo legal, merece destaque o entendimento de que à vista da possibilidade de concessão do perdão judicial, a depender da colaboração prestada e seu respectivo alcance, é possível o Ministério Público requerer o arquivamento com fundamento na ausência de interesse de agir por falta de punibilidade em concreto.[42]

Para tanto, ao se concluir pela possibilidade de a delação ocorrer na fase pré-processual e em razão da inexistência de procedimento típico, há de se fazer uso da analogia e aplicar o procedimento previsto para o interrogatório (art. 6.º, V, do CPP e art. 185 e ss. do CPP). Ou seja, o ato de delação deve estar revestido das formalidades mínimas para o interrogatório. Já se advertiu sobre a imprescindível presença do defensor como condição de validade do ato. Ainda, ao imputado deve ser garantido o direito de entrevista prévia e reservada com o defensor (art. 185, § 5.º, do CPP).

---

41. O PL 6.578/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados, prevê a possibilidade da aplicação do princípio da oportunidade regrada, conforme § 4.º do art. 4.º.

42. Cf. SENNA, Gustavo. Op. cit., p. 836.

A autoridade policial e o Ministério Público podem, evidentemente, informar ao imputado sobre a possibilidade do uso da delação e as consequências dela advindas, contudo, fica vedada qualquer espécie de coação física ou psicológica, cabendo os referidos agentes públicos explicitar ao imputado o direito de permanecer calado (art. 186 do CPP).

Também não é de se olvidar que a delação pode ser proposta pela própria defesa técnica com a prévia anuência do imputado, o que certamente dependerá da manifestação do Ministério Público para que o ato se realize. É nessa situação que, acaso o Ministério Público não esteja presente no ato de delação na fase pré-processual, o ato pode ou não ser convalidado, pois a parte com atribuição funcional para requerer diminuição de pena ou outro benefício ao imputado não participou do ato inicial. Se o Ministério Público convalidar o ato, ele subsiste, do contrário dependerá exclusivamente da decisão judicial.

É neste ponto que se pode afirmar que a delação, sob a ótica processual, pressupõe o fortalecimento das partes no processo penal, havendo uma tendência para que o juiz funcione apenas *a posteriori* com o fim de exercer o efetivo controle sobre a legalidade do ato de delação e valoração de seu alcance.[43]

Sob o ponto de vista formal, o ato deverá ser registrado[44] como imprescindível meio de controle sobre seu conteúdo a fim de atingir três objetivos: (a) o controle judicial para aferição da eficácia probatória; (b) possibilitar ao delatado o exercício do direito de defesa e (c) garantir ao colaborador as respectivas consequências premiais.

Quanto à publicidade do instrumento que materializou a delação na fase pré-processual, a depender de seu conteúdo pode ser razoável que seja autuado em apartado e mantido fora do alcance de terceiros imputados, a fim de permitir que o ato alcance a eficácia pretendida. Por exemplo, na hipótese já referida de apontamento de locais onde possam ser encontrados documentos relevantes. Enquanto não cumprida eventual medida de busca e apreensão a publicidade do instrumento para terceiros causará, inevitavelmente, prejuízo à atividade estatal, contrariando a própria lógica do instituto da delação.

43. O PL 6.578/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados, opta por este caminho, conforme § 6.º do art. 4.º.

44. Luiz Rascovski afirma que para "garantia de preservação da memória do ato, faz-se imperioso reduzi-lo a escrito, documentando-o". Op. cit., p. 177. Além desta forma, também é de se lembrar que o ato poderá ser filmado, o que poderá melhor representar o contexto em que foi produzido.

Assim, eventual sigilo deve se caracterizar pela transitoriedade e justificação razoável, o que permite dizer que a publicidade poderá ser diferida apenas e tão somente mediante fundamentação por parte de quem presida a investigação e, em havendo medida judicial, pela respectiva autoridade.

No entanto, com o fim de concluir o instituto da delação mediante a concessão de vantagens ao colaborador, inevitavelmente há que se ter ato de delação registrado e formalizado como único meio a amparar eventual decisão judicial que valorará a eficácia ou não da colaboração.[45]

Assim, à vista da inexistência de procedimento típico, pode se afirmar que o procedimento atípico adotado, a partir daquele previsto para o interrogatório na fase de investigação, permite viabilizar a delação neste momento, o que não significa dizer que seja desnecessário o específico tratamento legislativo do assunto, com o advento de procedimento próprio, o que permite mais segurança aos órgãos envolvidos assim como garantia à própria defesa.[46]

3.1.2 Delação e a fase processual

Na fase processual, quanto às atividades processuais voltadas à prova, merecem destaque quatro momentos: propositura, admissão, produção e valoração.[47]

---

45. Destaca-se que acaso fosse possível a adoção do princípio da oportunidade, certamente o instrumento que materializa a delação também deverá acompanhar a promoção de arquivamento, como forma de fundamentá-la.

46. Luiz Rascovski indica que, para a fase pré-processual, deve ser instaurado "incidente cautelar referente a meio de provas, devendo o 'acordo' sujeitar-se à homologação perante o magistrado", denominando este procedimento de *incidente de delação*. Op. cit., p. 177. Mais adiante, referido autor afirma que "A maior polêmica no tocante ao procedimento da delação e quiçá do manejo em geral do instituto, diz respeito ao acordo. O espectro normativo do direito premial possibilita a concretização de um acordo, em regra, entre o acusado e o Ministério Público, seja na fase preliminar ou judicial, com a homologação do magistrado, embora a legislação, quanto a este aspecto não seja clara". Op. cit., p. 179. A crítica que se faz consiste na ausência de qualquer parâmetro legal para a adoção deste procedimento como condição obrigatória para validade do ato. No entanto, verifica-se certa tendência legislativa em tratar desta maneira a colaboração processual, até para que o imputado tenha maior garantia em relação ao que lhe foi proposto. A homologação judicial em relação à delação ocorrida na fase pré-processual também possibilita ao juiz já aferir o requisito da voluntariedade. Por fim, cumpre destacar que eventual homologação não dispensa o delator de confirmar sua versão em juízo, por meio de regular contraditório, sob pena de ineficácia probatória.

47. Esta classificação foi feita por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 113.

Nesse sentido, a análise quanto à idoneidade probatória deve ser realizada nestas quatro etapas.

A fase da propositura coincide com a indicação ou requerimento das provas que se pretende produzir. A admissão consiste no juízo de aceitação da propositura, quando se avalia a pertinência e relevância da pretensão probatória. A produção refere-se ao meio pelo qual a prova é introduzida no processo. E, por fim, a valoração cuida do momento de apreciação do conteúdo probatório, com consequente aferição de seu alcance e utilidade processual.[48]

Quanto ao procedimento probatório em si, e diante da ausência de procedimento probatório típico atinente à delação premiada, deve-se utilizar o mesmo raciocínio feito para a fase pré-processual, que concluiu pela adoção, por analogia, do procedimento do interrogatório para a materialização da delação.[49]

Quanto à propositura, em razão da reforma processual de 2008, que alterou o momento processual em que o interrogatório deva ser realizado, ou seja, ao final da instrução probatória (art. 400 do CPP),[50] vale a pena registrar que para as hipóteses de ocorrência de delação pode o interrogatório ser realizado no primeiro ato processual de instrução probatória, a pedido da defesa ou do Ministério Público, sempre que disto não decorrer prejuízo ao imputado. É que, muitas vezes, para fins de melhor valorar o requisito da *eficácia probatória*, o que é de interesse do imputado colaborador, a produção judicial do ato deva ocorrer antes da oitiva das testemunhas e também de eventuais outros imputados. Enfim, a todo tempo pode se requerer a delação premiada, consoante a regra de que o interrogatório pode ser produzido a qualquer momento (art. 196 do CPP).

Também é de se registrar que a colaboração processual pode ocorrer até mesmo após a sentença e mesmo com o advento do trânsito em julgado de sentença condenatória, na medida em que o colaborador possa usufruir benefícios na fase de execução.[51]

---

48. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 113.

49. Cf. LAUAND, Mariana de Souza Lima. Op. cit., p. 116-117.

50. Reforma decorrente da Lei 11.719/2008.

51. Cf. LAUAND, Mariana de Souza Lima. Op. cit., p. 118. Damásio de Jesus também defende a aplicação da delação premiada após o trânsito em julgado, em sede de revisão criminal, a partir da descoberta de nova prova da inocência do condenado ou mesmo de circunstância que autorize diminuição especial de pena. Cf. Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro. *Revista do Ministério Público*. p. 111. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

Quanto à admissão, cabe ao juiz aferir a pertinência e relevância da prova proposta, aceitando ou não a indicação das partes, velando por não macular o direito à prova. A "atividade probatória representa o momento central do processo"[52] e qualquer impedimento judicial de produção de provas lícitas e legítimas afigura-se cerceamento de defesa ou de acusação.

Aceitar a possibilidade de produzir a delação premiada, que pode ser requerida tanto pela defesa quanto pelo Ministério Público, passa pelo juízo de legalidade, com o fim de se perquirir as hipóteses em que a legislação prevê o uso de tal instituto. Conforme visto, muito embora ele tenha reflexos processuais, acaba assumindo natureza de direito material, uma vez que implica concessão de redução de pena, ficando, assim, vedado ao juiz aplicá-lo discricionariamente.

Admitido o uso da delação, passa-se à fase de produção probatória, o que se dá pelo interrogatório, por analogia, à vista da inexistência de procedimento típico.

Neste momento, devem estar presentes os dois requisitos iniciais da delação premiada, quais sejam, a voluntariedade e a imprescindibilidade da presença das partes. O ato de delação, que se materializa por meio do interrogatório, deve iniciar pela intenção clara e inequívoca do imputado em dispor-se a contribuir para a apuração da infração penal, evidenciando autoria e materialidade delitiva, ou indicar produtos do crime, sempre implicando o apontamento da participação de terceiro, sob pena de confundir-se com a confissão.

É evidente que tal manifestação pode decorrer de iniciativa isolada do imputado, sem até mesmo prévia ciência e anuência da defesa técnica, assim como do Ministério Público. Contudo, em regra, o mais razoável é pensar no ato de delação com a prévia discussão entre as partes quanto aos termos do acordo.[53] Considerando a natureza processual da delação, vale dizer, colabo-

52. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 113.

53. Cumpre registrar que o direito brasileiro, por meio da Lei 10.409/2002, revogada pela Lei 11.343/2006, já admitiu expressamente a delação premiada, decorrente de "acordo entre o Ministério Público e o indiciado" (art. 32, § 2.º). O PL 6.578/2009, que será objeto de específico comentário adiante, também refere-se a "termo de acordo" entre o Ministério Público e o colaborador (art. 7.º). Assim, conclui-se por inevitável tendência legislativa a tratar do assunto mediante uma fase procedimental *negocial* destinada ao diálogo entre as partes, no sentido de aferir se a delação irá ou não ser efetivamente produzida, mediante a materialização do respectivo "termo de acordo" a ser submetido à homologação judicial.

ração processual em troca de benefícios de direito material, é imprescindível, para garantia das partes, a realização desta fase *negocial*. E, neste ponto, o vácuo legislativo quanto ao procedimento específico, impede a adequada e necessária segurança jurídica. Nesse sentido, não se afigura abuso das partes, diante da omissão procedimental, solicitar ao juiz que permita, antes do início do interrogatório, que elas ponderem entre si eventual ajuste, cuja eficácia fica subordinada à reprodução em juízo e sob o contraditório, especialmente na presença do terceiro delatado, corréu no processo, sem prejuízo da valoração do resultado probatório.

Assim, o aludido *acordo* está em se chegar a um consenso que leve à produção do ato de delação, permanecendo a conclusão final nas mãos do juiz, após aferir a eficácia probatória.

Lógico que esta hipótese fica reservada para os casos em que a delação não ocorreu na fase pré-processual. Porém, reforça o entendimento de que a delação pressupõe, em regra, diálogo entre as partes. A partir do momento em que se decide produzir judicialmente o ato de delação, cabe ao juiz verificar a presença da voluntariedade do ato, consoante tudo o que já foi dito a respeito quando da análise deste requisito na fase pré-processual.[54]

Presente a voluntariedade, o ato deve continuar, sempre na presença das partes, mediante regular contraditório.

Uma vez produzido o ato de delação, passa-se ao momento de sua respectiva valoração. Nesta etapa da atividade probatória é que se verificará a presença do terceiro requisito da delação premiada, qual seja, a eficácia probatória.

Para nortear esta fase, destaca-se a regra que determina ao juiz formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob o manto do contraditório judicial, ficando impossibilitado de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação (art. 155 do CPP).

Com a delação premiada não será diferente. Acaso o ato de delação tenha ocorrido na fase pré-processual ele somente se confirmará com a realização

54. Vale a pena destacar a opinião de Eduardo Araujo da Silva: "Concluindo pela ausência de espontaneidade nas palavras do colaborador, em razão de constrangimentos físicos ou morais, deverá o magistrado considerar a prova testemunhal proposta inadmissível em razão de sua ilicitude (art. 5.º, LVI, da Constituição da República), por ofensa à dignidade da pessoa humana, determinando sua retirada dos autos, assim como daquelas dela resultantes, eis que contaminadas pelo mesmo vício. Para tanto, entendendo conveniente, poderá entrevistar-se com o colaborador, requisitando sua apresentação em juízo ou determinando sua notificação". Op. cit., p. 115.

em juízo, mediante regular contraditório. Não é possível pensar de outro modo e prescindir da manifestação do imputado em juízo e ainda na ausência das partes. O ato deve ocorrer na presença do juiz, da defesa e do Ministério Público. Também não é de se desconsiderar que, na perspectiva de se considerar a delação como meio de obtenção de prova, muitas vezes sua eficácia já poderá ser aferida com a busca e apreensão de documentos, oitiva de outras pessoas, identificação de objetos e coisas que por si comprovem a materialidade delitiva etc.

Contudo, é na fase da sentença que o juiz valorará a eficácia da delação, considerando-a ou não como elemento probatório útil e importante para o deslinde do caso. Aqui se afigura imprescindível atentar-se para a regra prevista para a análise da confissão, segundo a qual "para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância" (art. 197 do CPP).

É muito importante considerar nesta ocasião a presença do requisito da utilidade processual. A colaboração do delator, para ser considerada eficaz, deve trazer elementos novos que, sem os quais, não seria possível alcançar o que foi obtido. Trata-se de verificar se a delação produziu idoneidade probatória sob o ponto de vista *material*, já que, para tanto, deve pressupor estar idônea sob a perspectiva de aspectos formais.

As fases de propositura, admissão e produção ocorridas em adequação às normas de direito material e processual perfazem a idoneidade probatória *formal*, que permite considerar a prova válida e apta a ser valorada pelo juiz.

Presente a idoneidade probatória *formal* pode o juiz passar para a fase da valoração, que cuidará de verificar se a prova, formalmente válida, alcançará idoneidade *material*. Sob este aspecto o juiz deve se ater ao conteúdo da delação e confrontá-lo com os demais elementos probatórios, segundo critérios de lógica, concordância e precisão.

Raciocínio valioso ao juiz nesta fase está em perquirir em que medida a contribuição do colaborador auxiliou a atividade estatal de persecução penal. É importante dimensionar qual seria o déficit estatal nesta atividade sem a participação do agente colaborador e concluir se sua conduta resultou útil e eficaz. E neste ponto necessariamente há que existir aferição de aspectos concretos, deduzidos do conjunto probatório, sem suposições infundadas e inadequadas.

O *meio* – delação – é eficiente na atividade de persecução penal, com o fim de reprimir, sobretudo, a criminalidade organizada. Contudo, nesta etapa probatória a valoração, como última fase para a aferição da *idoneidade probatória*,

implica análise da eficácia – *resultado atingível* –, para se concluir ou não pela aplicação do prêmio.[55]

4. TRATAMENTO DADO NO PLS 156/2009 (REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

Sobre o tema cumpre registrar o tratamento que vem sendo dado no âmbito do PLS 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal.[56]

Ao dispor sobre as provas, o código projetado prevê que "as declarações do coautor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova colhidos em juízo que atestem sua credibilidade" (art. 168, § 2.º).

Compreende-se pela redação proposta que o legislador concentra atenção apenas na colaboração do imputado, por meio de suas declarações, considerando estas em si mesmas, o que mais se aproxima da ideia de meio de prova, análogo ao interrogatório.

Ao tratar dos indícios, o Código projetado afirma que *a existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes* (art. 168, § 1.º). Ora, tal projeção serve de critério para ponderar sobre as declarações do imputado, caminhando para a necessidade de, na fase valorativa, verificá-las em conjunto com os demais elementos de prova, buscando a concordância probatória.

---

55. Antonio Scarance Fernandes realiza profunda análise sobre os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade no processo penal. Afirma que "a eficiência expressa a capacidade, a força, o poder de algo que o leva a produzir um efeito. Portanto, o grau de eficiência é verificado pela maior ou menor qualidade do meio utilizado para que algo possa produzir um efeito, não pelo tipo de efeito por ele produzido. A eficácia é a qualidade do resultado produzido por algo. O grau de eficácia leva em conta o tipo de resultado atingido. Por fim, a efetividade é também a expressão do resultado produzido por algo, resultado esse que corresponde ao atingimento de determinadas finalidades. A efetividade é avaliada pelo sucesso dos resultados em cotejo com os objetivos esperados." Cf. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 18.

56. Na última pesquisa o projeto achava-se na Câmara dos Deputados, desde março de 2011, para revisão do texto aprovado no Senado Federal. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645]. Acesso em: 02.01.2013.

No entanto, cumpre registrar que este projeto não dispõe sobre procedimento probatório típico em relação às declarações do imputado, o que é de se criticar diante da imprescindível necessidade de se velar pela legalidade probatória.

5. TRATAMENTO DADO NO PL 6.578/2009 E PLS 150/2006

O PL 6.578/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados,[57] dispõe sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal, além de outras providências. Trata-se de propositura originada no Senado Federal (PLS 150/2006), achando-se naquela casa legislativa para revisão.

O texto projetado dispõe que em qualquer fase da persecução penal será admitido o uso da *colaboração premiada* como *meio de obtenção de prova* (art. 3.°, I). Em seguida, em seção própria, cuida do procedimento quanto à colaboração premiada, que basicamente contém os requisitos da colaboração (art. 4.°), os direitos do colaborador (art. 5.°), disposição sobre o termo de acordo entre o Ministério Público e o colaborador (art. 7.°) e aspectos procedimentais (art. 8.°).

Antes de se analisar alguns pontos relevantes, cumpre ressaltar o cuidado com terminologia adequada, seja para conceituar o instituto – *colaboração premiada* – bem como para classificá-lo no âmbito probatório – *meio de obtenção de prova*. Contudo, o texto projetado também inova, de forma positiva, ao dispor sobre o procedimento probatório, o que, sem entrar no mérito do pretendido, já denota preocupação legislativa com o aspecto da legalidade probatória. É inadequada e insuficiente a criação legislativa de instituto com reflexo no campo das provas, sem dispor minimamente sobre o procedimento probatório.

O projeto, em síntese, possibilita a concessão de benefícios de direito material (concessão de perdão judicial, redução de pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos) ao imputado que colaborar *efetiva* e *voluntariamente* com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração resulte em: *identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações por eles praticadas*; *a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa*; *a prevenção de*

57. Na última pesquisa o projeto havia sido remetido ao Senado Federal, após aprovação, com emendas, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463455]. Acesso em: 02.01.2013.

infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização da eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4.°, *caput*, I a V).

O projeto adota o *princípio da oportunidade regrada*, ao permitir que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia ao colaborador que não for o líder da organização criminosa ou que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração (§ 4.° do art. 4.°). Em certa medida tal regramento vai ao encontro do princípio da proporcionalidade, dispensando o ajuizamento de ação penal para aquele que eventualmente seja sujeito com pouco poder decisório e de ação numa estrutura organizacional criminosa, além de beneficiar aquele que contribua eficazmente, e de forma pioneira, com a atividade repressiva estatal.

O projeto também evidencia, expressamente, a possibilidade da colaboração ocorrer em fase posterior à sentença, esteja ou não cumprindo pena, o que implicará redução até metade ou eventual progressão de regime (§ 5.° do art. 4.°).

Cumpre ainda destacar a atenção dispensada pelo projeto ao papel das partes no processo penal, deixando-as livre para as negociações e confecção do acordo, ficando o juiz apenas com a função de exercer controle *a posteriori* sobre o mesmo (§ 6.° do art. 4.°), ocasião em que verificará sua *regularidade, legalidade e voluntariedade*, podendo, se o caso, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor (§ 7.° do art. 4.°).

Por fim, o projeto reforça a impossibilidade de se proferir sentença condenatória com base apenas nas declarações do agente colaborador (§ 16 do art. 4.°).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a atuação estatal exigia, a todo custo, que o imputado falasse de si e de outrem, o que fez surgir o indiscutível direito ao silêncio, como notável garantia processual do direito contemporâneo, negar-lhe, isento de coação física e psicológica, o direito de falar o que bem almeja também afigura-se abusivo.

Dentro das possibilidades jurídicas de se manter calado, admitir a autoria e referir-se à participação de terceiros, resta ao imputado, partes e juiz ter claro e definido o meio procedimental mais adequado para que a colaboração processual ocorra.

O uso de procedimento análogo, a partir daquele que mais se aproxima do ato de delação, qual seja, o interrogatório, não elimina a necessidade de existir atividade legislativa que venha a estabelecer procedimento probatório típico para as hipóteses de colaboração processual.

Assim, caminha bem o PL 6.578/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados, que visa ao suprimento desta insuficiência legislativa. Como visto, a idoneidade probatória compreende todos os aspectos intrínsecos e extrínsecos ao ato de delação dentro do contexto da atividade de persecução penal, seja na fase de investigação, como na fase processual, como meio de permitir o adequado exercício do direito de defesa e de acusação.

O ideal sempre é buscar o equilíbrio entre a eficiência pretendida nas ações estatais, velando-se, ao mesmo tempo, pela garantia da existência de regras e princípios que possibilitem o devido processo justo. Eventuais defeitos no procedimento probatório projetado superam os males da sua ausência.

Certamente, qualquer procedimento probatório que se defina para os casos de colaboração processual, a atividade judicial de valorar o alcance e utilidade deste meio de obtenção de prova exteriorizar-se-á no dever de motivação das decisões judiciais, garantia que se afigura imprescindível no processo penal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance (coord.); ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 65. p. 175. São Paulo: Ed. RT, mar. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro. *Revista do Ministério Público*. p. 111. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2008.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista dos Tribunais*. vol. 879. p. 475. São Paulo: Ed. RT, jan. 2009.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005.

RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. In: FERNANDES, Antonio Scarance et al. *Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.

SENNA, Gustavo. O Ministério Público e a colaboração premiada. In: CHAVES, Cristiano e outros. *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do* Parquet *nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Eduardo Araújo. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jori Ferrer. Madrid: Marcial Pons, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, de Leandro Sarcedo - *RIASP* 27/191; e
- Delação premiada no Brasil e na Itália uma análise comparativa, de Walter Barbosa Bittar - *RBCCrim* 88/225.
- Valor probatório da colaboração processual (delação premiada), *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, coordenada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 3, p. 577.

62820

A PROPÓSITO DA CHAMADA "TORTURA SALVADORA": OUTRA "QUEBRA DE TABU", AGORA RELATIVAMENTE À PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO DA PROVA?

4

Concerning the so called "torture of salvation": "breaking the taboo" once again, this time in relation to the assessment of evidences?

BRUNO MOURA

Mestre e Doutorando em Direito Penal na Universidade de Coimbra. Pesquisador junto ao Instituto de Direito Penal da Universidade de Bonn. Bolsista da Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo analisa o debate sobre a relativização da proibição da tortura e seus eventuais reflexos sobre a possibilidade de valoração da prova ilícita no processo penal. Como conclusão, afirma-se o caráter absoluto não só da proibição da tortura, mas também da proibição de valoração da prova através dela obtida.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Tortura salvadora – Justificação – Prova ilícita – Valoração.

ABSTRACT: This article analyzes the manner in which the prohibition of torture was put into perspective and its occasional effects on the possibility of assessment of illegal evidence in criminal procedure. As a conclusion, it not only recognizes the absolute nature of the prohibition against torture, but also the absolute nature of the prohibition of any assessment of evidence that has been obtained through it.

KEYWORDS: Criminal law – Torture of salvation – Justification – Illegal evidence – Assessment of evidences.

SUMÁRIO: 1. O problema – 2. Breve aproximação à noção e às formas de tortura – 3. Relativização da proibição de tortura? – 4. Relativização da proibição de valoração da prova obtida através da tortura? – 5. Justiça processual e justiça material – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. O PROBLEMA

O direito internacional[1] (art. 5.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; art. 3.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos; art. 5.º, n. 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; art. 2.º da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes) e a generalidade dos direitos nacionais (v.g., art. 5.º, III, da CF/1988 brasileira; art. 25.º, n. 2 da Constituição portuguesa; art. 104, 1, da Constituição alemã) vedam ao Estado o emprego da tortura. Aliás, cabe dizer que "poucas são as práticas tão consensual e redondamente proibidas quanto a tortura".[2] Proibição que no âmbito processual se reflete expressamente, em maior (v.g., art. 32.º, n. 8, da Constituição portuguesa e art. 126.º do Código de Processo Penal português; § 136a do Código de Processo Penal alemão) ou menor medida (v.g., art. 5.º, LVI, da CF/1988 brasileira e art. 157 do CPP brasileiro; art. 191 do Código de Processo Penal italiano), na proibição de aproveitamento ou de valoração dos elementos de prova através dela obtida como base de convicção da decisão.[3]

Com efeito, o nosso sentimento jurídico mais comezinho costuma afirmar sem hesitar: o Estado de forma alguma e para nenhum fim pode torturar. Trata-se de um alto e espesso muro de proteção levantado contra a barbárie estatal. Historicamente, esta "tradicional" imagem da proibição de tortura como um

1. Por todos, sobre a vigência, como *ius cogens*, da proibição de tortura no plano do direito internacional: JAHN, Matthias. Gute Folter – Schlechte Folter? *KritV* 87/31 e ss.; HILGENDORF, Eric. Folter im Rechtsstaat? *JZ* 59/333 e 334.

2. DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al (orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 210. O Estatuto de Roma do Tribunal Internacional considera a tortura um crime contra a humanidade (art. 7, n. 1, *f*) e de guerra (art. 8, n. 2, *a*, ii). Alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro (art. 5.º, XLIII, da CF/1988; art. 1.º da Lei 9.455/1997) e o português (art. 243.º do Código Penal) chegam inclusive a criminalizar a sua prática. Entretanto, não deixa de ser duvidosa a necessidade de semelhante tipificação, uma vez que a tortura pode muito bem ser tematizada à luz de outros tipos legais de crime (lesão corporal, coação, homicídio etc.). Assim: HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 334.

3. Sobre o convencimento judicial e a apreciação da prova em processo penal: NEVES, Rosa Vieira. *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 17 e s.

"tabu"[4] – enquanto assunção ou aquisição cultural de algo como sagrado ou intangível, coberto não só por uma proibição de ação, mas também por uma proibição de tematização ou discussão[5] – foi construída com base na imagem da tortura "repressiva" ou "inquisitorial" típica da idade média,[6] ou seja, com referência à imposição do suplício como instrumento a serviço das necessidades de persecução criminal: trata-se da "tortura do réu enquanto se forma o processo, ou para obrigá-lo a confessar um delito, ou pelas contradições em que incorre, ou para descoberta dos cúmplices, ou para não sei que metafísica e incompreensível purgação da infâmia, ou finalmente por causa de outros delitos de que poderia ser culpado, mas de que não é acusado".[7]

No entanto, recentemente o caráter absoluto desta convicção de partida começou a ser colocado em questão em supostas "situações de escolha trágica",[8]

---

4. Apesar de sua prática atual em vários estados. Sobre a tabuização da tortura: SALIGER, Frank. Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung. *ZStW* 116/35-37; JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 27-28. Também: HERZOG, Felix. Notwehr. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (hrsg.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1*. 3. aufl. Baden-Baden: Nomos, 2012. § 32, nm. 59. Convém dizer que os Estados que praticam a tortura o fazem na clandestinidade, uma vez que a publicidade segue como a arma mais forte contra a sua utilização: HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 333.

5. Com origem na cultura polinésica (*Maori*), *ta pu* indica o extraordinário, o sagrado, o marcado ou destacado como intangível ou intocável. O termo encontra seu oposto na expressão *noa*, que se refere ao comum, ao ordinário, ao habitual, à benção capaz de levantar o tabu. Com a análise psicanalítica de *Freud* (em *Totem e tabu*), o termo foi incorporado à linguagem cultural mais corrente. Na sociologia, o conceito recebeu especial atenção de *Durkheim* (enquanto elemento constitutivo da sociedade, responsável pela fundamental distinção entre o sagrado e o profano) e de *Weber* (enquanto mecanismo matricialmente irracional utilizado como estratégia de normatização). Apesar do considerável vazio conceitual que o caracteriza, o tabu segue como uma noção cultural destinada a identificar proibições com vigência especialmente qualificada. Sobre tudo isso: POSCHER, Ralf. Die Würde des Menschen ist unantastbar. *JZ* 59/758-759.

6. AMBOS, Kai. Cesare Beccaria und die Folter. Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht. *ZStW* 122/516; JEROUSCHECK, Günter; KÖLBEL, Ralf. Folter von Staats wegen? *JZ* 58/614. Para um breve panorama histórico da tortura: HILGENDORF, Eric. Op. cit., 332-334. Também: JEROUSCHECK, Günter. Gefahrenabwendungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimierter Zwangseinsatz? *JuS* 45/297-299.

7. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007. p. 92.

8. Tratar-se-ia de uma peculiar situação de colisão: ao menos dois chamados de valor colidem entre si, mas uma concordância prática entre eles não é possível sem a ofen-

nomeadamente nas hipóteses de "tortura de salvação". Assim, segundo *Greco*, "o inimaginável" – a discussão teórica em torno da admissibilidade ou legitimidade da tortura – "se tornou realidade".[9] Neste novo horizonte problemático, a questão[10] – suscitada através dos casos de bomba-relógio (*ticking time-bomb cases*) em Israel[11] e impulsionada não só pelo atentado terrorista contra as

---

sa ao âmbito nuclear de ao menos um dos princípios subjacentes. Para o paradigma da *tragic choice-Situation*, destacando o conceito de "mal menor": JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 24 e 31. Por outras palavras ainda: seriam situações em que "o respeito à dignidade humana de um só é possível à custa da violação da dignidade humana de outro. Se o Estado de Direito tortura, deixa de ser Estado de Direito. Se o Estado não tortura, abandona um inocente ao terrível destino. Em ambos os casos a dignidade humana é violada", HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 338, onde se refere ainda (p. 331) ao "dilema de dignidade humana". A questão de saber se estas situações de dilema pertenceriam ao "espaço livre de direito" não pode ser analisada nos estreitos limites deste trabalho. Para a formulação desta pergunta: JEROUSCHECK, Günter. Op. cit., p. 302; KINZIG, Jörg. Not kennt kein Gebot? *ZStW* 115/813.

9. GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio" e comentário. *RBCCrim* 78/7.

10. Não raro tema de ficção, como no filme *Dirty Harry* (Perseguidor implacável, 1971). Segundo o enredo, o agente de polícia Harry Callahan investiga um assassino em série, conhecido como Scorpio. Depois de alguns homicídios, o criminoso sequestra uma criança, a enterra viva e exige da cidade de São Francisco uma elevada quantia em dinheiro para libertá-la. Durante uma perseguição, Callahan fere Scorpio com um tiro na perna e consegue detê-lo. O policial exige que o criminoso revele o local onde a criança está enterrada. Com a recusa de Scorpio, Callahan inicia um processo de tormento físico, pisando com toda força o ferimento de Scorpio até fazer o criminoso informar o paradeiro da vítima. Apesar da informação obtida, a operação de resgate iniciada logo em sequência revela-se tardia. A criança morre asfixiada pouco antes de ser encontrada. Informativos: MERKEL, Reinhard. Folter und Notwehr. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Reiner (hrsg.). *Festschrift für Günther Jakobs*. Köln: Heymanns, 2007. p. 378-379; POSCHER, Ralf. Op. cit., p. 762.

11. Em 1987 a Comissão Landau (designada pelo Tribunal Constitucional israelense) considerou lícita a "pressão física moderada" sistematicamente aplicada pelo Serviço Geral de Segurança como método de interrogatório de palestinos, com o fim de obtenção de informações relevantes no combate ao terrorismo. Em 1989 a Suprema Corte de Israel considerou lícita a tortura em um caso no qual o agente de polícia deteve um suspeito que supostamente pertenceria a uma organização terrorista e teria conhecimento sobre um próximo atentado (uma bomba explodiria em determinada hora e local), considerando-a o único meio para obter as informações capazes de salvar a vida dos inocentes. Embora em 1999 o Tribunal tenha enfim considerado inconstitucional o recurso à "pressão física moderada", a situação continua frequente na realidade israelense, mas não apenas lá. Informativos: AMBOS, Kai. Op. cit., p. 517;

torres gêmeas nos Estados Unidos da América,[12] mas especialmente pelo caso Daschner na Alemanha[13] – reside em saber se a proibição de tortura pode ou não ser excepcionalmente relativizada naquelas situações de extrema necessidade – ocorridas ou não no contexto do terrorismo – em que a tortura se revela como o único meio idôneo para obter uma informação capaz de eliminar um iminente e grave perigo contra a vida ou a integridade física de um ou de vários inocentes. Por outros termos: a proibição de tortura ainda pertence – segundo a conhecida afirmação de *Hassemer* – ao universo do "indisponível" no direito (processual) penal?[14] Ou na não menos conhecida questão formulada por *Luhmann* a propósito da tortura dirigida ao salvamento de muitas vidas (10, 100, 1000 etc.): ainda existe lugar para a existência de normas "irrenunciáveis" – como a garantia da dignidade humana – em uma sociedade hipercomplexa,

---

BRUGGER, Winfried. Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? *JZ* 55/165 e 168; POSCHER, Ralf. Op. cit., p. 761.

12. Sobretudo com a voz de *Dershowitz*. Informativos: DIAS, Augusto Silva. Op. cit., p. 213-214; JEROUSCHECK, Günter; KÖLBEL, Ralf. Op. cit., p. 614; POSCHER, Ralf. Op. cit., p. 756; JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 29.

13. Não há exagero algum em dizer que se trata do caso jurídico-criminal mais controverso do pós-guerra na Alemanha: ROXIN, Claus. Rettungsfolter? In: GRIESBAUM, Rainer et al (hrsg.). *Festschrift für Nehm*. Berlin: Berliner Verlag, 2006. p. 205. Com efeito, o caso gerou rapidamente uma intensa discussão na doutrina. Um estudante de direito (*Gäfgen*) sequestrou um jovem de 11 anos (*Jakob von Metzler*) e exigiu o pagamento de resgate. Detido pela polícia, o sequestrador negou-se obstinadamente a revelar a localização do cativeiro. Diante disso, o vice-presidente do departamento de polícia de Frankfurt (*Daschner*) ordenou ao policial (*P*) que coagisse o detido a falar. O policial assim o fez, ameaçando o suspeito com a promessa de imposição de sofrimentos físicos e o detido relevou o paradeiro da vítima, que na verdade já havia morrido. O caso gerou então dois processos. O primeiro, movido contra o sequestrador, levou à sua condenação à pena de prisão perpétua por assassinato (§ 211 StGB) em concurso com sequestro extorsivo com resultado morte (§ 239a StGB) e por falsa imputação (§ 164 StGB) em concurso com privação de liberdade (§ 239 StGB). Veja-se *LG Frankfurt/Main*. *StV* 23/325 e ss. No segundo, *P* foi condenado pelo crime de coação (§ 240 StGB) e *Daschner* foi condenado pelos crimes de coação e de indução de um subordinado à prática de um crime (§ 357 StGB), ambas as condenações transformadas em admoestação com reserva de pena (§ 59 StGB). Veja-se *LG Frankfurt/Main*. *NJW* 58/692 e ss. Por todos, informativo: JOERDEN, Jan. Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern. In: _____; BYRD, B. Sharon (hrsg.). *Festschrift für Joachim Hruschka*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. p. 504-505.

14. HASSEMER, Winfried. Unverfügbares im Strafprozeß. In: KAUFMANN, Arthur et al (hrsg.). *Festschrift für Maihofer*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1988. p. 183, 197 e ss.

onde o sistema jurídico se mostra cada vez mais suscetível – sobretudo através da lógica da ponderação – à influência do sistema político?[15]

De início, estes casos suscitam, fundamentalmente, duas questões distintas. A primeira refere-se à admissibilidade ou justificação da tortura. A segunda diz respeito ao aproveitamento da declaração no âmbito do processo criminal.[16] Se são cada vez mais fortes as vozes a favor de uma "quebra de tabu"[17] relativamente à proibição da tortura,[18] não será absurdo temer que estas mesmas situações excepcionais de tortura salvadora possam também conduzir a uma semelhante "quebra de tabu" no âmbito processual, mais exatamente a uma discussão teórica acerca da eventual relativização da proibição de valoração da prova obtida, sobretudo no contexto do combate ao terrorismo, tal como defendido por *Jakobs* no seio do chamado "direito penal do inimigo".[19] Afinal,

---

15. LUHMANN, Niklas. *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* Heidelberg: C.F. Müller, 1993. p. 1, 18 e ss. O pequeno trabalho (uma conferência na Universidade de Heidelberg em 1992) foi recentemente traduzido para o inglês: "Are There Still Indispensable Norms in Our Society?", *Soziale Systeme* 14/18-37. Desde uma perspectiva sistêmica, *Luhmann* analisa o problema como um caso-limite da diferenciação funcional da sociedade, ou seja, como uma questão de autonomia do sistema jurídico diante da força do sistema político. Com o exemplo, o autor deseja mostrar que as normas irrenunciáveis do sistema jurídico podem sucumbir quando o sistema político se vê obrigado a enfrentar uma ameaça terrorista de grande escala. Informativo: POSCHER, Ralf. Op. cit., p. 757.

16. HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 332; NEUHAUS, Ralf. Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar! *GA* 151/521. Ainda para a formulação do problema da valoração da prova relativamente à tortura salvadora: WEIGEND, Thomas. Anmerkung zu LG Frankfurt/M., Beschl. v. 9.4.2003 – 5/22 Ks 3490 Js 230118/02. *StV* 23/436 e ss.; SALIGER, Frank. Op. cit., p. 50 e ss.; JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 505; HAMM, Rainer. Schluss der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot! *NJW* 56/946.

17. Descritivos sobre a figura da "quebra de tabu" através da discussão e da efetiva relativização da proibição da tortura: SALIGER, Frank. Op. cit., p. 37 e ss.; POSCHER, Ralf. Op. cit., p. 759 e 761; JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 27-28.

18. Além de *Brugger*, concedem efeito justificante à tortura salvadora, entre outros: ERB, Volker. Notwehr als Menschenrecht. *NStZ* 25/593 e ss.; HERZBERG, Rolf Dietrich. Folter und Menschenwürde. *JZ* 60/321 e ss.; MERKEL, Reinhard. Op. cit., p. 395 e ss.; OTTO, Harro. Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte. *JZ* 60/480-481; MIEHE, Olaf. Nochmals: Die debate über Ausnahmen vom Folterverbot. *NJW* 56/1220; JEROUSCHECK, Günter. Op. cit., p. 296 e ss.; JEROUSCHECK, Günter; KÖLBEL, Ralf. Op. cit., p. 614 e ss.; HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 338-339, embora apenas no plano de *lege ferenda*.

19. JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht. *ZStW* 117/849.

nada parece excluir, desde o início e com total segurança, o perigo de que a relativização da proibição de tortura traga consigo a relativização da proibição de aproveitamento dos resultados probatórios através dela recolhidos.

Para afirmarmos se esta discussão é ao menos "imaginável" ou capaz de "se tornar realidade" será necessário compreender não só os principais argumentos invocados no debate sobre a relativização da proibição de tortura (*item* 3), mas também o sentido das proibições de valoração da prova no processo criminal (*item* 4), este último "um difícil tema na fronteira entre processo penal e direito constitucional".[20] Antes disso, entretanto, convém esboçar uma sucinta aproximação à figura da tortura.

2. BREVE APROXIMAÇÃO À NOÇÃO E ÀS FORMAS DE TORTURA

Apesar da tradicional força da proibição de torturar, o conceito de tortura sugere consideráveis dúvidas e discussões, não só no que tange à perspectiva da definição (objetiva ou subjetiva?), mas também relativamente ao sujeito ativo (somente o Estado ou também o particular?), ao limiar de intensidade (onde está o ponto que transforma o mero sofrimento ou mau-trato em tortura?), bem como à equiparação[21] entre a sua ameaça e a sua efetiva realização (será a ameaça de tortura já um modo de torturar?). Dificuldades que conduzem não só a um arriscado eufemismo terminológico – "uso de determinados métodos", "coação direta", "pressão física moderada", "tortura boa" etc. – mas também a uma tendência expansiva que revela o perigo de inflação e de erosão dos contornos do conceito.[22]

Um primeiro caminho seria recorrer às definições dos textos de direito internacional. Mas esta via se mostra pouco promissora. Embora largamente adotada,[23] a definição do art. 1.º, n. 1, da Convenção antitortura se apoia em

20. GAUTHIER, Jean. Die Beweisverbote. *ZStW* 103/796.

21. Relevante no caso Daschner.

22. JEROUSCHECK, Günter. Op. cit., p. 296 e 300; JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 27 e 36-38, onde enfatiza a tendência de distinguir entre a tortura "boa" (salvadora) e a tortura "ruim" (repressiva). Cabe destacar que, assim como um homicídio em legítima defesa continua a ser um homicídio, também uma tortura salvadora não deixa de ser tortura: SALIGER, Frank. Op. cit., p. 41-42; PRITTWITZ, Cornelius. Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat. In: PUTZKE, Holm. *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 516.

23. Por todos: MERTEN, Jan. Folterverbot und Grundrechtsdogmatik – Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Discussion um die Menschenwürde. *RS*, p. 405; NOROUZI, Ali. Folter in Nothilfe – Geboten? *JA* 37/307.

uma inadequada compreensão psicológico-naturalista, centrada na dor ou sofrimento.[24] Neste horizonte, mais acertada parece a formulação do art. 2.º da Convenção Interamericana para a Prevenção e Punição da Tortura. Pois como destaca *Greco*, "o aspecto decisivo da tortura não é a imposição de dor ou sofrimento, e sim o exercício da dominação mais completa que se pode imaginar sobre uma pessoa", com destaque para "o fato de que o torturado se encontra à mercê do Estado, isto é, em sua guarda ou posse".[25] Por outras palavras ainda: o específico da tortura reside na ruptura do componente espiritual-anímico do ser humano, daquilo que vai além da mera corporeidade e, assim, constitui sua dignidade.[26]

Em termos classificatórios, cabe identificar ao menos quatro modalidades de tortura. A chamada "tortura-pena" ou "tortura-punição" refere-se a formas cruéis e desumanas de execução da sanção penal. Diferentemente, a "tortura inquisitorial" ou "tortura para obtenção de provas" tem natureza processual e encontra sua originária e mais conhecida manifestação nos antigos processos

24. Aliás, a própria Convenção reconhece a impropriedade da compreensão psicologista, ao ver-se obrigada a excluir do conceito o sofrimento derivado da imposição de sanções jurídicas. Além disso, este recuo favorece o recurso a cômoda evasiva de que "só estamos a aplicar a sanção legal". Assim: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 8-9, onde o primeiro agrega: "se formos consequentes, teremos de afirmar a tortura no caso de alguém que raspa a cabeça de uma modelo que faz fotos para shampoo, causando sofrimentos psíquicos enormes, ao mesmo tempo em que teremos de negar a tortura no caso em que alguém chicoteia o crente disposto ao martírio ou o masoquista". Ainda sobre a cláusula de exceção: HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 334. Também destacando o risco de um conceito baseado em situações afetivas excepcionais: JEROUSCHECK, Günter. Op. cit., p. 300. Sobre a tendência de objetivização do conceito através da exclusão de limitações quanto à finalidade da tortura: JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 36-37.

25. Compreensão que permite a equiparação entre a ameaça de dor e a efetiva imposição desta em seu efeito de quebrar a vontade: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 9-10. No mesmo sentido: KINZIG, Jörg. Op. cit., p. 799 e ss. À luz de uma compreensão psicológico-naturalista, a ameaça de tortura só eventualmente (não necessariamente) será uma forma de tortura: JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 521. Recusando a equiparação e reconhecendo apenas maus-tratos, com o argumento de que a angústia e a coação psíquica derivadas da ameaça de tortura ainda não são suficientes para caracterizar a tortura quando o afetado ainda tem uma ampla via de retornar ao terreno da licitude: HERZBERG, Rolf Dietrich. Op. cit., p. 325 e ss.; MERKEL, Reinhard. Op. cit., p. 400-401. Como bem destaca *Greco* [*RBCCrim* 78/10], este argumento demonstra menos a inexistência de tortura do que a necessidade de superar a perspectiva psicologista-naturalista.

26. KINZIG, Jörg. Op. cit., p. 813.

contra bruxas. Já a "tortura preventiva" propriamente dita tem em vista não situações como o caso Daschner, mas a recente prática dos Estados Unidos da América nas prisões de Abu Ghraib e Guantânamo, destinada a extorquir informações supostamente relevantes na luta contra futuros perigos advindos do terrorismo. Por fim, a "tortura de salvação" ou "tortura salvadora" tem como horizonte situações como o caso Daschner,[27] nas quais a tortura aparece como meio de obtenção de informações necessárias para a urgente proteção da vida ou da integridade física de uma ou mais pessoas.[28]

3. RELATIVIZAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE TORTURA?

Ninguém ignora que as práticas cruéis e degradantes do processo criminal da inquisição apenas cessaram sistematicamente com o advento da ilustração. Entretanto, o legado iluminista da proibição de tortura não encontrou uma fundamentação teórica homogênea. Assim como não existe um só "Iluminismo", mas vários "Iluminismos", e assim como não existe um só "Iluminismo penal", mas vários "Iluminismos penais",[29] também existem distintos modos de alicerçar a proibição de tortura no contexto das luzes.

---

27. Apesar de sua repercussão, o caso Daschner não é o mais adequado para constituir o marco de compreensão do problema. Primeiro porque no momento do fato o sequestrado já estava morto, de modo que a situação justificante não existia objetivamente. Segundo porque, além da dúvida acerca da admissão de um erro de tipo permissivo inevitável, também havia dúvida sobre se a tortura era mesmo um meio necessário, ou seja, o mais suave e igualmente eficaz (a confrontação entre *Gäfgen* e sua mãe e os parentes da vítima não era um plano sem esperança). Assim: MERKEL, Reinhard. Op. cit., p. 377 e 388; JEROUSCHECK, Günter. Op. cit., p. 296, 299 e 301; ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I.* 4. aufl. Beck: München, 2006. p. 706-707.

28. MERKEL, Reinhard. Op. cit., p. 381-382, onde também denomina a tortura de salvação como "tortura em legítima defesa". Mas ao reconhecer desde o início uma hipótese de legítima defesa, esta denominação acaba por prejulgar a solução do problema e por isso deve ser evitada. Cabe destacar, entretanto, que boa parte da doutrina utiliza a expressão "tortura preventiva" ou "tortura de prevenção contra perigos" para descrever a tortura salvadora: AMBOS, Kai. Op. cit., p. 518; JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 24 e 30; JEROUSCHECK, Günter. Op. cit., p. 296-297 e 302; JEROUSCHECK, Günter; KÖLBEL, Ralf. Op. cit., p. 613-615 e 617; HERZOG, Felix. Op. cit., § 32, nm. 59, p. 1404 e 1406; SALIGER, Frank. Op. cit., p. 41.

29. Apesar da matriz comum de ruptura com a arbitrariedade do estágio civilizacional anterior, o Iluminismo, como todo e qualquer "ismo", assumiu diferentes tonalidades. No direito penal isto fica bastante claro quando cotejamos as opiniões de *Beccaria* e *Hegel* sobre o sentido da pena (respectivamente, prevenção e retribuição). Sobre

O primeiro caminho de fundamentação deve-se à perspectiva essencialmente consequencialista encarnada no conhecido programa político-criminal de *Beccaria*.[30] Neste horizonte de sentido típico da análise de custo-benefício (*ratio calculatrix*), são invocados nove argumentos teóricos contra a admissibilidade da tortura.[31]

De um lado: *1)* ao significar a imposição de uma pena antecipada e prescindir da exigência de culpabilidade, a tortura viola o princípio da presunção da inocência, assumindo o enorme perigo de afetar sujeitos inocentes; *2)* ao exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, a tortura viola a proibição de autoincriminação; *3)* a tortura oferece um vergonhoso e irracional critério de verdade (comparável unicamente com os ordálios ou juízos de Deus), capaz apenas de absolver os mais fortes facínoras e condenar os mais fracos ingênuos; *4)* a tortura revela um ridículo significado religioso-espiritual de purgação (limpeza ou purificação) da infâmia enquanto simples estado moral, pois nada mais faz do que acrescentar uma nova infâmia através da crueldade contra o réu; *5)* assim como o ordálio ou juízo de Deus, também a tortura aniquila a liberdade de vontade, uma vez que não deixa ao acusado senão o espaço para escolher o caminho mais curto para escapar do sofrimento (declarar-se culpado).

Para além disso: *6)* a tortura gera mentira (fatos inventados), pois a confissão ou declaração resulta da dor e do desejo urgente de dela se livrar, de modo que o teor de verdade é menos cognoscível do que nos casos de silêncio; *7)* a tortura degrada a personalidade do sujeito, pois historicamente costuma ser aplicada somente contra não pessoas (v.g., os escravos na Roma antiga); *8)* a tortura coloca o inocente em um situação pior do que a do culpado, pois enquanto o primeiro ou confessa o delito e é condenado ou é declarado inocente e sofre uma pena indevida, o segundo ainda pode ser absolvido como inocente se resistir com firmeza ao tormento (o inocente não pode senão perder, o cul-

---

isso: COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia – Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 216.

30. Para o forte teor consequencialista das formulações nele contidas: NAUCKE, Wolfgang. Einführung. In: BECCARIA, Cesare. *Von den Verbrechen und den Strafen, Übersetzung von Thomas Vormbaum*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005. p. XIII e ss.; AMBOS, Kai. Op. cit., p. 506 e ss. Detalhado sobre a importância do programa de *Beccaria*: COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje – Estudo introdutório. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007. p. 5 e ss. Ainda: VILELA, Alexandra. Beccaria: Contributo do "direito penal total" para o exercício da cidadania. *BFD* 88/271 e ss.

31. Informativo: AMBOS, Kai. Op. cit., p. 513-514.

pado pode ganhar); *9)* se a tortura não é um meio adequado para descobrir a verdade, tampouco o será para revelar os demais comparticipantes, uma das verdades a serem descobertas (como se o indivíduo que se acusa não acusasse mais facilmente os outros).[32]

De acordo com esta compreensão, a tortura não é um mal em si mesmo (enquanto apoucamento ou inclusive nadificação do outro), mas sim um instrumento "inútil"[33] ou "supérfluo"[34] à luz de uma concepção eficientista orientada segundo os fins do direito penal,[35] ou seja, um mecanismo contraproducente ou prejudicial desde a perspectiva de uma lógica de cálculo probabilístico das chances de descoberta da verdade: "o risco de torturar um inocente é tanto maior quanto maior for a probabilidade de que um homem, em condições iguais, antes tenha respeitado do que desprezado as leis".[36] Assim, *Beccaria* recusa a tortura primária e preponderantemente em virtude de razões utilitaristas, apenas de forma lateral por motivos humanitários: mesmo os argumentos de violação axiológico-normativa (*1* e *2*) e de degradação individual (*4*, *5* e *7*) atuam como meros fatores do juízo global de ponderação.[37] O humanismo que muitos creem encontrar na obra de *Beccaria* aparece subordinado às necessidades de um direito penal interessado na eficiente proteção da sociedade.[38]

A segunda via de fundamentação iluminista da proibição de tortura deriva de uma compreensão rigorosa[39] da filosofia do direito de raiz kantiana. Com

32. Todos estes argumentos reunidos, na ordem, em: BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 93 e ss.

33. Idem, p. 93.

34. Idem, p. 96.

35. AMBOS, Kai. Op. cit., p. 515.

36. BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 94, onde agrega (p. 96): "o êxito da tortura é, portanto, uma questão de temperamento e de cálculo, que varia em cada homem na proporção de sua robustez e da sua sensibilidade; tanto assim que com este método um matemático resolveria melhor do que um juiz o seguinte problema: dada a força dos músculos e a sensibilidade das fibras de um inocente, encontrar o grau de sofrimento que o fará confessar-se culpado de um dado delito".

37. Pode-se dizer, assim, que se trata de uma primitiva manifestação do chamado "consequencialismo de justiça", caracterizado por considerar no cômputo de vantagens e desvantagens aspectos axiológico-normativos. Sobre esta perspectiva, distinta do "consequencialismo clássico": BRUGGER, Winfried. Darf der Staat ausnahmsweise foltern? *Der Staat* 35/91 e ss.

38. Para esta leitura: AMBOS, Kai. Op. cit., p. 515-516.

39. Sendo certo, entretanto, que autores como *Brugger* e *Joerden* relativizam a proibição da tortura através de uma leitura "flexível" da filosofia de *Hegel*.

efeito, a enérgica recusa de *Kant* ao utilitarismo deixou como legado o princípio da proibição de instrumentalização, segundo o qual "um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil".[40] Logo, a proibição de tortura é um imperativo categórico,[41] ou seja, uma exigência[42] deontológica, independente de qualquer cálculo acerca de suas boas ou más consequências.[43]

Como visto, embora situadas no horizonte iluminista, o cotejo entre os modelos teóricos de *Beccaria* e *Kant* deixa mais nítida – não só na fundamentação do direito penal, mas também na fundamentação da proibição de tortura – a oposição entre consequencialismo e deontologismo,[44] uma clivagem

40. Embora sem tratar expressamente da tortura: KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 174-175, onde se refere à imposição de dor ou sofrimento ao teorizar sobre o "direito de punir e de conceder clemência".

41. Detalhado sobre esta categoria kantiana como base da ética deontológica: GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 84 e ss.

42. O termo "exigir" pode ser utilizado de duas formas. Primeiro, como "imperativo categórico", no sentido de reclamar ou demandar uma conduta através da imposição de um dever. Por exemplo: "é exigido prestar ajuda à vitima de acidente". Segundo, como "imperativo hipotético", expressando uma "relação de meio-fim", no sentido de reclamar ou demandar uma conduta como condição necessária para a obtenção de certo objetivo. Por exemplo: "para embarcar no avião, é exigido efetuar o *check in* uma hora antes da partida". Sobre isto: HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht nach logisch-anlytischer Methode*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983. p. 136-139 e 372 e 373; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung der Notwehr. *GA* 138/133-134.

43. GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 19 e 26.

44. SALIGER, Frank. Op. cit., p. 37-38; JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 30; BRUGGER, Winfried. Darf der... cit., p. 91 e ss. Enquanto os consequencialistas definem a correção moral de uma ação em função da qualidade de seus resultados segundo uma global e concreta ponderação, os dentologistas definem a correção moral de uma ação à luz de seu valor em si enquanto imponderável exigido através de uma norma de comportamento. Sobre a diferença no terreno da filosofia moral e da argumentação ética em geral, exaustivo: GRECO, Luís. Op. cit., p. 120 e ss. Antes, menos detalhado: NEUMANN, Ulfrid. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral. *JRE* 2/82 e ss. No âmbito da fundamentação do direito penal através da teoria do bem jurídico: GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *RBCCrim* 82/175 e ss.

muitas vezes difícil de ser percebida.[45] Seja como for, atualmente a proibição de tortura costuma ser compreendida não mais segundo a dominância de critérios de eficácia finalística, mas preponderantemente à luz da inviolabilidade da dignidade humana. Embora os argumentos de *Beccaria* não sejam totalmente descartados, a argumentação de eficiência fica atrás da argumentação de dignidade, como, aliás, confirmam os diversos textos humanitários do direito internacional e dos direitos nacionais.[46] De qualquer forma, este difundido modelo de proibição da tortura começa a enfrentar consideráveis problemas de delimitação conceitual e de fundamentação em face das situações de tortura salvadora.[47]

A tese favorável à excepcional autorização da tortura nestes casos nega a ideia de imponderabilidade da dignidade humana[48] e recorre principalmente

45. Para a intrincada separação dos argumentos neste âmbito: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 19-20, 26 e ss.; JEROUSCHECK, Günter; KÖLBEL, Ralf. Op. cit., p. 618. Com efeito, o direito penal é rico em hipóteses nas quais conclusões resultantes de considerações de "respeito" (proibição categórica) aparecem discursivamente fundamentadas em meras considerações de "conveniência" (recomendação hipotética). Sobre isso, em relação à proibição de tortura e a outros casos: GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *RBCCrim* 95/44 e ss. Especialmente em relação ao princípio da legalidade: GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes*... cit., p. 253-274, 517 e 519.

46. Trata-se, assim, de um "conceito de tortura orientado pela dignidade humana": AMBOS, Kai. Op. cit., p. 516-517. No mesmo sentido: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 8 e 10: "torturar é proibido. O fundamento desta proibição está em que a tortura viola a dignidade humana. Quanto a estas duas afirmativas, em si carecedoras tanto de precisão quanto de justificação, há amplo consenso"; DIAS, Augusto Silva. Op. cit., p. 210: "a tortura é universalmente considerada um atentado inadmissível à dignidade humana e ao direito das pessoas à integridade pessoal".

47. Negando a violação da dignidade humana do torturado, com o argumento de que aquilo que é lícito (tortura salvadora) não pode violá-la: HERZBERG, Rolf Dietrich. Op. cit., p. 322 e ss.; MERKEL, Reinhard. Op. cit., p. 396-397, onde acrescenta (p. 387 e 395) que o torturado não seria tratado como mero objeto ou fonte de perigo, mas como sujeito autônomo de um injusto imputável; OTTO, Harro. Op. cit., p. 480-481. O argumento, entretanto, não deixa de ser formal e circular. A violação da dignidade humana não é um conceito subjetivo ou intencional (dependente da finalidade perseguida ou do motivo subjacente), mas um conceito objetivo que se realiza na fratura da vontade e correspondente instrumentalização do sujeito como mero objeto ou fonte de satisfação do interesse de informação do Estado: JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 47.

48. Energicamente: HERZBERG, Rolf Dietrich. Op. cit., p. 324: "a imunidade à ponderação do valor da dignidade humana é um mero verbalismo"; MERKEL, Reinhard. Op. cit.,

a uma argumentação de ordem consequencialista.[49] Com efeito, a indagação central reza: a proibição absoluta da tortura nestas hipóteses não conduziria a insuportáveis consequências? Neste contexto, segue paradigmática a formulação teórica de *Brugger*, ao defender uma redução teleológica da proibição de tortura à luz daquilo que *Greco* denomina de "regra dos custos", vale dizer, de uma lógica de ponderação que submete o respeito à dignidade humana a uma reserva de cálculo de vantagens e desvantagens: "a dignidade é algo que apenas se tem de respeitar na medida em que os custos desse respeito não ultrapasse um determinado limite".[50]

Para *Brugger*, nestes casos o Estado tem não só uma autorização, mas inclusive um dever de recorrer à tortura, de modo que o cidadão a ser beneficiado tem o correspondente direito a exigi-la.[51] As situações de extrema necessidade de obtenção de uma informação salvadora reclamam um "correto balanço de justiça"[52] a considerar as repercussões sobre todos os eventuais afetados (desde o criminoso real ou potencial até os agentes policiais), vale dizer, um global e

---

p. 397, onde afirma que a imponderabilidade da dignidade humana é um dogma insustentável, um "grande autoengano do direito constitucional"; GÖTZ, Heinrich. Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes. *NJW* 58/956-957, onde admite a tortura salvadora com base em uma "cuidadosa ponderação".

49. Ao menos nos casos de terrorismo, não raro se invoca também um argumento deontológico formulado desde a perspectiva do chamado "direito penal do inimigo": ao não prestar a garantia de "suficiente segurança cognitiva" relativamente à observância do direito, o terrorista perde o *status* de pessoa e torna-se um mero objeto passível, entre outras coisas, de sofrer tortura. Assim: JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 843 e 849, onde destaca (p. 843) que a dignidade pessoal "é o resultado de uma opção, que deve ser efetuada!" Informativo, denominando este argumento de "regra da decadência", segundo a qual "a dignidade é algo que se pode perder em razão de um comportamento prévio inadequado": GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 18 e 22. Não cabe neste lugar insistir sobre o evidente (e já tantas vezes destacado) absurdo de uma tese que considera a dignidade humana um atributo externamente concedido e retirado de acordo com o mérito ou o demérito do "candidato". Para uma articulada crítica ao direito penal do inimigo: CAETANO, Matheus Almeida. O autofágico direito penal do inimigo: por uma resistência garantista. *Revista Estudos Jurídicos Unesp* 19/222 e ss.

50. GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 20 e 26, embora considerando (p. 15) *Brugger* também como defensor do argumento deontológico indicado na nota anterior. Inicialmente, em virtude do efeito-tabu, a teorização de *Brugger* teve escassa ou nenhuma repercussão na doutrina. Sobre isso: POSCHER, Ralf. Op. cit., p. 758.

51. BRUGGER, Winfried. Vom unbedingten... cit., p. 170-171.

52. BRUGGER, Winfried. Darf der... cit., p. 75.

O segundo juízo de ponderação refere-se à extraordinária dimensão do mal que ameaça suceder, vale dizer, às repercussões do dano esperado. Nas situações de necessidade de obtenção de uma informação salvadora a imposição do suplício deve ser autorizada porque a pior das torturas nada é se comparada com a perda da vida de uma ou de várias pessoas. Nesta linha, quanto maior o número de vidas ameaçadas, mais evidente será este balanço.[57]

Por fim, o terceiro juízo revelaria uma contradição valorativa entre a proibição de tortura salvadora e a permissão do disparo final de salvamento em situações de iminente perigo de morte ou grave ofensa à integridade física. Para salvar a vida de um refém admite-se o mais (tiro fatal), mas não o menos (tortura não letal). Um tratamento jurídico diferenciado que seria manifestamente injusto em face da semelhança ou analogia entre as situações.[58]

Entretanto, estes sucessivos juízos de ponderação são dificilmente sustentáveis. *Brugger* deriva da proibição kantiana de instrumentalização uma – supostamente implícita – "exigência de adequação no sentido da moderna doutrina da proporcionalidade", de modo que "a dignidade humana deve ser respeitada na escolha dos meios de coação; mas nas situações em que a dignidade humana será de todo modo violada, a finalidade da proibição jurídica de forma alguma poderá ser o asseguramento das condições gerais de liberdade, ou seja, fatica-

---

perda da civilidade do direito. Mas também está fora de questão que em uma situação em que a barbárie, faça-se o que se faça, terá lugar de qualquer forma, o direito deve se colocar não do lado do autor, mas do lado da vítima". Também: BRUGGER, Winfried. Darf der... cit., p. 79-81, 85, 88-89, 91 e ss. Para uma ponderação semelhante: MIEHE, Olaf. Op. cit., p. 1120; ENGLÄNDER, Armin. *Grund und Grenzen der Nothilfe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 339 e ss.

57. BRUGGER, Winfried. Darf der... cit., p. 69 e 79; BRUGGER, Winfried. Vom unbedingten... cit., p. 165 e 169. Concedendo especial relevância a esta consideração: JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 513 e ss., onde, todavia, reconhece efeito justificante (legítima defesa de terceiros) somente à tortura realizada por particulares, uma vez que esta, diferentemente da tortura realizada pelo Estado (que tem o afetado em custódia e por isso é garante de sua integridade), não revelaria qualquer perigo de generalização. Também neste sentido: MERKEL, Reinhard. Op. cit., p. 384, 393 e ss.

58. Assim: BRUGGER, Winfried. Vom unbedingten... cit., p. 168-169; BRUGGER, Winfried. Darf der... cit., p. 75-78. Também considerando paradoxal a permissão de um homicídio em situação de legítima defesa e a proibição absoluta da tortura salvadora estritamente necessária: MERKEL, Reinhard. Op. cit., p. 399-400; KÜHL, Kristian. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 6. aufl. München: Vahlen, 2008. p. 169: quando o bem jurídico mais elevado (vida humana) pode ser protegido através da legítima defesa, a isto não se poderia opor princípios também importantes como a proibição de tortura e a dignidade humana.

mente preferir o infrator da lei e entregar a vida e dignidade da vítima inocente ao terror privado".[59] Mas assim *Brugger* desvirtua totalmente o sentido de limite categórico originariamente atribuído à dignidade humana, fazendo com que esta figura deixe de assumir qualquer sentido prático que justifique seu chamamento teórico-discursivo. Na verdade, estamos mais uma vez diante de uma mostra de "como o princípio da dignidade da pessoa humana é empregue por 'dá cá aquela palha' – degradando-o a mera bandeira que vai perdendo cor e densidade axiológica".[60]

Também não deixa de ser problemática a figura da colisão entre dignidades, vale dizer, a assunção de que nestes casos a dignidade humana será de todo modo violada. O argumento parte da ideia de que existe uma genuína situação de colisão ou ponderação quando a renúncia à salvação através da tortura significa ao mesmo tempo uma violação da dignidade humana da vítima, semelhante àquela que resulta da tortura do autor. No entanto, esta é uma premissa incorreta. Pois apesar de estar obrigado a proteger a vida e a dignidade da vítima na medida do fática e juridicamente possível, o Estado está simultaneamente proibido de realizar qualquer violação da dignidade humana e, por consequência, de torturar, de modo que a omissão da tortura nunca pode ser interpretada como violação da dignidade humana do sujeito eventualmente beneficiado com o tormento. Por outros termos ainda: o dever de agir do Estado não pode ser juridicamente realizado quando o seu cumprimento significa a violação ativa da dignidade humana.[61] Isto exclui as condições de possibilidade

59. BRUGGER, Winfried. Darf der... cit., p. 88-89. No mesmo sentido, ao derivar do imperativo categórico um princípio de universalização como princípio consequencialista (o que aconteceria se todos fizessem o mesmo?): JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 499, 509, 512 e ss.

60. COSTA, José de Faria. O direito, a linguagem e a terceira pessoa. In: NUNES, António José Avelãs et al (coords.). *O direito e o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 509. Ainda sobre o uso abusivo ou inflacionário (emocionalização e bagatelização) da noção de dignidade: HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 337.

61. ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 772, onde acrescenta que a proteção do cidadão só pode ser realizada nos limites legais do Estado de Direito e que o limite superior está precisamente na proibição de tortura. O raciocínio assume a ideia de que, assim como a vida humana (enquanto base da dignidade) é um direito restringível, também a dignidade (enquanto manifestação da vida humana), também o deveria ser (tese do acoplamento). Assim, a ponderação entre dignidades seria tão possível quanto a ponderação entre vidas. Mas isso não convence. A omissão do Estado em cumprir o seu dever de ação de proteger o cidadão não pode afetar a dignidade da vítima, pois a violação da dignidade de ao menos um dos sujeitos envolvidos na suposta situação

de um genuíno "dilema de dignidade humana" ou de uma verdadeira "situação de escolha trágica". Deste modo, "o lema 'dignidade contra dignidade' sugere uma simetria jus-fundamental que na verdade não existe", uma vez que "a proteção estatal de particulares contra a violação de sua dignidade nunca pode ser realizada à custa da dignidade de outro particular".[62] Mesmo se assim não fosse, a suposta violação da dignidade da vítima não beneficiada com a tortura de forma alguma poderia legitimar a intervenção estatal na dignidade do autor: se deseja manter o seu caráter de Estado de Direito, o Estado não pode se servir dos mesmos métodos do criminoso.[63] Se o assunto é dignidade, não se pode esquecer que a própria proibição de tortura é uma "expressão da dignidade do Estado".[64]

Segundo o argumento, na medida em que a violação da dignidade de um indivíduo pode ser autorizada se houver um interesse suficientemente relevante nessa violação, qualquer um pode ser arbitrariamente instrumentalizado a favor de fins alheios, bastando que os demais considerem tais metas suficientemente valiosas. Não se reconhece, assim, um núcleo da personalidade absolutamente protegido contra as intervenções de terceiros. Mas ao submeter o respeito da dignidade humana a uma reserva de cálculos de vantagens e desvantagens, a "regra do custo" não só resulta dificilmente harmonizável com a própria ideia de que o Estado deve exercer sua autoridade em nome de todos os seus destinatários, como também acaba simplesmente renunciando à dignidade enquanto valor intrínseco e independente dos interesses dos demais. A dignidade humana envolve, na tradição kantiana do termo, um chamado deontológico, cuja força vinculante não está condicionada pelas boas ou más

---

de conflito sempre será também uma razão contra a atuação do Estado. Se a tese fosse correta, toda violação do direito à vida seria uma violação da dignidade humana, o que deixaria sem sentido a posição sistemática da dignidade na Constituição (antes do direito à vida). Além disso, a dignidade humana pode ser protegida sem qualquer acoplamento à vida biológica (como mostra a proteção do direito geral de personalidade para além da morte). Inversamente, pode haver vida sem dignidade (como sugere a intensa discussão no terreno da bioética). Neste sentido, inexiste uma verdadeira situação de colisão. No confronto entre vida e dignidade, sempre esta última terá a preferência. Para isso, não é preciso uma fórmula de ponderação segundo o princípio da proporcionalidade. Sobre isso: JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 47-49.

62. MERTEN, Jan. Op. cit., p. 407-408.

63. ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 771.

64. JÄGER, Christian. Das Verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates. In: PUTZKE, Holm. *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 546.

consequências eventualmente derivadas do atendimento da exigência. Portanto, não há o mínimo espaço para se poder falar em colisão entre dignidades, a ser resolvida mediante ponderação. Pois a dignidade não é um bem que se deve maximizar ou otimizar, mas antes uma limitação deontológica à maximização ou otimização de qualquer bem.[65]

Ademais, mesmo admitindo a correção, *ad argumentandum tantum*, das considerações utilitatistas-consequencialistas, não deixa de ser empiricamente questionável o juízo segundo o qual o dano esperado – indubitavelmente

65. Assim: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 26-27. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 771: "a violação contra a dignidade humana coloca um limite a toda e qualquer ponderação". Também enfatizando o caráter absoluto da dignidade humana e sua blindagem em relação à racionalidade instrumental: POSCHER, Ralf. Op. cit., p. 760. *Schünemann* [Comentário ao estudo de Luís Greco – GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 38 e 39] considera que a argumentação de *Greco* envolve uma "conclusão circular", pois se, *per definitionem*, se estabelece um conceito de dignidade humana excludente de qualquer ponderação, evidentemente não mais haverá ponderação alguma. E tal conceito só seria possível "pressupondo-se uma concepção do absoluto religiosamente fundada, que é mesmo absurda face a uma sociedade voltada para a questões finitas deste mundo e ao direito que a ela se dirige". Além disso, assim "como também a existência do prisioneiro é reduzida à de uma criatura mantida numa jaula, temos na tortura (apenas) um incremento quantitativo, o que não pode legitimar o salto qualitativo para o mundo do absoluto (em forma de imponderabilidade), do qual não fazem parte quaisquer coisas terrenas". Todavia, estas críticas não convencem. Sem dúvida, uma compreensão exclusivamente deontológica do direito seria hoje (aliás, como sempre o foi) insustentável. Mas as considerações de ordem consequencialista são apenas reflexões que complementam o irrenunciável ponto de partida deontológico da ordem jurídica. Isto fica evidente quando o direito proíbe condutas que, desde a perspectiva do utilitarismo moral, deveriam ser permitidas. Logo, a ordem jurídica possui um resistente núcleo de estruturas que bloqueia as valorações utilitaristas e as tendências de "absolutização" do "relativo". Sobre o ordenamento jurídico como complexa rede de combinação entre elementos deontológicos e consequencialistas, destacando a dimensão deontológica como sua estrutura fundamental: NEUMANN, Ulfrid. Op. cit., p. 84 e ss. Por outro lado, a passagem da pena de prisão para a tortura não encerra somente uma mudança quantitativa. Pois no próprio seio das medidas estatais de coação existem pontos em que o aumento quantitativo assume-se como algo qualitativamente diferente: o Estado pode restringir temporariamente a liberdade de locomoção de um criminoso, mas não pode privá-lo de toda a liberdade perpetuamente; pode obrigar o delinquente a trabalhar por um tempo a favor da comunidade, mas não pode reduzí-lo à escravidão; pode deter e interrogar o suspeito do cometimento de um crime, mas não pode forçá-lo a falar de modo a cooperar na sua autoincriminação. Neste sentido: DIAS, Augusto Silva. Op. cit., p. 220.

de dimensões catastróficas (ao menos nos casos de atentados terroristas em massa) – seria maior do que o que se produziria através da permissão da tortura. Trata-se de uma afirmação ideológica, muito influenciada pela densa carga emocional "à flor da pele" que tais casos despertam, uma afirmação que dolosa ou negligentemente ignora os perigos de "ruptura do dique" que a autorização da tortura implica e se precipita em uma decisão apressada e irrefletida que viola a exigência de imparcialidade, exatamente um dos princípios mais nucleares do próprio consequencialismo: quando enfatizamos os danos que nós vamos sofrer em detrimento dos danos que podem resultar da autorização da tortura, estamos a validar uma "análise custo-benefício pela metade".[66]

Com efeito, a permissão da tortura significa a sua institucionalização oficial e invariavelmente traz consigo o perigo do "efeito de arrastamento" ou dos "passos sucessivos",[67] vale dizer, o risco de deixar entrar pela porta agora aberta situações bastante próximas ou vizinhas àquelas originariamente admitidas segundo a intencionalidade da permissão. Através da "ruptura de dique" ou da "rampa escorregadia", a autorização facilmente culminaria no retorno a um Estado torturador. De um lado, a especial força simbólica da quebra de uma norma tão basilar em qualquer cultura jurídica faz com que a primeira quebra não seja o término, mas sim o ponto de partida para outras quebras, em uma tendência de crescente ou progressiva flexibilização a abarcar cada vez mais casos à luz de exigências cada vez menores – hipóteses em que a ameaça ao bem protegido não é tão aguda, a responsabilidade pela situação de necessidade não é tão certa, a capacidade de afastar o perigo não é tão segura ou a informação a ser obtida não é tão relevante.[68] Da outra banda estão possíveis ou prováveis consequências distantes ou efeitos em longo prazo que deságuam na "perda da juridicidade estatal e do sentimento de humanidade", bem como no receio de que Estados com tradição jurídica menos consolidada sintam-se tentados a au-

66. Sobre tudo isso: GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 27-30, onde o primeiro agrega (p. 31-32) que o caráter ideológico (só aparentemente empírico) da análise custo-benefício também se deixa transparecer através da premissa, "repetidamente refutada pela história, segundo a qual se deve temer mais aos particulares do que ao Estado".

67. Para esta figura analítica, embora trabalhada no debate sobre admissibilidade da eutanásia: COSTA, José de Faria. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 783-784.

68. JEROUSCHECK, Günter; KÖLBEL, Ralf. Op. cit., p. 619, onde, entretanto, consideram estes perigos somente para explicar o caráter excepcional da admissão da tortura.

torizar sem restrições a tortura.[69] E ao lado da criação da inusitada profissão de "torturador", verifica-se um considerável aumento do risco de ampliar a prática da tortura contra inocentes.[70] Por último, abre-se um flanco que permite legitimar, v.g., a pena de morte, a castração obrigatória de criminosos sexuais ou até mesmo os assassinatos seletivos de terroristas conhecidos, assim como a violação de direitos fundamentais no combate ao crime organizado.[71] Em suma: seria ilusório impor limites à institucionalização da tortura, de modo que nenhum cidadão sob a custódia do Estado poderia continuar seguro de não ser torturado.[72]

Por fim, também fracassa a comparação consequencialista da tortura salvadora com o disparo mortal ou final de salvamento. Pois o argumento *a maiore ad minus* – se é lícito matar, deveria ser lícito torturar – ignora não só que o ordenamento jurídico decidiu-se inequivocamente a favor da ausência de uma norma textualmente formulada,[73] mas também que o disparo final de salvamento pode ser normativamente menos grave do que a tortura (esta última afeta exatamente o que o ser humano tem de mais íntimo) e que nas situações de disparo fatal o sequestrador não se encontra sob a guarda do Estado.[74] Com efeito, enquanto a legítima defesa se dirige contra a conduta perigosa do agressor na medida do necessário para a proteção do bem jurídico agredido, a tortura não se contenta com uma defesa física, senão transforma o corpo e a alma do afetado em mero objeto sem vontade de uma ação de violência. É nesta instrumentalização da personalidade do torturado que reside a violação

69. Também reconhecendo estes riscos apenas para assimilá-los no cálculo utilitarista de justiça e destacar a excepcionalidade da autorização da tortura: BRUGGER, Winfried. Darf der... cit., p. 96-97; BRUGGER, Winfried. Vom unbedingten... cit., p. 173, onde decide "tolerar uma considerável perda da civilidade do direito".

70. PERRON, Walter. Foltern in Notwehr? In: HEINRICH, Bernd et al (hrsg.). *Festschrift für Ulrich Weber*. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2004. p. 152 e ss.; JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 519.

71. GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 19.

72. JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 518.

73. JEROUSCHECK, Günter; KÖLBEL, Ralf. Op. cit., p. 617. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 771: o direito internacional proíbe a tortura, mas não o homicídio em situação de legítima defesa de terceiros quando isto for imprescindível para salvar uma vida.

74. GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 14. No mesmo sentido: JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 517; JEROUSCHECK, Günter; KÖLBEL, Ralf. Op. cit., p. 617, onde afirmam que: "homicídio e tortura são dificilmente comparáveis" e que a permissão do disparo final de salvamento não encarna uma tendência de universalização da exceção.

de sua dignidade enquanto fenômeno que vai além da mera defesa contra a agressão ilícita.[75]

Tudo isso nos leva a conservar a proibição de tortura, ainda que em sua modalidade "salvadora", como uma proibição categórica, inquestionável, absoluta, imponderável, inclusive em momentos de extrema necessidade: *fiat iustitia, pereat civitas*.[76] Por outros termos ainda: o respeito à dignidade humana continua a ser o verdadeiro *definitional stop*, a última barreira, o limite inultrapassável estabelecido através de algo que se impõe com o caráter absoluto, exatamente a imponderabilidade que o "eu" onto-antropologicamente convoca, vale dizer, o horizonte de autodeterminação que o "ser-pessoa" originariamente assume como sua própria diferença específica, como projeto de vida e de morte, em sua incomensurável finitude que busca a transcendência pela assunção do "outro" como *frater*, *hospes* e *amicus*.[77] Logo, em nenhuma hipótese – independente do quão grande seja o interesse a ser realizado através de sua inflição – a tortura poderá ser justificada (nem pela legítima defesa, nem pelo estado de necessidade justificante, nem por outra qualquer causa de exclusão da ilicitude).[78] Sua utilização continua a ser ilícita. Não há nenhuma lacuna de regulação. E mesmo se houvesse, seria o caso de indagar se a sua eliminação não deveria ser uma tarefa do legislador democraticamente legitimado.[79] Isso

---

75. ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 771. Por outros termos ainda: a diferença entre a tortura e o homicídio ou a lesão corporal reside no fato de o homicídio e a lesão corporal não afetarem *eo ipso* a dignidade humana: HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 336.

76. Não por acaso, o art. 15, II, da Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece que nem o Estado de Guerra nem outro Estado de Necessidade Pública podem significar a derrogação da proibição de tortura. No mesmo sentido caminha o art. 2, n. 2, da Convenção Antitortura da Organização das Nações Unidas: nenhuma circunstância excepcional pode ser invocada como justificativa para a tortura.

77. Sobre isso e o *definitional stop*, categoria elaborada por *Hart*: COSTA, José de Faria. O fim da vida... cit., p. 777-780, 783, 786-787, 802 e 804.

78. Não cabe legítima defesa porque os casos de violação da dignidade humana configuram uma especial hipótese de restrição ético-social. Já o Estado de Necessidade justificante fica excluído em razão da cláusula de adequação (de natureza deontológica) que limita a ponderação. Neste sentido, com base no valor absoluto (imponderável) da dignidade humana: ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 707 e 771; NOROUZI, Ali. Op. cit., p. 308 e ss.; SALIGER, Frank. Op. cit., p. 48-49; HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 338-339; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. aufl. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 138; KÜHL, Kristian. Op. cit., p. 169 e 210; JÄGER, Christian. Op. cit., p. 541 e ss.; KINZIG, Jörg. Op. cit., p. 805 e ss.; PERRON, Walter. Op. cit., p. 145 e ss.; PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 521 e ss.; HERZOG, Felix. Op. cit., § 32, nm. 59.

79. KINZIG, Jörg. Op. cit., p. 805.

não significa, entretanto, que o autor da tortura salvadora não possa, em face das circunstâncias do caso concreto, ser exonerado por uma causa de exculpação ou de exclusão da pena. Questão essa que, *brevitatis causa*, escapa aos estreitos limites deste trabalho.[80]

4. RELATIVIZAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO DA PROVA OBTIDA ATRAVÉS DA TORTURA?

Deixando de lado as questões empíricas que o efeito de arrastamento ou de ruptura do dique suscita, nada altera o fato de que "a admissão da tortura, ainda que para uma situação excepcional, significa que se reabilita uma estratégia de solução de problemas que deveria permanecer exilada do âmbito daquilo que sequer se pode levar em consideração".[81] Parece ao menos plausível que uma das eventuais consequências negativas do excepcional "amolecimento" ou "osteomalacia" da proibição da tortura nas hipóteses de necessidade de obtenção de uma informação salvadora seja o perigo de que a relativização ocorrida no âmbito do "combate preventivo" acabe por contaminar de alguma forma o "combate repressivo" da criminalidade.[82]

Com efeito, diante da crescente aproximação e mesmo (con)fusão entre as atividades oficiais de prevenção e repressão,[83] nada parece excluir desde o

80. KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., p. 138. Está excluído o recurso à figura do Estado de Necessidade exculpante, na medida em que sua incidência exige a salvaguarda de interesses de uma pessoa "próxima". Para a admissão da possibilidade de exculpação através de outra figura (eventualmente supra-legal): ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 1033-1034, onde cogita acerca da exclusão da responsabilidade em situações absolutamente atípicas ou extremas (não no caso Daschner, para o qual reconhece apenas uma redução da pena); ROXIN, Claus. Rettungsfolter... cit., p. 205 e ss. Ainda: DIAS, Augusto Silva. Op. cit., p. 221 e ss.; AMBOS, Kai. Op. cit., p. 519-520; KINZIG, Jörg. Op. cit., p. 812 e ss., onde indaga também sobre a figura do "espaço livre do direito". Para uma eventual desculpa em virtude de excesso astênico de legítima defesa: JÄGER, Christian. Op. cit., p. 552. Sobre a possibilidade de um erro de proibição: SALIGER, Frank. Op. cit., p. 63-64. No pior dos quadros, o autor deve assumir as consequências de uma decisão individual eticamente responsável, lidar com o mal-estar da quebra do tabu e suportar o elevado risco de sanção (v.g., ser afastado do serviço ou ser preso): POSCHER, Ralf. Op. cit., p. 760-762.

81. GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 28.

82. JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 519.

83. Assim: JAHN, Matthias. Gute Folter... cit., p. 39-40, onde acrescenta que a dificuldade na delimitação entre "suspeito" e "perigo" conduz a um "direito de segurança" ou um "direito policial penal" em que se misturam faculdades de intervenção do serviço de

início e com segurança o risco de que esta flexibilização afete também o direito das proibições de prova, através de uma redução teleológica semelhante àquela que *Brugger* formula no âmbito do direito material. Não por acaso, *Jakobs* defende abertamente a violação do § 136a do Código de Processo Penal alemão quando a persecução se referir à criminalidade objeto do chamado "direito penal do inimigo", com o argumento de que neste setor "a imposição de pena e a evitação de perigos se confundem por completo".[84]

Enquanto afloramento do princípio da dignidade humana, o sistema de proibições de prova[85] baseia-se em duas ideias fundamentais. Em primeiro lugar, o acusado não é objeto, mas participante do processo criminal: o fato de ser suspeito da prática de um crime não o faz perder a legítima pretensão de respeito à sua dignidade pessoal. Em segundo lugar, no processo criminal a verdade não pode ser procurada a todo custo, mas apenas de um modo "conforme a justiça".[86] No plano teórico, a dogmática das proibições de pro-

---

inteligência, do direito policial e do direito processual penal. Ainda sobre a dissolução das fronteiras: ANDRADE, Manuel da Costa. *"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. 129 e ss. A existência de "medidas com dupla função" (policial e processual) tem como consequência principal (segundo a teoria do ponto de gravidade) a aplicação do sistema de proibição de provas aos depoimentos realizados na esfera policial. Por todos: SALIGER, Frank. Op. cit., p. 42-44.

84. JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 849. Não é demais lembrar que, durante a idade média, a prática da tortura (inquisitorial) caracterizou uma espécie de "direito penal do inimigo" contra hereges e outros sujeitos prejudiciais às nações: JEROUSCHECK, Günter. Op. cit., p. 298-299.

85. Para uma recente tentativa de sistematização e reconstrução material da teoria das proibições de prova: AMELUNG, Knut. *Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 11 e ss. As proibições de prova não devem ser confundidas com as simples regras de produção de prova, consideradas meras formalidades destinadas a disciplinar o curso e o procedimento exterior da realização da prova. A distinção, entretanto, não deixa de ser sutil e fluida: ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 83 e ss.; ROSA, Luís Bértolo. Consequências processuais das proibições de prova. *RPCC* 20/221; MORÃO, Helena. O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português. *RPCC* 16/585-586. No mesmo sentido, sobre a distinção entre provas "ilícitas" e provas "ilegítimas" (estas subordinadas ao regime geral de nulidade): MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 202 e ss.

86. KLEINKNECHT, Theodor; KARLHEINZ, Meyer. *Beck'sche Kurz-Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 6*. 42. aufl. München: Beck, 1995. § 136a, nm. 1. São

va arranca da basilar distinção[87] entre proibições de obtenção ou produção de prova e proibições de aproveitamento ou valoração de prova. Enquanto as primeiras vedam a utilização de determinados métodos ou meios destinados a encontrar ou granjear elementos de convicção, as segundas vedam a utilização de elementos probatórios ilicitamente obtidos na fundamentação da decisão[88]

---

destinatários das proibições de prova todos os órgãos estatais envolvidos na persecução criminal. Inicialmente, a proibição de valoração não possui eficácia horizontal em relação a terceiros particulares. De modo que a prova ilicitamente produzida por estes deve ser, em princípio, aproveitável. Mas isso não vale de forma absoluta, senão admite exceções nos casos de crassa ou extrema violação da dignidade humana (como na tortura) e de privatização da função policial. Assim: MEYER-GOßNER, Lutz; CIERNIAK, Jürgen. *Beck'sche Kurz-Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 6.* 53. aufl. München: Beck, 2010. § 136a, nm. 3. Só para a primeira situação: ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch.* 25. aufl. München: Beck, 1998. p. 194-195; OTTO, Harro. Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren. *GA* 117/299; KLEINKNECHT, Theodor. Die Beweisverbote im Strafprozeß. *NJW* 19/1541-1543 e 1545. Para uma irrestrita aplicação das proibições de prova a quaisquer particulares: ROGALL, Klaus. Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten. *ZStW* 91/41, onde argumenta que a entidade estatal viola o princípio do Estado de Direito quando infringe o seu amplo dever de proteção do cidadão contra agressões de particulares e se beneficia disso para satisfazer sua pretensão punitiva; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições...* cit., p. 197, 212 e ss.; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Proceso Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Européia dos Direitos do Homem.* 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011. art. 126, nm. 2.

87. E tudo leva a crer que este paradigma seguirá a presidir toda a dogmática do direito das proibições de prova. Sobre isso: ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições...* cit., p. 90-91.

88. As proibições de produção de prova, por sua vez, distinguem-se entre proibições de tema de proba (assuntos submetidos a segredo), proibições de meios de prova (v.g., proibição do depoimento de testemunhas não esclarecidas acerca da faculdade de recusa) e proibições de métodos de prova (v.g., engano, tortura). Para esta classificação: ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht...* cit., p. 180-183; ROSA, Luís Bértolo. Op. cit., p. 221-222; GÖSSEL, Karl Heinz. Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren. *NJW* 34/650. Ainda sobre a distinção entre proibições de produção e proibições de valoração: ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 2-4; JAHN, Matthias. Grundfragen und aktuelle Probleme der Beweisverwertung im Straf- und Steuerstrafverfahren. In: _____ et al (hrsg). *Festschrift für Heinz Stöckel.* Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 264 e 265; ANDRADE, Manuel da Costa. *"Bruscamente...* cit., p. 120, 126, 132, 135 e ss.; JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção da prova em processo penal.* Coimbra: Almedina, 2011. p. 94 e ss.; MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.).

(condenação).[89] O problema central neste âmbito reside em saber quando a violação de uma proibição de produção da prova conduz a uma proibição de valoração do resultado probatório alcançado. Uma questão que convoca toda a intrincada discussão teórica sobre o fundamento e o alcance da proibição de aproveitamento da prova.[90]

Desde logo, a tortura segue como um método de obtenção de prova absolutamente proibido. Além disso, os elementos probatórios resultantes da eventual prática de tortura estão sujeitos também a uma proibição de valoração: as provas assim obtidas não podem ser utilizadas como apoio da condenação. Toda-

---

Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004. p. 134 e 141.

89. Como as proibições de prova buscam proteger os direitos fundamentais do acusado, será legítima a valoração da prova ilicitamente obtida quando isso lhe favorecer (absolvição). Se o afetado for inocentado com a informação, o juiz tem não só o direito, mas também o dever de valorar a prova. Por todos: AMELUNG, Knut. Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverboten. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al (hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 1271; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições*... cit., p. 63-64; ROSA, Luís Bértolo. Op. cit., p. 251 e s.

90. Alguns sistemas legais, como o brasileiro (art. 5.°, LVI, da CF/1988 e art. 157 do CPP) e o italiano (art. 191 do Código de Processo Penal) consideram em geral que toda e qualquer infração de uma proibição de prova conduz *eo ipso* a uma proibição de valoração da prova obtida. Outros sistemas, como o alemão e o português, recusam esta "ponte" necessária e adotam o princípio da abstração ou da separação: a violação de uma proibição de prova conduz a uma proibição de valoração somente quando houver uma específica disposição expressa neste sentido ou quando houver uma fundamentação teórico-material. Somente nestes últimos espaços faz sentido a distinção entre proibições de valoração dependentes ou não autônomas (que resultam da violação de uma proibição de produção de prova) e proibições de valoração independentes ou autônomas (que derivam não da infração de uma proibição de produção de prova – a obtenção é, em si mesma, lícita – mas da violação direta de uma norma constitucional). Para a formulação do problema: ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 3-4, 12 e 23; ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*... cit., p. 183; KÜPPER, Georg. Tagebücher, Tonbänder, Telefonate – Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren. *JZ* 45/417; FEZER, Gerhard. *Strafprozessrecht, Band II, Hauptverfahren, Rechtsmittel*. München: Beck, 1986. p. 144-145; KELNHOFER, Evelyn. *Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. 54; AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – Fundamentación teórica y sistematización. *Política Criminal* 7/6-7; ANDRADE, Manuel da Costa. "*Bruscamente*... cit., p. 132 e ss., onde enfatiza a autonomia do regime de proibição de valoração face ao regime das meras nulidades; MORÃO, Helena. Op. cit., p. 588 e ss.

via, a análise das condições de possibilidade teórica de uma discussão acerca do eventual encurtamento teleológico do âmbito de proteção das normas que vedam a sua valoração passa necessariamente pelo estudo da *ratio* das proibições de aproveitamento da prova em processo penal. Mais exatamente, convoca o revisitar de algumas das mais importantes ideias que nas últimas décadas assumiram o intento dogmático de explicar o sentido e a legitimidade destas regras.

1. Uma inicial linha de pensamento pode ser encontrada na *teoria do meio ou recurso legal*. Segundo esta rudimentar compreensão da matéria, a proibição de valoração do resultado probatório derivado da infração das regras de obtenção da prova ofereceria ao acusado um remédio jurídico eficaz contra a violação arbitrariamente cometida pelo Estado.[91]

Todavia, esta compreensão ignora que a legislação já coloca à disposição do acusado uma ampla gama de instrumentos de reação contra a violação de seus direitos, vias estas suficientemente eficazes na proteção de seus interesses. Ademais, a ideia de um adicional recurso de proteção teria como consequência necessária a afirmação de que toda violação de uma regra sobre produção de prova deveria conduzir à proibição de sua valoração.[92] Por último, a proibição de aproveitamento só teria lugar se invocada pelo acusado.[93]

Seja como for, a relativização da proibição de valoração nas situações de tortura salvadora não seria admissível à luz deste modelo. Pois estes casos de forma alguma desafiariam a eficácia da proibição em termos de proteção ou acusado contra a ilicitude estatal. Pelo contrário: o extraordinário nível de gravidade da ilicitude contida na realização da tortura inclusive reforçaria a necessidade da proibição de valoração como meio a ser utilizado no combate à arbitrariedade do Estado.

2. Para a *teoria da pureza do processo*, o fundamento das proibições de valoração da prova estaria na necessidade de conservação da castidade da administração da Justiça Criminal através da eliminação de toda e qualquer "nódoa" ou "mancha" que possa macular a sua limpidez. O determinante seria a demonstração da superioridade moral do Estado, contrária à introdução no processo de qualquer meio de prova obtido ilicitamente.[94]

---

91. Para uma breve menção a este modelo: OTTO, Harro. Grenzen... cit., p. 290; DENCKER, Friedrich. *Verwertungsverbote im Strafprozeß*. Köln: Heymanns, 1977. p. 79.

92. Veja-se o que se disse na nota 90 acerca dos modelos de "ponte" necessária e os modelos de separação.

93. Por todos: ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 12.

94. HAFFKE, Bernhard. Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot. *GA* 120/72.

Entretanto, convém objetar que a persecução penal não se traduz e de forma alguma pode se traduzir em uma tarefa de cunho moral, senão assume-se como uma missão ético-social intencionalmente comprometida com a tutela dos bens jurídicos mais importantes em uma comunidade de homens e mulheres historicamente situados. Por outras palavras ainda: o que decide sobre as consequências da violação de uma proibição de prova são os critérios de contrariedade ao direito, não os critérios de contrariedade à moral.[95] Ademais, esta compreensão concede um escasso alcance às proibições de valoração, pois consegue explicar apenas as proibições de aproveitamento em casos de extrema violação da dignidade humana.[96]

Logo, tampouco esta formulação admitiria uma relativização da proibição de valoração da prova nos casos de tortura salvadora. Pois a utilização deste método continua a ser – ao menos no marco do moralismo não consequencialista subjacente ao modelo teórico em análise – a mais repudiável forma de obtenção da verdade, capaz de macular indelevelmente toda a atividade de persecução criminal.

3. De acordo com a *teoria da esfera jurídica*, a proibição de valoração da prova ilicitamente obtida envolve primariamente um problema de legitimação para o exercício do direito de recurso (revisão) e deve ser compreendida à luz desta perspectiva. Neste horizonte, urge saber se a violação da proibição de obtenção da prova afeta a esfera jurídica do acusado, da testemunha ou de um terceiro. No tocante ao acusado, o recurso tem lugar não contra toda e qualquer violação das normas processuais, mas apenas contra aquelas que afetam "essencialmente" a sua esfera jurídica (composta não somente pelo interesse em uma objetiva descoberta da verdade, mas também pelo direito de defesa e pelo interesse na salvaguarda dos direitos extraprocessuais recortados em virtude da busca da verdade). Também nestas circunstâncias se coloca, reflexa ou indiretamente, a proibição de valoração. Em síntese: tanto o direito de interpor recurso quanto a proibição de aproveitamento da prova emergem apenas nos casos em que a norma violada protege unicamente a esfera jurídica do acusado, não quaisquer outros interesses de terceiros.[97]

---

95. OTTO, Harro. Grenzen... cit., p. 290-291; ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 12; DENCKER, Friedrich. Op. cit., p. 55 e ss.

96. WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 440.

97. Trata-se de uma teoria com raízes na jurisprudência alemã. Informativos: ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 25; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições*... cit., p. 91-93; FEZER, Gerhard. Op. cit., p. 145.

Contudo, ao considerar a problemática unicamente desde a perspectiva da recorribilidade (revisibilidade) da decisão, a teoria da esfera jurídica não oferece nenhum critério suficientemente concreto e determinado para definir a (in)aproveitabilidade do resultado probatório ilicitamente obtido. A vagueza e a circularidade do conceito de "esfera jurídica" permitem nele incluir também a própria "pretensão de concessão da justiça", vale dizer, o legítimo interesse de que a intervenção de todos os envolvidos – especialmente a dos órgãos estatais – observe estritamente os padrões processuais. Aliás, uma pretensão titularizada não apenas pelo acusado, mas também pelos demais participantes do processo.[98] Assim, o acusado tem não só o direito à observância das normas que vão especificamente dirigidas à sua proteção, mas também o direito a um processo que esteja integralmente em conformidade com as exigências de justiça, de modo que também neste último âmbito as violações das proibições de prova afetam consideravelmente sua esfera jurídica e deveriam legitimar uma proibição de valoração.[99] Por fim, a imprestabilidade da prova tem um sentido objetivo que independe de qual seja a esfera jurídica afetada e do grau dessa afetação.[100]

Também nesta óptica inexiste qualquer espaço para a relativização da proibição de valoração da prova obtida através da tortura salvadora. Pois segue de todo o modo evidente que a violência praticada contra o acusado afeta direta e indelevelmente o âmago de sua esfera jurídica, mais exatamente o núcleo anímico-espiritual que sustenta sua dignidade enquanto sujeito de direitos e de obrigações discursivamente relevante na ordem social e jurídica.

4. Segundo a *teoria da gravidade*, o não aproveitamento do resultado probatório ilicitamente obtido depende do peso ou da relevância da violação da norma jurídico-processual em questão, ou seja, da intensidade da intervenção antijurídica do Estado na esfera de direitos do cidadão. Assim, quanto maior for a densidade ou a espessura da infração, maior será a necessidade de inutilizar as informações colhidas como elementos de convicção. Neste horizonte, a gravidade da violação deve ser escalonada em função de três categorias de normas: (*a*) a infração daquelas normas que limitam a atividade estatal de modo a

98. SCHMIDT, Eberhard. Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß 55 II StPO als Revisionsgrund. *JZ* 13/597.

99. ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*... cit., p. 182; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições*... cit., p. 93; GRÜNWALD, Gerald. Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren. *JZ* 21/490; GÖSSEL, Karl Heinz. Op. cit., p. 652 e ss.

100. FEZER, Gerhard. Op. cit., p. 146.

tornar visível o "espaço livre de persecução penal" e garantir os direitos humanos conduz sempre a uma proibição de valoração; (*b*) a violação daquelas normas que delimitam o espaço aberto para a persecução penal também conduz a uma proibição de valoração; (*c*) já a infração das normas que simplesmente possibilitam a produção de prova (a espécie e o modo de sua habilitação no curso do processo) não conduz a uma proibição de valoração.[101]

No entanto, este modelo não oferece qualquer critério seguro para delimitar o limiar de gravidade capaz de disparar a proibição de valoração. Pois o escalonamento da gravidade conforme a classe de norma violada soa bastante artificial e confusa. Ademais, mesmo sem saber exatamente o alcance da "gravidade", cabe afirmar que as proibições de aproveitamento não se referem exclusivamente a infrações "graves". Pelo contrário, a imprestabilidade da prova impõe-se independentemente de qualquer escala referida ao peso de desvalor do desrespeito às normas de obtenção da prova.[102]

Tampouco esta perspectiva franqueia uma margem para cogitar seriamente acerca da relativização da proibição de valoração do resultado probatório obtido mediante tortura salvadora. Pois o suplício imposto através deste atroz instrumento de subjugação continua a ser, inclusive segundo a "valoração paralela à esfera do profano", a mais grave forma de atentado contra os princípios que, nas sociedades minimamente desenvolvidas, cimentam os altos e espessos muros levantados contra o avanço da violência estatal rumo à barbárie consumada no "arrancamento" da verdade.

5. Para as *teorias do fim de proteção* o sentido das proibições de valoração só pode ser adequadamente revelado à luz da específica finalidade de tutela da respectiva norma de proibição da produção da prova.[103] Este raciocínio assume considerações de ordem teleológico-racional similares às desenvolvidas no direito material através da moderna teoria da imputação objetiva.[104]

---

101. Assim: PETERS, Karl. Beweisverbote im Strafprozess. *Gutachten zum 46. DJT (Deutscher Juristentag), Band I*. München, 1967. p. 95 e ss., 146 e ss. Informativo sobre a formulação de *Peters*: GRÜNWALD, Gerald. Op. cit., p. 491 e ss.

102. Apesar disso, o critério da gravidade da violação processual e a ideia de especial necessidade de proteção que ela convoca não deixam de assumir certa virtualidade como um dos vários fatores de análise relevantes no seio da teoria da ponderação. Sobre tudo isso: FEZER, Gerhard. Op. cit., p. 146; ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 24. Ainda: GRÜNWALD, Gerald. Op. cit., p. 492-493.

103. KÜPPER, Georg. Op. cit., p. 418; FEZER, Gerhard. Op. cit., p. 147.

104. Informativos: KELNHOFER, Evelyn. Op. cit., p. 54 e ss. Enfatizando o paralelo com a teoria da imputação objetiva: ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições*... cit., p. 102-103.

a) Segundo a *teoria da descoberta da verdade*, apenas os conhecimentos resultantes de provas obtidas de forma idônea oferecem suficiente garantia para um confiável ou fidedigno esclarecimento das circunstâncias. Neste horizonte, a proibição de valoração do resultado probatório antijuridicamente colhido teria lugar somente nos casos de violação das normas que determinam a proteção da pesquisa da verdade contra os perigos de falsidade que continuamente a ameaçam. Vale dizer: os conhecimentos probatórios só não devem valorados quando sua ilícita obtenção efetivamente prejudicar a descoberta da verdade.[105]

Sem embargo, esta compreensão também não convence. Uma vez invertido o raciocínio, a teoria deveria admitir que a declaração ilicitamente obtida pudesse ser valorada quando sua veracidade ou exatidão fosse posteriormente demonstrável, uma solução insustentável. Em outros termos: o (não) aproveitamento independe da (não) fiabilidade da informação. Por outro lado, não cabe em absoluto ou em geral supor que uma declaração ilicitamente obtida – v.g., através de meios enganosos – traga consigo uma elevada probabilidade de inexatidão ou falsidade. Não raro sucede justamente o contrário.[106]

Deixando de lado estas objeções, também o modelo em tela deve excluir, *per definitionem*, toda chance de relativização da proibição de valoração dos resultados probatórios derivados da tortura salvadora. À partida, não se pode empiricamente dizer que a tortura de salvamento revela, se cotejada com a tortura repressiva, um maior grau de probabilidade de obtenção da verdade. Mas mesmo se fosse este o caso, o eventual ganho ou aumento estatístico ainda não

105. Assim: SCHMIDT, Eberhard. Op. cit., p. 600-601; FELDMANN, Clemens. Verwerbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise. *NJW* 12/856, onde argumenta que a irrelevância do consentimento do afetado relativamente ao aproveitamento da prova demonstra que a *ratio* da proibição de valoração não está na proteção de direitos de personalidade. Também no sentido da descoberta da verdade: AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – Fundamentación teórica y sistematización. *Política Criminal* 7/10: "trata-se não somente, em um sentido plenamente idealista, da proteção da dignidade humana do imputado, senão também do conteúdo verídico da declaração, pois é bem sabido que os imputados coagidos estão mais motivados a falar para por fim à dor do que por se sentirem obrigados a dizer a verdade". Parcialmente: GRÜNWALD, Gerald. Op. cit., p. 493 e ss.

106. Como também nos casos de diários e gravações íntimas: o afetado não tem por que contar com a apreciação de suas palavras e, assim, não possui nenhum motivo para simulá-las. Para a crítica: KÜPPER, Georg. Op. cit., p. 417; KELNHOFER, Evelyn. Op. cit., p. 55-56, onde destaca que a crítica não significa a exclusão da proteção da verdade como fator de ponderação a ser considerado desde a perspectiva do interesse do acusado ou da comunidade jurídica em uma correta e justa decisão. Ainda crítico: DENCKER, Friedrich. Op. cit., p. 37 e ss.

bastaria para excluir de início e com relativa segurança o perigo de uma falsa declaração.

b) Para a *teoria do fim preventivo-especial*, a proibição de valoração tem o objetivo de afastar o perigo de bloqueio que o aproveitamento de meios de prova ilicitamente obtidos gera para o efeito de prevenção especial (positiva) atribuído à pena criminal. Pois do contrário, se permitida a sua utilização, não mais seria viável despertar no acusado a consciência acerca da necessidade e do merecimento de punição de sua conduta.[107]

Contudo, a assunção dessa teoria deveria conduzir à afirmação de que toda violação contra uma regra do processo se faz acompanhar incontornavelmente de uma proibição de valoração.[108] Ademais, não deixa de ser extremamente duvidoso no plano empírico a suposta idoneidade da falha processual – sobretudo aquela de reduzida gravidade – para abalar o efeito de assimilação interna da punição e de chamado à ressocialização. Por último, o modelo ignora que as demais finalidades atribuídas à pena – sobretudo a retribuição da culpabilidade e a prevenção geral – podem não só autorizar, mas inclusive exigir a imposição da sanção criminal nas situações de perturbação da finalidade preventivo-especial.[109]

Seja como for, também esta concepção não concede o mínimo espaço para a relativização da proibição de valoração nos casos de tortura salvadora. Pois, ainda nestas hipóteses, o condenado forçosamente sentir-se-ia vítima do aparato estatal de justiça, o que prejudicaria consideravelmente ou mesmo impediria a aceitação e a assimilação interior da condenação com vista à recuperação de sua fidelidade ao direito.

c) De acordo com a *teoria do fim preventivo-geral (positivo)*, o efeito de reafirmação e criação de valores ético-sociais na consciência jurídica da comunidade não resulta apenas da pena, mas também do próprio processo criminal. E o potencial de prevenção-integração da sentença fica prejudicado quando ela própria se baseia na violação de bens jurídicos do acusado. Neste horizonte, a proibição de valoração das provas ilicitamente obtidas constitui uma exigência

---

107. OSMER, Jan-Dierk. *Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a StPO*, Dissertation, Hamburg, 1966, p. 10 e ss. Também, embora somente nos casos de consciente violação das normas processuais pelas autoridades de persecução: OTTO, Harro. Grenzen... cit., p. 300.

108. Veja-se, uma vez mais, a nota 90.

109. KELNHOFER, Evelyn. Op. cit., p. 56-57; ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 13; GÖSSEL, Karl Heinz. Op. cit., p. 650.

de autodepuração da justiça, de modo a neutralizar ou compensar a perda de autoridade já consumada e evitar que ela continue a operar através da decisão injusta.[110]

Todavia, este modo de perceber encontra-se sujeito às mesmas objeções empíricas e normativas formuladas contra a teoria do fim preventivo-especial: a eficácia preventivo-geral da absolvição não deixa de ser bastante duvidosa e as demais finalidades atribuídas à sanção criminal podem muito bem permitir ou exigir a sua imposição. Ainda que o aproveitamento da prova ilicitamente obtida seja idôneo para prejudicar consideravelmente o efeito preventivo-geral, o mesmo deveria ser reconhecido para outras falhas do aparato estatal de justiça: a sentença incorreta, mas baseada em provas licitamente colhidas, que condena um inocente a passar anos atrás das grades prejudica muito mais a confiança na justiça e causa muito mais indignação social do que a violação de uma norma processual quase desconhecida. E o raciocínio pode inclusive levar à conclusão inversa: a absolvição de um delinquente perigoso em virtude da proibição de valoração resultante de uma insignificante falha processual deixa a comunidade jurídica sem compreender o sentido da decisão e conduz à perda de confiança na persecução criminal. Por outro lado, o efeito preventivo-geral de uma decisão correta, mas, apoiada em uma infração probatória pode ser inclusive mais elevado. Além disso, uma correta "medição" do resultado empírico esperado não pode deixar de fora o aspecto preventivo-geral da certeza da punição do delito (efeito de intimidação). Por último, vale aqui também a objeção de confusão entre moral e direito formulada contra a teoria da superioridade espiritual da autoridade estatal: não cabe de forma alguma reconhecer uma compensação entre o ilícito do acusado e o ilícito do Estado.[111]

De todo o modo, embora não consiga definir satisfatoriamente a característica aglutinadora de todas as situações de proibição de valoração, a tese da prevenção-integração não deixa de acertar no essencial quando a violação da proibição de obtenção de prova assume especial gravidade, como na hipótese

110. DENCKER, Friedrich. Op. cit., p. 290.

111. KELNHOFER, Evelyn. Op. cit., p. 58-59; ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 14. Ainda: GÖSSEL, Karl Heinz. Op. cit., p. 650; FEZER, Gerhard. Op. cit., p. 146, onde destaca que o âmbito de alcance da teoria é demasiado amplo, uma vez que ignora os relevantes interesses da persecução criminal. Também contra a ideia de prevenção, enfatizando a instrumentalização do sujeito como mecanismo de motivação: LESCH, Heiko. Funktionale Rekonstruktion der Lehre von den Beweisverboten. In: HASSEMER, Winfried et al (hrsg,). *Festschrift für Klaus Volk*. München: Beck, 2009. p. 317 e 318.

de tortura.[112] Por isso, também segundo esta visão cabe descartar, *per definitionem*, qualquer possibilidade de relativização da proibição do aproveitamento nas situações de tortura salvadora.

d) Para a *teoria do efeito disciplinador* a proibição de valoração só tem lugar nos casos de violação daquelas normas que buscam disciplinar o comportamento das autoridades encarregadas da persecução criminal. Segundo este critério (originariamente trabalhado na jurisprudência e na doutrina norte-americanas), a eliminação ou a perda da prova em virtude da proibição de valoração nada mais faz do que sancionar a infração das regras processuais e oferecer aos órgãos da Justiça Criminal uma motivação contrária a qualquer inclinação ou estímulo para o uso de meios ou métodos de obtenção de prova proibidos. Trata-se de uma peculiar forma de efeito preventivo-geral dirigido ao aparato institucional envolvido na persecução penal: através da proibição de valoração os funcionários estatais são motivados a uma fiel e estrita observância das normas processuais.[113]

Entretanto, o critério em análise ignora que o indicado efeito disciplinador ou contramotivador não passa de uma casual – obviamente desejável, mas não necessária – consequência prática colateral ou reflexa da proibição de valoração, de forma alguma condicionante de sua legitimação dogmática. Para ser coerente, a ideia de disciplina deveria ativar a proibição de valoração somente nos casos de violação dolosa ou ao menos negligente das proibições de obtenção de prova. Porém, a qualidade do desvalor da ação da autoridade não constitui um fator relevante na apreciação: o decisivo reside no desvalor do resultado contido na inobservância da proibição de obtenção de prova. Em cena está não uma responsabilidade estatal segundo o princípio da culpabilidade, mas uma responsabilidade estatal pelo perigo. Além disso, o modelo deveria se ver forçado a amarrar a proibição de valoração a toda e qualquer violação imputável das regras do processo.[114] Por fim, o efeito da proibição de valoração

112. ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 14.

113. ACHENBACH, Hans. Strafprozessuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft. *ZStW* 87/87-88; SPENDEL, Günter. Beweisverbote im Strafprozeß. *NJW* 19/1104-1105 e 1108; GRÜNWALD, Gerald. Op. cit., p. 489 e 499; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 440.

114. Conferir, novamente, o que se disse na nota 90 sobre os sistemas de "ponte" necessária e os sistemas de separação. Para as críticas: KÜPPER, Georg. Op. cit., p. 417; ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 15-16; GÖSSEL, Karl Heinz. Op. cit., p. 651; KELNHOFER, Evelyn. Op. cit., p. 61-62, onde destaca que ao menos na doutrina e na jurisprudência norte-americanas, o critério da disciplina não vale de forma ilimitada, senão encontra uma exceção ou restrição nas chamadas *exclusionary rules*: a prova ilicitamente obtida pode ser aproveitada se a autoridade atuou na confiança da conformidade de sua conduta ao direito

dirige-se não aos funcionários descuidados, mas à comunidade, cuja pretensão de punir fica debilitada quando só através de uma falha individual ela obtém uma informação que, segundo a vontade do legislador, poderia ter sido valorada se obtida através de um proceder conforme o direito.[115]

Mesmo desde a ponto de vista do disciplinamento da atividade dos órgãos de persecução criminal, a relativização da proibição de valoração da prova ilicitamente obtida seria inadmissível no caso de tortura salvadora. Pois também – aliás, sobretudo – nesta hipótese de gravíssima violação do direito a necessidade de contramotivação – no sentido de dissuadir as autoridades da Justiça Penal relativamente à inobservância das proibições de obtenção de prova – segue como algo incontestável.

e) Para a *teoria da retribuição funcional*, o processo penal integra o sistema de direito penal e com ele partilha as mesmas bases de legitimação. Neste sentido, o objeto do processo criminal é o específico conflito jurídico-penal: a contradição à vigência da norma e a necessidade de sua reafirmação confratática nos termos de uma teoria da retribuição funcional da pena. A garantia ou demonstração simbólica da manutenção da vigência da norma depende da tematização do conflito através dos órgãos estatais competentes e do respeito às normas processuais. Neste contexto, o processo assume uma função de legitimação, enquanto meio de absorção ou imunização normativa de qualquer eventual protesto, que passa então a ser tido como irracional ou irrelevante. Assim, haverá uma proibição de valoração da prova quando seu aproveitamento frustrar esta função de absorção ou de imunização do protesto.[116]

Mas tampouco esta argumentação consegue explicar satisfatoriamente o sentido das proibições de valoração da prova no processo penal. Trata-se de uma formulação opaca, vazia e circular, que nada diz a respeito dos critérios relevantes para determinar as hipóteses de frustração da função de absorção ou de imunização atribuída ao processo criminal. Ao invés disso, a teoria se limita a recorrer ao problemático lema funcionalista-sistêmico da manutenção simbólica da vigência da norma, cuja indeterminação quanto aos conteúdos permite tudo ou quase tudo legitimar.[117]

---

ou quando o resultado probatório for uma *inevitable discovery*, vale dizer, quando a violação não for necessária (a prova poderia ter sido obtida com observância da lei).

115. AMELUNG, Knut. Zum Streit... cit., p. 1263 e 1269.

116. LESCH, Heiko. Op. cit., p. 314 e s.

117. Para um panorama acerca das críticas ao funcionalismo sistêmico: MOURA, Bruno. O normativismo jurídico-penal: consequência do ou resistência ao funcionalismo? *BFD* 86/709 e s.

Não por acaso, esta compreensão franqueia uma não negligenciável margem de possível argumentação em favor da relativização da valoração da prova obtida através da tortura salvadora. Pois ao arrancar do mesmo funcionalismo sistêmico que está na base do chamado "Direito Penal do inimigo", o modelo em análise de forma alguma exclui, desde o início e com suficiente certeza, a possibilidade de que o aproveitamento da prova obtida sob tortura não frustre, no plano argumentativo ou simbólico, o desempenho da função de absorção ou imunização normativa atribuída ao processo criminal.

f) Segundo a *teoria do julgamento limpo ou justo*, o fundamento da proibição de valoração reside no direito subjetivo a um processo leal, enquanto superior princípio de todo o processo criminal, verdadeira concretização do princípio do Estado de Direito, ao exigir a autolimitação dos meios estatais e garantir ao acusado a defesa contra a desmedida intervenção oficial. Ao conteúdo da ideia de um processo justo pertence não apenas o dever de observar os limites da obtenção de prova, mas também a obrigação de não valorar as provas ilicitamente obtidas ou violadoras de direitos fundamentais.[118]

Sem embargo, esta teoria nada mais faz do que reconduzir a problemática da proibição de valoração à fórmula abstrata do "devido processo legal", significando, assim, uma fuga para as cláusulas gerais do direito constitucional. Por outros termos ainda: o critério pouco ou nada oferece em termos de determinação do conteúdo da proibição de valoração, pois não passa de um mero enunciado de intenções carente de densificação na concreta situação. Falta, assim, um adensamento capaz de transformá-lo em fundamento de legítima pretensão para o afetado. Com este grau de indeterminação, a máxima só consegue fundamentar o direito de participação e de defesa do acusado. Neste sentido, seu alcance resulta demasiado curto. Para além desta insuficiência, a teoria não logra explicar as proibições de valoração que não dependem de uma violação das regras do devido processo.[119]

Mas, também, nesta compreensão não há como cogitar a possibilidade de aproveitamento da prova ilicitamente obtida mediante tortura salvadora. Pois o emprego do tormento, mesmo quando destinado a obter uma informação capaz de salvar a vida de alguém, não deixa de se situar já no cenário de um processo criminal, vale dizer, de um procedimento legalmente estabelecido – segundo as regras de jogo demo-liberais – para o combate da criminalidade, estando sujeito, por consequência, às exigências de justiça e de correção da intervenção estatal.

---

118. KÜPPER, Georg. Op. cit., p. 417-418.

119. KELNHOFER, Evelyn. Op. cit., p. 65-66.

6. Para a *teoria da ponderação*, as proibições de valoração da prova ilicitamente obtida buscam tutelar os direitos individuais e fundamentais do acusado contra eventuais abusos da Justiça Criminal. Como o Estado está obrigado a estabilizar não só as garantias processuais do acusado, mas também as normas jurídico-penais, a fundamentação das proibições de aproveitamento exige um amplo e concreto juízo de ponderação de todos os interesses envolvidos, de modo a considerar, segundo pontos de vista normativos, a colisão entre o interesse da comunidade jurídica na descoberta da verdade e na efetiva persecução criminal e os interesses constitucionalmente reconhecidos do cidadão. Assim, terá lugar uma proibição de valoração sempre que, depois do sopesamento global à luz das exigências do princípio da proporcionalidade (concordância prática), os interesses individuais do acusado preponderarem sobre o interesse estatal no esclarecimento dos fatos. Entre os fatores de ponderação estão, por exemplo, a gravidade do delito, a qualidade e a espécie do bem jurídico afetado com a infração do processo, a necessidade de proteção do acusado e o peso da falha processual.

Neste horizonte, o juízo de ponderação costuma vir associado à chamada "teoria dos três níveis". Segundo esta leitura, a incidência de uma proibição de valoração depende da área ou esfera do direito fundamental à vida privada a ser afetada com a intervenção. Em um dos extremos, a "esfera da intimidade" ou o "âmbito nuclear da configuração da vida privada" recebe proteção absoluta e revela-se como zona intangível ou inviolável, subtraída a qualquer juízo de ponderação. Toda intervenção probatória neste âmbito conduz necessariamente a uma proibição de valoração. No outro extremo, a "esfera social" da vida privada constitui um círculo de reduzida proteção, onde o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ainda não pode ser afetado de maneira considerável. Uma intervenção probatória nesta área significa uma lesão socialmente adequada e não conduz a uma proibição de valoração. Por fim, a zona intermediária da "mera esfera privada" conta com um grau de proteção dependente do sopesamento dos interesses contrapostos. Uma intervenção probatória neste setor conduz a uma proibição de valoração apenas se o interesse do afetado no livre desenvolvimento da personalidade superar o interesse coletivo em uma eficaz administração da Justiça Criminal. Este último interesse tende a assumir preponderância no âmbito da criminalidade grave (nos delitos contra a vida, a integridade física, as condições existenciais da ordem democrática de liberdades ou contra bens jurídicos de semelhante relevância, assim como na criminalidade organizada).[120]

120. ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 9, 16-23, 29 e ss.; ROGALL, Klaus. "Abwägungen" im Recht der Beweisverbote". In: EBERT, Udo et al (hrsg.). *Festschrift für Ernst-Walter*

Esta concepção tem o mérito de assumir a incontornável articulação entre a dimensão deontológica (primária) e a dimensão consequencial (secundária) da ordem jurídica.[121] Afinal, reconhece, ao menos à partida, uma zona limite a atuar como barreira inultrapassável erguida através do radical absoluto que reside na autodeterminação do ser-pessoa. E com isso, a "questão de delimitação" antecede lógico-analiticamente a "questão de ponderação".[122] Sem dúvidas, existem muitas dificuldades na demarcação desta zona nuclear resistente às intervenções estatais.[123] Se bem é verdade que dificuldades desta ordem não devem ser invocadas como o único argumento em favor da recusa de uma teoria, senão exatamente como estímulo ao seu aperfeiçoamento,[124] por outro lado nada altera o fato de a fórmula da ponderação portar a semente da arbitrariedade: ao preocupar-se com a realização de uma justiça do Cádi, este modelo não só em nada contribui para a segurança jurídica, como também nada oferece em termos de fundamentação teórica. Com efeito, os diversos fatores de ponderação situam-se em diferentes níveis de valoração e não são comensuráveis entre si (como o merecimento e a necessidade de proteção da integridade física podem ser compensados através de interesses na persecução criminal?): o número e a espécie das extensas categorias subsumíveis a cada um dos fatores são tão arbitrários como o peso que pode ser atribuído a cada elemento. Na verdade, a teoria concede ao juiz toda a liberdade para legitimar o resultado individualmente desejado através de uma multifatorial ponderação.[125] De

---

Hanack. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. p. 294 e ss.; ROGALL, Klaus. Verbotene Vernehmungsmethoden. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim et al (hrsg.). *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. 18. aufl. Neuwied: Luchterhand, 1998. § 136 a, nm. 94 e ss.; KELNHOFER, Evelyn. Op. cit., p. 66-69; KÜPPER, Georg. Op. cit., p. 418-419; KLEINKNECHT, Theodor. Op. cit., p. 1539 e ss. No mesmo sentido: ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*... cit., p. 183; ROSA, Luís Bértolo. Op. cit., p. 232, com referências à doutrina portuguesa.

121. Sobre esta necessária relação de complemento, mais uma vez: NEUMANN, Ulfrid. Op. cit., p. 84-86.

122. KÜPPER, Georg. Op. cit., p. 418.

123. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições*... cit., p. 97 e ss.

124. ROGALL, Klaus. Gegenwärtiger... cit., p. 32; KELNHOFER, Evelyn. Op. cit., p. 79. Pormenores sobre a delimitação em: KÜPPER, Georg. Op. cit., p. 418. A teoria da ponderação também desempenha um importante papel (ao lado de critérios importados da teoria da imputação objetiva) no reconhecimento do chamado "efeito à distância". Por todos: WOLTER, Jürgen. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.8.1983 – 3 StR 136/83. *NStZ* 4/277-278.

125. WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 439; AMELUNG, Knut. Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten. In: SCHULZ, Joachim; VORMBAUM, Thomas

forma mais direta, mas não menos rigorosa: a teoria da ponderação "não é propriamente uma teoria, mas apenas um nome falso para a sua ausência".[126] Por conduzir ao incontrolável arbítrio da valoração subjetiva e não conseguir garantir nenhum resultado previsível, este modelo não é sustentável desde a perspectiva do Estado de Direito.[127]

Na prática, a imprecisão e o casuísmo significam que o juízo de ponderação pode mesmo deixar de depender da diferenciação dos três níveis, admitindo-se o sopesamento dos interesses inclusive na zona originariamente nuclear, vale dizer, na esfera mais inequívoca da intimidade – isto ao menos no âmbito da criminalidade especialmente grave. A possibilidade de manipulação conceitual daquilo que pertence ao "núcleo" traz consigo o perigo de que a faixa de proteção mais interna deixe de constituir a "área nuclear inviolável" da vida privada, o círculo de absoluta intangibilidade ou imponderabilidade. Deste modo, ao fragilizar o efeito de bloqueio e diluir as diferenças entre as respectivas áreas de tutela, esta orientação acaba minando as bases da teoria dos três níveis – embora não raro esta continue a ser formalmente invocada a pretexto de garantia do "último e inviolável núcleo de conformação da vida privada, inteiramente subtraída ao Poder Público". Neste contexto, nada exclui que a proibição de valoração de prova possa ser afastada sempre que, independentemente da esfera afetada, o interesse de persecução criminal no efetivo esclarecimento e no eficaz combate dos crimes mais graves prepondere na balança sobre o interesse do acusado no livre desenvolvimento de sua personalidade.[128]

(hrsg.). *Festschrift für Günther Bemmann*. Baden-Baden: Nomos, 1997. p. 521-522, onde resume (p. 522): "a teoria da ponderação de interesses é uma licença para o juiz decidir em livre manejo da lei segundo suas convicções políticas, na medida em que isso deva ser determinante de benefícios".

126. AMELUNG, Knut. Subjektive... cit., p. 521. No mesmo sentido: AMBOS, Kai. Las prohibiciones... cit., p. 27, onde postula (p. 29 e ss.) a complementação da teoria da ponderação pela teoria do fim de proteção. Também críticos: GÖSSEL, Karl Heinz. Op. cit., p. 651 e ss.; JAHN, Matthias. Grundfragen... cit., p. 267 e ss.

127. LESCH, Heiko. Op. cit., p. 312.

128. Informativo, *pars pro toto*, com destaque para os casos de gravações ocultas e diários pessoais: ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições*... cit., p. 198-201. Uma clara amostra do que se acaba de dizer pode ser encontrada na jurisprudência alemã nos casos dos diários íntimos. Embora seja razoável considerar que os registros averbados em um diário íntimo pertençam, em si mesmos e *per definitionem*, à esfera nuclear (intimidade), a jurisprudência situou a questão no plano da segunda esfera (vida privada) e chegou a diferentes soluções conforme as necessidades político-criminais a serem ponderadas em cada caso. Assim, ao mesmo tempo em que foi recusada utili-

Em segundo lugar, o raciocínio parte da premissa de que o problema das consequências da violação de uma proibição de prova envolve uma ponderação que leva em conta interesses extraprocessuais, nomeadamente a estabilização das normas jurídico-penais. Evidentemente, o processo penal como um todo serve também à imposição do direito penal e, por conseguinte, à luta contra a criminalidade. Mas o processo assim o faz segundo as suas próprias e muito bem meditadas regras, de modo que os eventuais conflitos devem ser solucionados dentro deste quadro, não através do incontrolável chamamento de fins externos. Por isso, uma eventual ponderação poderia ocorrer no máximo entre diferentes princípios ou interesses processuais.[129] A verdadeira finalidade das proibições de prova reside não na estabilização de normas, mas na justa distribuição ou repartição do uso de informações.[130] Trata-se da restituição do interesse de autonomia ao acusado.[131]

Por fim, o argumento da ponderação assume como verdadeira uma "relação de tensão" que não existe na prática. De um lado, a suposta tensão entre os direitos do imputado e o interesse coletivo na busca da verdade só tem sentido à luz de um conceito bastante ingênuo de verdade, onticamente percebida como categoria em si, independente da influência que o próprio processo de conhecimento exerce sobre a realidade. Contudo, a verdade não é um dado bruto no sentido de uma "verdade material", mas uma construção, algo criado através da concreta decisão judicial ao fim de um processo que assegura aos envolvidos a efetiva chance de influir comunicativa ou argumentativamente no resultado (verdade processual). Da outra banda, também é apenas aparente a oposição entre os direitos do imputado e o interesse coletivo na efetiva admi-

---

zação de um diário uma condenação por falso testemunho, admitiu-se a utilização de um diário para a condenação de um assassino de mulheres reincidente. E não deixa de ser contraditório situar na esfera da intimidade o monólogo em um quarto de hospital e considerar inaproveitável a sua gravação secreta, uma vez que, assim como nos casos dos diários, trata-se da exteriorização de pensamentos e sentimentos (algo absolutamente interno), com uma única diferença na forma de exteriorização (escrita nos diários, oral na gravação do monólogo). Sobre isso: AMBOS, Kai. Las prohibiciones... cit., p. 48; AMELUNG, Knut. Subjektive... cit., p. 522.

129. Assim, por exemplo, em relação ao interesse no esclarecimento dos fatos: a eliminação de um meio de prova reduz a cognição do juiz e adultera a base de sua decisão, o que estabelece uma contradição entre o reconhecimento das proibições de valoração da prova e a obrigação judicial de completo esclarecimento dos fatos. Sobre isso: WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 440.

130. AMELUNG, Knut. Subjektive... cit., p. 421.

131. WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 440.

nistração da justiça: pois a efetividade da persecução penal depende também do geral reconhecimento de proibições de valoração para meios de prova ilicitamente obtidos.[132]

Em razão do diferenciado grau de rigor na formulação do alcance da esfera nuclear, a teoria da ponderação revela certa ambivalência relativamente ao aproveitamento dos resultados probatórios levantados através da tortura salvadora. Se associada a uma compreensão mais estreita e rigorosa da teoria das três esferas, o modelo da ponderação fecha as portas para qualquer forma de utilização destes elementos na fundamentação da decisão. Afinal, não há dúvida de que a tortura contende com a esfera mais íntima da liberdade de desenvolvimento da personalidade, pois ela "continua com a peculiaridade de desumanizar de um modo específico, a saber, dobrando o entendimento e a vontade por meio da exploração do aspecto mais primitivo de nossa condição, qual seja, a sensibilidade do corpo à dor".[133] Logo, estaríamos nitidamente diante daquele núcleo intangível, imune a qualquer ponderação.

Entretanto, se o modelo da ponderação for associado a uma formulação meramente nominal da teoria das três esferas, surge uma ilimitada margem de jogo para a valoração da prova ilicitamente obtida através da tortura salvadora. Pois, se ao fim e ao cabo, tudo se resume a uma questão de cálculo entre os custos e os benefícios da satisfação dos interesses contrapostos, nada exclui que o interesse no esclarecimento e na persecução de um crime especialmente grave ou com repercussões que abalam de forma extraordinariamente intensa a confiança da comunidade jurídica seja tão grande ao ponto de praticamente anular o peso do interesse do acusado na legítima proteção de sua autodeterminação e esvaziar o conteúdo de sentido da proibição de aproveitamento da prova ilicitamente obtida.

Seja como for, um eventual aproveitamento da prova obtida mediante tortura seria – em vista das críticas já esgrimidas contra todo e qualquer consequencialismo – de todo modo insustentável. Ao ignorar o categórico enquanto indisponível zona de blindagem à ponderação, esta forma de perceber as coisas aumenta os coeficientes de contingência, arbitrariedade e insegurança, reduzindo a um nível intolerável os correspondentes potenciais de tutela do acusado. Pois os valores processuais condensados na eficácia funcional da Justiça Criminal de modo algum – por mais grave que seja o crime investigado – podem ter mais peso do que os fundantes valores materiais tutelados tanto pelo

132. LESCH, Heiko. Op. cit., p. 313-319.

133. GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 38.

direito penal substantivo quanto através das próprias proibições de prova.[134] Pois ao violar o direito à autodeterminação informacional (mais concretamente a pretensão secundária de restituição), a utilização da prova obtida mediante tortura viola *eo ipso* a própria dignidade humana.[135] A indisponibilidade e a inviolabilidade da esfera nuclear da vida privada ficam evidentes quando se reconhece a ineficácia do consentimento do acusado quanto ao uso da prova ilicitamente obtida através da violação de sua autodeterminação. E nunca será demasiado insistir em um importantíssimo alerta contra o perigo de se compreender o princípio da proporcionalidade como verdadeira "panaceia"[136] a serviço da satisfação dos flutuantes interesses do Estado ou do cidadão. A questão de saber quando incide uma proibição de valoração não deve ser respondida pelo juiz através de uma simples ponderação, senão unicamente através de uma interpretação do direito processual penal vigente.[137]

Bem é verdade que se poderia invocar novamente a figura da "ruptura do dique" ou da "rampa escorregadia" para argumentar que a prova ilicitamente obtida não deve ser utilizada porque isso teria impactos negativos sobre a administração da Justiça Criminal. De um lado, a admissibilidade da valoração da prova poderia conduzir à relativização de outras normas processuais. De outro, o acusado e a comunidade jurídica veriam o proceder estatal como muita desconfiança e receio, o que significaria um considerável abalo em sua capacidade de resposta em termos de prevenção geral e especial. Mas isto seria dissimular

134. Por todos: ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições...* cit., p. 199 e 201, onde resume (p. 201): "a gravidade do crime a perseguir não será, só por si e enquanto tal, razão bastante para legitimar a danosidade social da violação das proibições de prova".

135. A dignidade humana é um conjunto de direitos subjetivos que revelam o ser humano com um indivíduo portador de valor em si mesmo, inato e inalienável. Entre estes direitos estão o direito a um mínimo material existencial, o direito ao autodesenvolvimento, o direito à integridade anímico-espiritual, o direito a se ver livre de dores ou sofrimentos extremos, o direito à autodeterminação informacional, o direito ao tratamento jurídico igualitário e o direito residual (para além dos já mencionados) à mínima atenção ou respeito. A tortura sempre viola o direito ao mínimo respeito e o direito ao tratamento igualitário, porque nega ao torturado o seu *status* de sujeito de direitos. A maioria dos métodos de tortura afeta, em maior ou menor medida, os demais direitos. Sobre isso: HILGENDORF, Eric. Op. cit., p. 337.

136. KÜPPER, Georg. Op. cit., p. 418.

137. Por isso a teoria dos direitos de domínio sobre a informação resulta mais acertada. Como veremos, isso não significa, entretanto, que a solução não convoque aspectos valorativos. Para a crítica: AMELUNG, Knut. Zum Streit... cit., p. 1275-1276.

o essencial e descer, uma vez mais, "ao campo minado da discussão empírica e da ponderação".[138]

7. De acordo com a *teoria dos direitos de domínio sobre a informação*, a ordem jurídica reconhece certos direitos subjetivos – resultantes do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade – que permitem ao seu titular deter ou conservar determinadas informações e evitar que outros sujeitos as obtenham, armazenem, transmitam ou utilizem. Entre eles estão não só o respeito à esfera do segredo e a inviolabilidade do domicílio, mas também as faculdades referidas à circulação de dados. A intervenção dos órgãos de persecução criminal neste âmbito requer uma autorização fixada através de estreitos pressupostos legais. Quando tais órgãos intervêm ilicitamente nestes direitos, a pretensão primária do titular (pretensão de defesa) transforma-se em uma pretensão secundária cujo conteúdo reside na eliminação da situação antijurídica (retorno ao *status quo ante*), ou seja, na posterior eliminação ou não armazenamento, utilização e transmissão das informações antijuridicamente obtidas. Trata-se do chamado "princípio da restituição". De todo modo, cabe formalmente ao direito positivo construir a ponte entre a violação do direito ao domínio de informação e a proibição de valoração da prova.

Neste horizonte, a pretensão de restituição tem em vista o "injusto de resultado informacional", de forma que o mero desvalor da ação não conduz em regra a uma proibição de prova. Exceções são os casos em que a intervenção constitui um delito ou uma violação da dignidade humana. Nestas situações a infração da norma conduz *eo ipso* a uma proibição de valoração da prova ilicitamente obtida, uma vez que o Estado perde a legitimidade para punir quando ele mesmo deixa de observar o mínimo ético. Trata-se do "princípio da legitimação da pena". Além destes dois princípios, a teoria dos direitos de domínio sobre informação recorre ainda ao "princípio da proteção da descoberta da verdade". Dele derivam proibições de valoração que vedam o juiz de utilizar informações obtidas através da violação de regras sobre a concessão do direito a ser ouvido ou de introduzir documentos no processo.[139]

Apesar das objeções contra ela formuladas,[140] esta concepção acerta no essencial. Ao desenvolver uma compreensão articulada capaz se assumir a cate-

138. GRECO, Luís. Conveniência... cit., p. 54.

139. Sobre tudo isso: AMELUNG, Knut. Zum Streit... cit., p. 1260-1263; AMELUNG, Knut. *Informations beherrschungs rechte im Strafprozess*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990. p. 14 e ss.; AMELUNG, Knut. Subjektive... cit., p. 505 e ss.

140. ROGALL, Klaus. Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts. In: WOLTER, Jürgen et al (hrsg.). *Zur Theorie und Systematik des*

goria dos direitos subjetivos e integrá-la em um contexto normativo integrado não só pela ideia de restituição, mas também pelos critérios da legitimação da pena e da busca da verdade, a teoria dos direitos de domínio sobre a informação consegue oferecer uma fundamentação bastante coerente das proibições de valoração.[141] Independente disso, também este modelo torna impensável qualquer esforço no sentido do aproveitamento da prova obtida através da tortura salvadora. Neste contexto, ganha especial relevo o princípio da legitimidade para punir. Pois "ao violar as normas do mínimo ético, como o dever de respeito à dignidade humana e de respeito ao direito penal, o Estado perde a legitimação para se apresentar como o confiável defensor deste mesmo mínimo ético".[142]

8. Uma última observação, agora a respeito de uma questão "extraordinariamente controversa"[143] ou "cronicamente duvidosa"[144] que também se coloca em relação à tortura salvadora.[145] Em princípio, cabe reconhecer às proibições de valoração o chamado "efeito à distância" ou "tele-efeito" ou ainda "efeito remoto". Vale dizer: o não aproveitamento atinge não só os elementos probatórios primários, diretos ou imediatos, mas também os elementos secundários, indiretos ou mediatos, obtidos por derivação a partir daqueles elementos originários.[146]

Strafprozeßrechts. Neuwied: Luchterhand, 1995. p. 115 e ss.; ROGALL, Klaus. Zur Lehre von den Beweisverboten. In: SAMSON, Erich (hrsg.). *Festschrift für Gerald Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 532 e ss. Para a convincente resposta: AMELUNG, Knut. Zum Streit... cit., p. 1263 e ss.

141. Evidentemente, os detalhes fogem aos apertados limites deste trabalho.

142. AMELUNG, Knut. Zum Streit... cit., p. 1269.

143. MEYER-GOßNER, Lutz; CIERNIAK, Jürgen. Op. cit., § 136a, nm. 31. Também: ROGALL, Klaus. Verbotene... cit., § 136a, nm. 90.

144. SALIGER, Frank. Op. cit., p. 53.

145. Formulando a questão, com referência à teoria da ponderação: JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 505; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 439 e ss.

146. Por exemplo, o rastro de sangue encontrado no cadáver descoberto através da declaração conseguida sob tortura. Um setor da doutrina nega sem restrições a incidência do efeito à distância. Subjacente a esta compreensão está a ideia de que o inutilização dos elementos de cognição indiretamente obtidos não só ameaçaria abrir lacunas de punibilidade político-criminalmente insuportáveis, mas também impediria na prática a solução do problema causal de saber se o meio de prova não poderia ter sido obtido também através de um proceder conforme o direito. Sem maior fundamentação: KLEINKNECHT, Theodor; KARLHEINZ, Meyer. Op. cit., § 136a, nm. 31, p. 460; MEYER-GOßNER, Lutz; CIERNIAK, Jürgen. Op. cit., § 136a, nm. 31, p. 626. Na dogmática alemã não raro aparece o adicional argumento de que o efeito à distância contraria

Contudo, tal efeito pode ser excepcionalmente afastado por razões de imputação objetiva[147] e não raro se sustenta ainda que o efeito à distância também possa ser excluído com base em juízo de ponderação no âmbito da criminalidade grave, desde que a utilização da prova seja estritamente necessária (*ultima ratio*) e não haja uma crassa violação do direito, sobretudo de princípios constitucionais.[148] Neste horizonte, tendo em vista a distinção entre provas atentatórias e não atentatórias da dignidade da pessoa humana, o efeito à distância será tanto maior quanto mais grave for a violação da proibição de prova.[149]

---

o teor literal do § 136ª, Abs. 3 do StPO, que menciona apenas o aproveitamento da "declaração", não os conhecimentos dela derivados. Entretanto, o problema do efeito à distância não pode ser pré-decidido pelo teor literal da norma. Pois o argumento ignora que a identificação e a utilização de outros meios de prova cuja existência deriva do resultado probatório primário significam já exatamente o uso deste resultado, sendo que qualquer diferenciação neste marco seria uma inútil artificialização. Assim: ROGALL, Klaus. Verbotene... cit., § 136a, nm. 91; SALIGER, Frank. Op. cit., p. 55. Permitir a valoração dos elementos probatórios indiretos seria uma forma oblíqua de burlar ou frustrar a finalidade da proibição de valoração, assim permitindo a busca da verdade a qualquer custo. Seria processualmente injusto reconhecer ao Estado a prerrogativa de criar a possibilidade de um amplo acesso a provas indiretamente obtidas através da violação de normas por ele mesmo estabelecidas (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*): ROXIN, Claus. Strafverfahrensrecht... cit., p. 193-194; FEZER, Gerhard. Op. cit., p. 155-156; SALIGER, Frank. Op. cit., p. 53, 56-57.

147. Por exemplo, quando inexiste uma relação causal efetiva entre a prova imediatamente encontrada e o conhecimento mediatamente obtido, quando algum acontecimento intermediário se interpõe entre o resultado probatório direto e o resultado probatório indireto, quando a prova mediata também resulta de um independente e imaculado meio de conhecimento (*actual clean path*) ou quando se constata que, à luz de um curso investigatório hipotético objetivamente imputável, os órgãos oficiais poderiam seguramente ou muito provavelmente ter obtido o conhecimento através de um proceder conforme o direito (*hipothetic clean path*) ou ainda quando o afetado, depois de ser informado sobre a imprestabilidade da prova, reconhecer livremente a veracidade da informação.

148. Com efeito, o juízo acerca do efeito à distância só aparentemente constitui um juízo meramente causal entre o resultado probatório direto e o resultado probatório indireto. Trata-se, na verdade, à semelhança do que sucede no terreno da adequação típica, de um global juízo axiológico-normativo de imputação objetiva. Para estes critérios: WOLTER, Jürgen. Op. cit., p. 277-278; KELNHOFER, Evelyn. Op. cit., p. 73-79, 255 e ss.; ROGALL, Klaus. Verbotene... cit., § 136a, nm. 94-106; SALIGER, Frank. Op. cit., p. 55-56. Com ênfase na ponderação: ROGALL, Klaus. Gegenwärtiger... cit., p. 38 e ss. Contra a insegurança derivada da ponderação neste setor: FEZER, Gerhard. Op. cit., p. 156. Ainda sobre a discussão, com detalhes: MORÃO, Helena. Op. cit., p. 598 e ss.

149. Com referências: ROSA, Luís Bértolo. Op. cit., p. 238.

Evidentemente, ao pertencer ao âmbito da crassa violação do direito, a prova obtida mediante tortura de modo algum passa imune ao efeito remoto da proibição de valoração.[150] Neste sentido, cabe invocar as palavras de *Figueiredo Dias*, embora formuladas relativamente à tortura repressiva: "talvez que, por outro lado, possamos contar hoje com o consenso generalizado de que a utilização da tortura para obter uma confissão configura uma autêntica proibição de prova, mas quando se pergunta qual o efeito de uma tal proibição sobre as provas que através daquela confissão se obtiveram, não falta quem invoque a necessidade de ponderação dos interesses em conflito e de aceitação da validade das provas consequenciais! Assim se recusa a doutrina que os alemães cognominam do *Fernwirkung des Beweisverbots* e os americanos do *fruit of the poisonous tree* com o argumento (o mau argumento) de que tal se impõe à luz do interesse, de outra forma não realizável, da 'verdade material' e da punição de um real culpado! Com o que num caso como no outro, se acaba afinal por jogar o valor absoluto da dignidade do homem, ali violado, contra interesses relativos que àquele não deviam nunca sobrepor-se".[151]

5. JUSTIÇA PROCESSUAL E JUSTIÇA MATERIAL

Ao trabalhar exclusivamente com uma análise de custo-benefício, a lógica da ponderação deixa de lado – tanto no âmbito da proibição da tortura, quanto no plano da valoração da prova através dela obtida – considerações de justiça. Bem é verdade que sempre se pode invocar – como faz *Brugger* – algum "utilitarismo de justiça" que vá além do utilitarismo clássico, restrito à otimização de vantagens ou proveitos.[152] Mas também sempre se pode dizer que isto constitui um mero verbalismo ou mesmo uma contradição nos termos. Logo, nada se ganha ao incluir considerações de utilidade ou de conveniência em uma nova e alargada compreensão de justiça, ao menos quando essa inclusão significa exatamente a negação do núcleo da noção de justiça que a humanidade foi vagarosamente construindo com avanços e recuos, com sangue, suor e lágrimas: a dignidade individual.

Como visto, no que diz respeito ao aproveitamento da prova ilícita, as considerações de mera utilidade ou conveniência simplesmente passam por cima

150. Mesmo à luz do critério da ponderação: WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 441.

151. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: _____. *Para uma nova Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 208-209.

152. Conferir notas 37 e 53.

da ideia justa distribuição ou repartição do uso de informações. Mais concretamente, ignora que, ao negar o direito à autodeterminação informacional (a pretensão de restituição), a eventual utilização da prova obtida através da tortura nega a própria dignidade humana. Ainda que seja possível pensar em uma teoria da justiça[153] sem o pleno respeito à dignidade da pessoa humana, tal compreensão, porque intencionalmente alheia ao radical absoluto que reside na autodeterminação do ser-pessoa, seria incompatível com o modelo de Estado Liberal e Democrático de Direito. E nada altera o fato de o torturado ser tratado como simples objeto sem vontade, como mero receptáculo de dor e violência. A absoluta ou categórica pretensão de respeito à dignidade humana é o "ponto cego" do argumento consequencialista, que só a consegue enxergar enquanto derivado de "considerações de conveniência".[154]

A exata compreensão do valor de justiça das proibições de valoração da prova ilicitamente obtida exige a distinção entre dois planos. Inicialmente, a justiça que as proibições de aproveitamento devem realizar situa-se no plano da justiça processual. Todavia, estas proibições também podem conduzir a efeitos tematizáveis no plano da justiça material. Basta pensar, por exemplo, na proibição de valoração que conduz à absolvição de um alguém que todos sabem ser culpado. Com efeito, no nosso dia a dia convivemos com pessoas que só não foram reconhecidas como criminosos porque tiveram a sua a sua autonomia respeitada.

A teoria da ponderação busca exatamente reduzir ou mesmo eliminar este abismo entre ambas as modalidades de justiça. Mas este procedimento acaba por encobrir ou dissimular o verdadeiro problema da justiça. Os dois planos devem permanecer separados. O ponto de partida está no desenvolvimento de uma teoria processualmente justa das proibições de valoração. E para isso não basta uma mera análise custo-benefício. Somente em um segundo momento, devem ser resolvidas as questões de justiça material.[155] E resolvidas através do legislador, a única instância com legitimidade democrática para a restrição de direitos subjetivos. Nunca através de um juiz armado com a "cartola" da ponderação.[156]

Neste horizonte, a relativização da proibição de valoração da prova obtida através de tortura significa a ruptura daquela primeva e mais profunda (onto-

153. Para alguns modelos de compreensão da justiça: OTTO, Harro. Diskurs... cit., p. 473 e ss.

154. GRECO, Luís. Conveniência... cit., p. 50-54.

155. A justiça material existe sem justiça processual? Como garantir a justiça processual quando seu resultado não satisfaz no plano material?

156. Sobre tudo isso: AMELUNG, Knut. Subjektive... cit., p. 522-523.

-antropológica) relação dialógica entre o direito e a justiça, mais concretamente da relação dialógica que o "eu" e o "outro" que é "tu" – os envolvidos na situação de conflitualidade subjacente ao processo criminal – mantêm com o "outro" que é "ele", ou seja, com o outro que se imparcializa e se autonomiza como "terceira pessoa" que sociologicamente ganhou o estatuto de juiz.[157] Uma perversão que se caracteriza através do roubo – porque de subtração com violência se trata – da vontade do acusado, vale dizer, do brutal arrancamento daquilo que constitui a base da verdade enquanto categoria operatória da realização do direito. A tortura anula as possibilidades de consenso discursivamente legitimado, as chances de construção da verdade processualmente válida, a única viável em uma disciplina da razão prática. O reconhecimento desta verdade consensual submetida a limites ético-discursivos implica a rejeição de uma "verdade" obtida através de meios que violam o "limite intransponível" da dignidade da pessoa humana.[158]

6. CONCLUSÃO

A proibição de tortura ainda vale como uma norma categórica ou absoluta, que em nenhuma hipótese admite relativização. O mesmo sucede em relação à proibição de aproveitamento da prova: os elementos de cognição obtidos através da tortura não podem ser valorados e utilizados com base da condenação.[159] Em resposta à pergunta inicial: ambas as proibições ainda pertencem ao universo do "indisponível" no direito (processual) penal e constituem expressão da própria dignidade do Estado.

---

157. COSTA, José de Faria. O direito... cit., p. 504 e 507.

158. Detalhado sobre o cruzamento entre o consenso enquanto categoria pertencente ao império da vontade e a verdade enquanto categoria que parte de um ímpeto gnoseológico: COSTA, José de Faria. Consenso, verdade e direito. *BFD* 77/421, 423, 426 e 431, onde resume (p. 426): a verdade que se alcança no momento de aplicação da norma "é tão só uma verdade intrassistemática processualmente válida. Não é a verdade ontológica. Não é a verdade do juízo existencial. Não é a verdade sequer do juízo histórico. É a verdade que as regras processuais permitem e que a decisão jurisdicional legitima".

159. Evidentemente, nada impede que o afetado possa livremente repetir a sua declaração em um momento posterior e essa "renovada" confissão possa servir como um dos elementos de apoio da condenação, desde que ele seja devidamente advertido sobre o seu direito a não declarar e sobre a não utilização da anterior declaração (instrução qualificada): WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 436; ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*... cit., p. 185; HAMM, Rainer. Op. cit., p. 946; JOERDEN, Jan. Op. cit., p. 505. Sobre a inutilização da prova obtida mediante tortura no plano transnacional: AMBOS, Kai. Die transnationale Verwertung von Folterbeweisen. *StV* 29/151 e ss.

Isto se funda não em uma consideração hipotética ou contingente de conveniência, mas em uma consideração absoluta ou categórica de respeito. Bem é verdade que também seria possível dizer que ao torturar o inimigo e utilizar a prova assim ilicitamente obtida, "ainda que com os propósitos mais louváveis, o que se faz afinal é libertar da garrafa o gênio do mal. Uma vez solto, não se sabe onde parará a sua influência maléfica, nem quando voltará a ser encerrado na garrafa".[160] Mas isso só teria sentido se quiséssemos expressar a proibição da tortura em outro idioma, de modo a torná-la mais compreensível para o Estado. Como destaca *Greco*, a conveniência é a língua do poder: a melhor forma de convencer o Estado de que ele "deve observar imperativos de respeito é mostrar o que ele ganha com isso – que o respeito compensa", uma vez que "considerações de respeito à humanidade estão formuladas numa língua que ele não entende".[161]

Como descreve *Saliger*, um tabu é algo que não se faz e a respeito do qual não se fala. E uma norma constitui-se como tabu quando vale como indiscutível, sem exceção, ou seja, quando ninguém a coloca em questão. E não se fala sobre ela simplesmente porque sobre ela não é preciso falar. Neste sentido, uma ruptura ou quebra do tabu pode se dar tanto através da realização da conduta nele imediatamente proibida quanto através da assunção da própria interdição como tema de discussão.[162]

Em termos gerais, as situações de tortura salvadora por enquanto colocam a proibição de torturar e a proibição de valorar a prova ilicitamente obtida através da tortura em uma situação de quebra de tabu relativamente ao falar. No tocante à proibição de aproveitamento, a possibilidade de discussão nos ofereceu a oportunidade teórica de revisitar as várias doutrinas sobre a *ratio* das proibições de valoração da prova no processo penal. Esperamos que, em relação a ambas as proibições, a quebra do tabu se limite à esfera da tematização discursiva. Pois seria absolutamente desastrosa uma quebra de tabu na dimensão do fazer. Algo que significaria não só o adeus definitivo a todo o projeto humanista-liberal de um direito (processual) penal minimamente garantista, mas também o irrevogável adeus à juridicidade *qua tale*.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHENBACH, Hans. Strafprozessuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft. *ZStW* 87. p. 74-102. 1975.

160. DIAS, Augusto Silva. Op. cit., p. 254.

161. GRECO, Luís. Conveniência... cit., p. 69, sob o mote "a conveniência da conveniência".

162. SALIGER, Frank. Op. cit., p. 36.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Proceso Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Européia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011.

AMBOS, Kai. Cesare Beccaria und die Folter. Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht. *ZStW*. n. 122. p. 505-520. 2010.

_____. Die transnationale Verwertung von Folterbeweisen. *StV*. n. 29. p. 151-161. 2009.

_____. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – Fundamentación teórica y sistematización. *Política Criminal*. n. 7. p. 1-56. 2009.

AMELUNG, Knut. *Informations beherrschungs rechte im Strafprozess*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

_____. *Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

_____. Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten. In: SCHULZ, Joachim; VORMBAUM, Thomas (hrsg.). *Festschrift für Günther Bemmann*. Baden-Baden: Nomos, 1997.

_____. Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverboten. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al (hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001.

ANDRADE, Manuel da Costa. *"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.

_____. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

BRUGGER, Winfried. Darf der Staat ausnahmsweise foltern? *Der Staat*. n. 35. p. 67-97. 1996.

_____. Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? *JZ*. n. 55. p. 165-173. 2000.

CAETANO, Matheus Almeida. O autofágico direito penal do inimigo: por uma resistência garantista. *Revista Estudos Jurídicos Unesp*. vol. 19. p. 215-240. São Paulo: Unesp, 2010.

COSTA, José de Faria. Consenso, verdade e direito. BFD. n. 77. p. 421-432. 2001.

_____. O direito, a linguagem e a terceira pessoa. In: NUNES, António José Avelãs et al (coords.). *O direito e o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

_____. Ler Beccaria hoje – Estudo introdutório. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. *Linhas de direito penal e de filosofia – Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

DENCKER, Friedrich. *Verwertungsverbote im Strafprozeß*. Köln: Heymanns, 1977.

DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al (orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: _____. *Para uma nova Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 1983.

ENGLÄNDER, Armin. *Grund und Grenzen der Nothilfe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

ERB, Volker. Notwehr als Menschenrecht. *NStZ*. n. 25. p. 593-602. 2005.

FELDMANN, Clemens. Verwerbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise. *NJW*. n. 12. p. 853-856. 1959.

FEZER, Gerhard. *Strafprozessrecht, Band II, Hauptverfahren, Rechtsmittel*. München: Beck, 1986.

GAUTHIER, Jean. Die Beweisverbote. *ZStW*. n. 103. p. 797-816. 1991.

GÖSSEL, Karl Heinz. Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren. *NJW*. n. 34. p. 649-657. 1981.

GÖTZ, Heinrich. Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes. *NJW*. n. 58. p. 953-957. 2005.

GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 95. p. 43-84. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2012.

_____. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 82. p. 165-185. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2010.

_____; SCHÜNEMANN, Bernd. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio" e Comentário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 78. p. 7-41. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2009.

GRÜNWALD, Gerald. Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren. *JZ*. n. 21. p. 490-501. 1966.

HAFFKE, Bernhard. Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot. *GA*. n. 120. p. 65-84. 1973.

HAMM, Rainer. Schluss der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot!. *NJW*. n. 56. p. 946-947. 2003.

HASSEMER, Winfried. Unverfügbares im Strafprozeß. In: KAUFMANN, Arthur et al (hrsg.). *Festschrift für Maihofer*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1988.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Folter und Menschenwürde. *JZ*. n. 60. p. 321-328. 2005.

HERZOG, Felix. Notwehr. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (hrsg.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1*. 3. aufl. Baden-Baden: Nomos, 2012.

HILGENDORF, Eric. Folter im Rechtsstaat? *JZ*. n. 59. p. 331-339. 2004.

HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht nach logisch-anlytischer Methode*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983.

JAHN, Matthias. Gute Folter – Schlechte Folter? *KritV*. n. 87. p. 24-49. 2004.

_____. Grundfragen und aktuelle Probleme der Beweisverwertung im Straf- und Steuerstrafverfahren. In: _____ et al (hrsg). *Festschrift für Heinz Stöckel*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

JÄGER, Christian. Das Verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates. In: PUTZKE, Holm. *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht. *ZStW*. n. 117. p. 839-851. 2005.

JEROUSCHECK, Günter. Gefahrenabwendungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimierter Zwangseinsatz? *JuS*. n. 45. p. 296-302. 2005.

_____; KÖLBEL, Ralf. Folter von Staats wegen? *JZ*. n. 58. p. 613-620. 2003.

JESUS, Francisco Marcolino de Jesus. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

JOERDEN, Jan. Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern. _____; BYRD, B. Sharon (hrsg.). *Festschrift für Joachim Hruschka*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KELNHOFER, Evelyn. *Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. aufl. Baden-Baden: Nomos, 2011.

KINZIG, Jörg. Not kennt kein Gebot? *ZStW*. n. 115. p. 791-814. 2003.

KLEINKNECHT, Theodor. Die Beweisverbote im Strafprozeß. *NJW*. n. 19. p. 1537-1545. 1966.

_____; KARLHEINZ, Meyer. *Beck'sche Kurz-Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 6*. 42. aufl. München: Beck, 1995.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 6. aufl. München: Vahlen, 2008.

KÜPPER, Georg. Tagebücher, Tonbänder, Telefonate – Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren. *JZ*. n. 45. p. 416-424. 1990.

LESCH, Heiko. Funktionale Rekonstruktion der Lehre von den Beweisverboten. In: HASSEMER, Winfried et al (hrsg,). *Festschrift für Klaus Volk*. München: Beck, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

MARTELETO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

MERKEL, Reinhard. Folter und Notwehr. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Reiner (hrsg.). *Festschrift für Günther Jakobs*. Köln: Heymanns, 2007.

MERTEN, Jan. Folterverbot und Grundrechtsdogmatik – Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Discussion um die Menschenwürde. *RS*. p. 404-408. 2003.

MEYER-GOßNER, Lutz; CIERNIAK, Jürgen. *Beck'sche Kurz-Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 6*. 53. aufl. München: Beck, 2010.

MIEHE, Olaf. Nochmals: Die debate über Ausnahmen vom Folterverbot. *NJW*. n. 56. p. 1219-1220. 2003.

MORÃO, Helena. O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português. *RPCC*. n. 16. p. 575-620. 2006.

MOURA, Bruno. O normativismo jurídico-penal: consequência do ou resistência ao funcionalismo? *BFD*. n. 86. p. 709-749. 2010.

NAUCKE, Wolfgang. Einführung. In: BECCARIA, Cesare. *Von den Verbrechen und den Strafen, Übersetzung von Thomas Vormbaum*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

NEUHAUS, Ralf. Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar! *GA*. n. 151. p. 521-539. 2004.

NEUMANN, Alfred. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral. *JRE*. n. 2. p. 81-94. 1994.

NEVES, Rosa Vieira. *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

NOROUZI, Ali. Folter in Nothilfe – Geboten? *JA*. n. 37. p. 306-310. 2005.

OSMER, Jan-Dierk. *Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a stop*. Dissertation, Hamburg, 1966.

OTTO, Harro. Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte. *JZ*. n. 60. p. 473-481. 2005.

_____. Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren. *GA*. n. 117. p. 289-305. 1970.

PERRON, Walter. Foltern in Notwehr? In: HEINRICH, Bernd et al (hrsg.). *Festschrift für Ulrich Weber*. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2004.

PETERS, Karl. Beweisverbote im Strafprozess. *Gutachten zum 46. DJT (Deutscher Juristentag), Band I*. p. 95 e ss., 146 e ss. München, 1967.

POSCHER, Ralf. Die Würde des Menschen ist unantastbar. *JZ*. n. 59. p. 756-762. 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat. In: PUTZKE, Holm. *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

ROGALL, Klaus. "Abwägungen" im Recht der Beweisverbote". In: EBERT, Udo et al (hrsg.). *Festschrift für Ernst-Walter Hanack*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

_____. Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts. In: WOLTER, Jürgen et al (hrsg.). *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*. Neuwied: Luchterhand, 1995.

_____. Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten. *ZStW*. n. 91. p. 1-44. 1979.

_____. Verbotene Vernehmungsmethoden. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim et al (hrsg.). *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. 18. aufl. Neuwied: Luchterhand, 1998.

_____. Zur Lehre von den Beweisverboten. In: SAMSON, Erich (hrsg.). *Festschrift für Gerald Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

ROSA, Luís Bértolo. Consequências processuais das proibições de prova. *RPCC*. n. 20. p. 219-277. 2010.

ROXIN, Claus. Rettungsfolter? In: GRIESBAUM, Rainer et al (hrsg.). *Festschrift für Nehm*. Berlin: Berliner Verlag, 2006.

_____. *Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch*. 25. aufl. München: Beck, 1998.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*. 4. aufl. Beck: München, 2006.

SALIGER, Frank. Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung. *ZStW*. n. 116. p. 35-65. 2004.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung der Notwehr. *GA*. n. 138. p. 96-139. 1991.

SCHMIDT, Eberhard. Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß 55 II StPO als Revisionsgrund. *JZ*. n. 13. p. 596-601. 1958.

SPENDEL, Günter. Beweisverbote im Strafprozeß. *NJW* 19. p. 1102-1108. 1966.

VILELA, Alexandra. Beccaria: contributo do "direito penal total" para o exercício da cidadania. *BFD*. n. 88. p. 271-285. 2012.

WEIGEND, Thomas. Anmerkung zu LG Frankfurt/M., Beschl. v. 9.4.2003 – 5/22 Ks 3490 Js 230118/02. *StV*. n. 23. p. 436-441. 2003.

WOLTER, Jürgen. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.8.1983 – 3 StR 136/83. *NStZ*. n. 4. p. 275-278. 1984.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A tortura e o Estado Democrático de Direito – O relatório da Comissão Especial da Lei 10.726, de 09.01.2001, de Belisário dos Santos Júnior – *RBCCrim* 46/289;
- O direito à vida e o crime de tortura. Regulamentação do inc. III do art. 5.º da Constituição Federal, de Vanessa Vieira de Mello – *RDCI* 28/89;
- Tortura, história e sociedade: algumas reflexões; de Marcos César Alvarez – *RBCCrim* 72/275; e
- Tortura – Prova ilícita – Inaceitabilidade de elementos de convicção por ela viciados, de Fauzi Hassan Choukr – *RBCCrim* 14/387.

DIREITO PENAL E INVESTIGAÇÃO 5

Convencionalismo e dogmatismo no conceito de crime como objeto de investigação criminal

Criminal law and investigation

Conventionalism and dogmatism in the concept of crime as the object of criminal investigation

ELIOMAR DA SILVA PEREIRA

Mestre em Ciências Policiais (Criminologia e Investigação Criminal), no Instituto Superior de Ciências Policiais (Lisboa, Portugal). Especialista em Ciências Criminais. Professor de Teoria da Investigação Criminal na Escola Superior de Polícia (Polícia Federal do Brasil). Delegado de Polícia Federal (Brasília, DF).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A noção de crime e as compreensões que se podem dele ter são essenciais à investigação criminal. Nesta atividade essencialmente prática, o tipo penal tem a função de uma hipótese dirigida à pesquisa do corpo do delito, o que somente se torna possível pela aceitação con-

ABSTRACT: The notion of crime and the understanding that one can have about it are essential to criminal investigation. In such practical activity, the criminal offense plays the role of the hypothesis which is focused on studying the body of the offense. This is

vencionalista do crime como definição legal, que consiste em um dos postulados fundamentais do garantismo penal segundo a teoria de Luigi Ferrajoli a que se recorre neste artigo como ponto de partida e epígrafe. Os modelos da doutrina jurídica podem, por sua vez, ser compreendidos como instrumentos operativos, orientados a uma compreensão analítica metodologicamente eficiente para distinção dos diversos aspectos do crime. Ela, contudo, não exclui a necessária compreensão da função convencionalista da legalidade na definição do crime, embora também nessa exista uma necessária compreensão para além da formalidade da lei, que nos exige captar certos elementos constitutivos do crime. No conjunto, com as diversas perspectivas de compreensão do crime (legal, formal e material e doutrinária), pretendemos evidenciar, sob a perspectiva da investigação criminal, a necessária referência dos tipos penais a elementos empíricos verificáveis em uma investigação, como sua dimensão fática essencial, a partir da qual é possível ascender às dimensões valorativa e normativa, e sobretudo tornar possível uma efetiva refutação em contraditório judicial das hipóteses conclusivas de uma investigação. Não se pretende, contudo, apresentar uma exposição conclusiva, mas meramente especulativa de alguns dos diversos problemas com que a dogmática se depara ao contrastar a riqueza da realidade dos crimes com os limites do convencionalismo penal e como isso se revela na investigação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Mera legalidade - Estrita legalidade - Elementos constitutivos do crime - Teorias do crime - Tipo penal - Corpo de delito.

only made possible due to the conventionalist acceptance of crime as a legal definition, which is one of the fundamental assumptions of Criminal "Guarantism" according to the theory by Luigi Ferrajoli, which is used in this paper as a starting point and epigraph. The models of legal doctrine can be understood as operating tools aimed at the analytical understanding, methodologically efficient, for the distinction between the different aspects of crime. However, it does not exclude the necessary understanding of the conventionalist function of legality in the definition of a crime, even though here there's also a necessary understanding that goes beyond the formality of law and which requires the capturing of certain constituent elements of a crime. Overall, with several prospects for the understanding of (legal), formal, material and doctrinal crime we would like to highlight, under a criminal investigation perspective, the necessary reference of criminal offense, as well as the verifiable empirical elements of an investigation, its essencial dimension in relation to the facts upon which one can rise to evaluative and normative dimensions, and most of all, make it possible to have an effective refutability to contradict the legal hipothesis of an investigation. We do not intend to present a conclusive opinion but to reflect upon some problems faced by dogmatics when contrasting the wealth of crime reality with the limits of criminal conventionalism and how this affects criminal investigation.

KEYWORDS: Mere legality - Strict legality - Constituent elements of crime - Crime theory - Criminal offense - Body of the offense.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Convencionalismo e aspectos múltiplos da legalidade penal: 2.1 Aspectos múltiplos da legalidade - Irretroatividade, taxatividade e proibição de analogia; 2.2 Necessidade da tutela penal e elementos constitutivos do crime: 2.2.1 A materialidade da ação; 2.2.2 Princípio da lesividade; 2.2.3 A responsabilidade subjetiva - 3. Dogmatismo e modelos analítico-jurídicos do crime: 3.1 A noção de teoria do crime; 3.2 Modelos analítico-jurídicos - 4. Conclusão - 5. Referências bibliográficas - 6. Referências bibliográficas.

"Autorictas, non veritas facit legem *é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua*

vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico: o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade do sujeito"
Ferrajoli (Direito e razão: teoria do garantismo penal).

1. INTRODUÇÃO

A investigação criminal,[1] seja antes ou durante o processo judicial, tem como objeto de pesquisa o crime, cuja adequada apreensão cognitiva, sob uma perspectiva não apenas jurídica, mas também científica, exige-nos uma compreensão da sua natureza originariamente convencionalista. Dizemos não apenas jurídica (a partir exclusivamente da interpretação jurídica), mas também científica (a partir da pesquisa fática dos dados da realidade), porque temos em mente que somente tipos penais providos de referências a realidades materiais, constatáveis empiricamente, permitem não apenas uma investigação efetiva do crime, portanto, uma investigação não especulativa (o que podemos chamar *verificabilidade investigativa*),[2] como em fase posterior uma efetiva possibilidade de contraditório aos dados da realidade (o que se pode chamar *refutabilidade judicial*).[3]

1. Entenda-se por investigação criminal o conjunto de atos de pesquisa acerca da *verdade fática do crime* (excluída a verdade jurídica pesquisada pela interpretação da lei, conquanto isso ocorra paralelamente e, na investigação se dê em termos apenas provisórios, não definitivos como se dá na sentença penal), quer sejam ordenados antes ou durante o processo, sem ou com participação do juiz, ou apenas pela autorização deste. Sobre a distinção entre verdade fática e verdade jurídica, como elementos da verdade processual, e as inferências indutiva e dedutiva que as distingue, vide Ferrajoli, 2000, p. 43.
2. *Verificabilidade*, em sentido geral, diz respeito a qualquer procedimento que permita estabelecer a verdade ou falsidade de um enunciado qualquer (v.g. uma acusação criminal). Em um sentido mais restrito, diz respeito a enunciados factuais, que recorre à experiência ou aos fatos (v.g. a parte da acusação que se restringe aos fatos objeto de prova). Cf. Verificação, in Abbagnano, 2007, p. 999.
3. *Refutabilidade*, na filosofia, é referido como procedimento indispensável à investigação científica, ou condições de contraditório. Cf. Refutação, in Abbagnano, 2007, p. 840. Luigi Ferrajoli (2000, p. 32) faz uso desses termos expressamente, embora por vezes se refira à *falseabilidade*, que é um termo cunhado por K. Popper como critério de demarcação das ciências empíricas. No processo penal, esse termo se pode enten-

Uma adequada compreensão do que é o crime, como um fato (empírico) tipificado (legalmente), mas intermediado por um valor acerca de certo aspecto da realidade, por meio de uma técnica legislativa adequada (normatividade taxativa), que tenha por pressupostos tanto a noção de condições de verificabilidade investigativa como a de refutabilidade judicial, exige entender que um conceito legal (legalidade formal, ou mera legalidade) é uma condição necessária (embora *convencional*),[4] mas não suficiente para a apreensão cognitiva do crime. Assim, ao aplicador da lei penal (seja em definitivo judicialmente, seja em provisório, nas etapas de investigação e acusação), exige-se também uma compreensão doutrinária do crime, como pretendemos demonstrar. Em especial, uma doutrina que congregue na sua definição o conjunto dessa compreensão convencionalista (tanto formal, quanto material), e nos permita uma interpretação jurídica não reduzida à lei, mas a partir da lei em direção às funções político-criminais subjacentes a todo direito penal.[5]

Em suma, sob a perspectiva de objeto da investigação, trata-se de compreender o crime como um fato do passado (fato do crime) que só se conhece pelos seus vestígios e registros (corpo de delito e/ou reconstituições testemunhais), tendo por referência uma hipótese legal de pesquisa (tipo penal) considerada uma representação linguística que agrega condições de garantia formal e material (mera e estrita legalidade) e é analítica e metodologicamente interpretada em função de uma orientação político-criminal (teoria do crime).

2. CONVENCIONALISMO E ASPECTOS MÚLTIPLOS DA LEGALIDADE PENAL

O convencionalismo penal. Os sistemas jurídico-penais modernos estão em geral fundados na concepção convencionalista do crime, que é igualmente um princípio constitutivo do positivismo jurídico. Por ele, entende-se que "o que

---

der como um critério de controle das hipóteses fáticas acerca do crime, mas como referência a uma característica do sistema como um todo.

4. Ao falarmos de "convencionalismo", estamos a recorrer explicitamente à epistemologia garantista de Luigi Ferrajoli (2000), tal como ele a desenvolve em sua obra *Direito e razão*, cujas ideias fundamentais são, neste artigo, o ponto de partida da compreensão do crime como objeto de investigação em sua estrutura complexa.

5. Ora, isso exige que se tenha desde a partida uma noção das funções da pena, mesmo que isso pareça distante da atividade essencialmente prática que é a investigação criminal; mas não se pode levar a efeito uma política criminal se as diversas atividades práticas (investigação, acusação, jurisdição) não estiverem em consonância com a proposta do sistema, com sua pauta de valores fundamentais que legitimam o poder punitivo.

confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei" – *auctoritas, nom veritas facit legem* é a máxima que o expressa (FERRAJOLI, 2000, p. 31). Esse princípio positivista, que guarda em si as doutrinas do Liberalismo e do Estado de Direito, está implícito nos regimes democráticos que se organizam a partir de uma Constituição que prevê o *princípio da legalidade* como um método de governo.

Mera legalidade e estrita legalidade. A legalidade, contudo, sobretudo nos regimes constitucionais, não se tem entendido como princípio dirigido apenas ao juiz (e demais operadores do direito a partir da lei apenas), mas também ao legislador. Nesse sentido, tem-se distinguido *princípio da mera legalidade*, que limita a ação de órgãos administrativos e do Judiciário ao que somente na lei é qualificado como crime, e *princípio da estrita legalidade*, que exige do legislador uma precisão empírica na formulação legal dos crimes, na forma de uma taxatividade que corresponde a uma "técnica legislativa específica". O primeiro diz respeito a uma *questão de vigência*; o segundo, a uma *questão de validade* – e ambos devem ser considerados condições de definição do crime. O segundo aspecto da legalidade especificamente, que na tradição jurídico-penal correspondia a aspirações filosóficas que se impunham de uma perspectiva apenas externa ao sistema jurídico, na era do constitucionalismo adquire uma perspectiva interna superior, ao estabelecer pautas de valores que condicionam já não apenas a vigência da lei, mas também a sua validade.

Podemos entender que, se o princípio da mera legalidade é uma condição necessária à definição jurídica do crime, não é, contudo, suficiente, seja de uma perspectiva constitucional do direito penal, seja de uma perspectiva empírica que estabeleça condições de controle das ações estatais, como é o caso da atividade de investigação do crime. Ademais, somente é possível investigar – e, sobretudo, sem excessos e subjetivismos incontrolados, se antes uma lei (não apenas formal, mas também materialmente concebida) definir adequadamente o crime em termos que se permita verificar e refutar.[6]

Em conformidade com essas questões, pode-se observar que, enquanto o princípio da mera legalidade é uma condição de imposição da pena, o princípio da estrita legalidade é uma condição de imposição do crime, e como tal exige não apenas a garantia formal da lei, mas também garantias substanciais

6. Nesse sentido, segundo Ferrajoli (2000, p. 38): "só é possível verificar empiricamente que se cometeu um delito se, antes, uma convenção legal estabelecer com exatidão que fatos empíricos devem ser considerados como delitos".

que orientem o conteúdo das leis, além de garantias processuais que concernem à verificação da prática do crime e à refutação das hipóteses de acusação a respeito do crime.[7]

Uma primeira aproximação conceitual. Sob essa perspectiva abrangente do sistema penal (que abarca desde a atividade legislativa, passando pela investigativa e pela processual, até chegar a uma sentença condenatória), podemos dizer que *crime não é apenas o que a lei diz ser, mas o que a lei diz formalmente, sob certas condições materiais constitucionais, especialmente que assegurem sua a verificação empírica, e após a observância de certas condições processuais, especialmente que assegurem a refutação jurídica pelo acusado.*[8] Ou seja, não se deveria considerar crime qualquer fato, nem seu autor um criminoso, senão após se verificar uma sentença condenatória irrecorrível.[9]

2.1 *Aspectos múltiplos da legalidade – Irretroatividade, taxatividade e proibição de analogia*

A lei incriminadora, que tipifica a conduta reprovável, para realizar devidamente o princípio da legalidade, deve atender, portanto, a certas exigências que são identificadas na doutrina pelos princípios *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; nullum crimen, nulla poena sine lex praevia;nullum crimen, nulla poena sine lex certa; nullum crimen, nulla poena sine lege stricta,*[10] que podem ser identificados, concisa e respectivamente, como princípio da reserva legal;

7. No conjunto, essas garantias todas adquirem no programa de direito penal mínimo de Luigi Ferrajoli (2000, p. 73 e ss.) a condição de axiomas de um sistema garantista de direito penal, informado por dez princípios, dos quais ele faz derivar uma série de 75 teoremas possíveis de compreensão do sistema, na linha de uma teoria axiomatizada do direito.

8. No sistema axiomatizado de Luigi Ferrajoli (2000, p. 89, nota 6), essa ideia corresponde ao *Teorema 57: Nullum crimen sine lege, sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

9. Essa visão, contudo, está em contradição com a realidade social que se antecipa com repressões informais, mediadas por veículos de comunicação imediatistas, e nos demonstra que não apenas o sistema penal é estigmatizante, no sentido do etiquetamento do *labelling approach*, mas antes a própria sociedade o é. O direito penal (constitucional, material e processual), sob essa perspectiva deve (ou deveria) consistir exatamente no método eficaz para minimizar e reduzir essas potenciais violências antecipadas e informais.

10. Cf. Caballero, 1993, p. 31 e ss., em que o autor explica cada um dos aspectos do princípio da legalidade penal.

princípio da irretroatividade da lei penal; e princípio da proibição de analogia; princípio da taxatividade.

Ponto de vista interno da legalidade. Irretroatividade da lei. O princípio da mera legalidade (formal), que se pode expressar simplesmente pela fórmula latina *nulla poena, nullum crimen sine lege*, deve ser entendido de um ponto de vista interno e tem para o jurista, segundo Luigi Ferrajoli (2000, p. 302) "o valor de uma regra metacientífica". É a partir dele que se estabelece um primeiro postulado do positivismo jurídico a respeito da separação entre direito e moral. No âmbito penal, isso implica reconhecer no crime um "caráter inteiramente artificial, convencional e contingente", o que impede artifícios ideológicos de sobreposição de apriorismo moral ou natural ao (des)valor jurídico. Como tal, contudo, é um princípio que se dirige ao jurista, ao operador do direito, ao juiz especificamente, não ao legislador, para o qual a legalidade estrita e os princípios de orientação material, a partir de pauta de valores constitucionais, são o caminho adequado. Dele decorre como corolário a irretroatividade das leis penais (*nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*), que impede aplicar-se a lei a fatos que lhe sejam posteriores. Dessa mesma lógica decorre a possibilidade de aplicação de leis penais posteriores mais favoráveis (retroatividade da lei penal mais benéfica) e a necessidade de aplicação de leis penais menos graves ao tempo do fato (*tempus regit actumi*, que implica uma *ultra-atividade* da lei penal, embora já possa ter sido revogada ao tempo de sua aplicação). Esse princípio traz consigo a afirmação política da separação dos poderes com reserva do monopólio exclusivo do Poder Legislativo em matéria penal.

Ponto de vista externo da legalidade. O princípio da estrita legalidade (material), por sua vez, deve ser entendido de um ponto de vista externo ao sistema jurídico-penal, pela incorporação de valores de orientação ao legislador na construção dos tipos penais, embora pelo constitucionalismo moderno tais valores sejam colhidos diretamente no sistema, em uma instância superior de normatividade, não mais assim em orientação filosóficas, ou talvez pior ideológicas, religiosas ou puramente morais. Isso, contudo, não exclui o caráter ético da legislação penal. A respeito disso, Luigi Ferrajoli (2000, p. 367) nos adverte que não se pode deduzir tautologicamente da definição formal do crime seus critérios de valor, pois esses são inevitavelmente externos à lei, mas se lhes exigem ser compatíveis com a perspectiva formal. Assim, segundo ele, "um fato não deve ser proibido se não é, em algum sentido, reprovável; mas não basta que seja considerado reprovável para que tenha de ser proibido". E mais expressamente, conclui que "o princípio liberal da separação direito-moral, apesar de no plano teórico-descritivo excluir do conceito de delito qualquer conotação de tipo moral ou natural, não impede que as proibições legais se-

jam suscetíveis de prescrição e/ou valoração no plano ético-político" (2000, p. 368). Daí poder-se falar de uma "ética da legislação", pois "muitos dos princípios morais que servem de base para negar a justificação de certas proibições ou para justificar certos delitos estão incorporados ao direito positivo como outros tantos limites, ou condições ou princípios jurídico de deslegitimação de uns e de legitimação de outros" (2000, p. 369), como é o caso dos diversos princípios constitucionais, alguns gerais outros especificamente penais.

Taxatividade, proibição de analogia e interpretação restritiva. É nessa perspectiva que se apresentam certos princípios que constam (ou deveriam constar) das Constituições políticas como critérios de orientação material da tipificação dos crimes, segundo uma perspectiva taxativa das hipóteses típicas (princípio da tipicidade que se refere à técnica legislativa de tipificação de condutas), que tem como corolário a proibição de analogia (como limitação das fontes do direito penal) e do que se segue o dever de interpretação restritiva e proibição de interpretação extensiva das leis penais. Quanto aos critérios, contudo, não se tem entendido exatamente como uma orientação positiva sobre o que se deve tipificar, porque se entende excluída essa possibilidade (FERRAJOLI, 2000, p. 371), mas precisamente como critérios negativos ou limitadores, e nesse sentido garantias substanciais que orientam a necessidade de lei penal e se podem expressar pelas fórmulas *nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione; nulla actio sine culpa*, segundo proposta de Luigi Ferrajoli (2000, p. 75), que podem ser traduzidos pelos *princípios da lesividade ou ofensividade, da materialidade da ação e da responsabilidade pessoal* e nos remetem a três elementos constitutivos do delito – resultado, ação e culpabilidade. É do que nos vamos ocupar na próxima seção.

2.2 Necessidade da tutela penal e elementos constitutivos do crime

Fragmentariedade e subsidiariedade. Na base dos princípios referidos (garantias substanciais) que nos remetem aos elementos constitutivos do crime, e em uma instância anterior segundo entendemos, deve-se perceber que há o *princípio da necessidade* da tutela penal, que se pode expressar pela fórmula *nulla lex (poenalis) sine necessitate*. Deve-se, assim, entender a necessidade da tutela penal em função da defesa de direitos fundamentais, porque, tratando-se a pena de uma restrição de direitos fundamentais, somente a proteção destes pode justificar a necessidade do direito penal. Esse princípio está em consonância com o programa de um direito penal mínimo que somente admite a tutela penal como solução última e justificada, na forma de proibições mínimas necessárias. A sua compreensão passa por considerar que o direito penal deve construir-se com base em duas características essenciais – a fragmentariedade

e a subsidiariedade. Segundo se entende, "a *fragmentariedade* pretende que o Direito penal somente tenha intervenção diante dos ataques especialmente graves a bens jurídicos que ostentam grande relevância social. (...) A *subsidiariedade* do Direito penal, por seu turno, significa sua posição de *ultima ratio* frente aos demais sistemas de controle social formal ou informal" (GOMES, 2007, p. 383). Somente com a aceitação prévia desse princípio que nos diz a característica essencial do direito penal, pode-se concluir acerca dos conteúdos dos demais princípios orientadores de um direito penal mínimo.

2.2.1 A materialidade da ação

A primeira garantia que emerge das exigências substanciais do crime é a da *exterioridade da ação*.[11] O fato punível não pode consistir em estados de ânimo interiores apenas. Exige-se que o crime tenha como base uma ação externa, empiricamente observável. Pensamentos, desejos e intenções, ainda que correspondam a vícios e maldade do homem, não se prestam a configurar o crime. Somente pela ação se pode averiguar sua relação com um resultado a partir do estabelecimento de um nexo entre os dois. Essa exigência, é claro, não encontra na disciplina penal da omissão uma clara conformação, embora as diversas teorias da ação na doutrina jurídico-penal se empenhem na sua clarificação e acomodação, dentro de limites controláveis, a partir de um conceito mais amplo de conduta.

O certo, contudo, é que, ao se falar em omissão, o que está excluído é exatamente essa exterioridade material, que nos permite uma verificação empírica segura. Trata-se, contudo, de um aspecto do crime que se não resolve na dimensão fática, mas na dimensão normativa do crime. Em tais casos, o direito penal deve (ou deveria) apegar-se a algum outro elemento material que nos permita averiguar a exterioridade do crime, como costuma ser a exigência de resultado[12] em crimes de omissão.[13] Não seja assim, perde-se de vista que o princípio da

11. No sistema garantista de Luigi Ferrajoli, contudo, esse princípio é antecedido pelo da lesividade, que igualmente é antecedido pelo da necessidade, o que se justifica pela axiomatização que pretende conferir ao sistema, considerando-se cada elemento logicamente anterior, como o conjunto de todos os demais que igualmente o antecedem. Assim, a necessidade pressupõe a lesividade, que pressupõe a ação etc. Ou seja, em uma exposição não axiomatizada com a que se pretende, a ação antecede a lesão.

12. *Exterioridade do resultado, não lesividade*, pois esse possui uma dimensão valorativa, como se observará adiante.

13. Não é o que se observa, contudo, em todos os casos. Há crimes de omissão vazios de qualquer exterioridade, que se imputam ao homem por uma exclusiva relação norma-

materialidade da ação se presta a assegurar um valor político de separação entre direito e moral e assegurar a tutela da consciência humana, o que deve ser compreendido como a base de exigência desse elemento constitutivo do delito. Por isso, Luigi Ferrajoli chega a afirmar que "o princípio de materialidade da ação é o coração do garantismo penal, que dá valor político e consistência lógica e jurídica à grande parte das demais garantias" (2000, p. 387).

Daí se entende porque boa parte da história das doutrinas do crime se desenvolveu em torno do problema da ação e seu conceito. De fato, nas teorias da ação se encontram discussões que revelam muito do caráter garantista ou não de certas concepções do direito penal e nos permite identificar o delineamento dos primeiros limites do poder estatal penal. Nesse sentido, uma leitura das teorias da ação pode ser feita sob essa diretriz de orientação. É sob essa diretriz que podemos perceber a racionalidade ou irracionalidade de certos sistemas jurídico-penais que se fundam em tipos de autor ou tipos de ato; é ainda sob essa diretriz que podemos compreender epistemologias naturalistas ou idealistas de teorias da ação, e outras tantas que se prestam a arquitetar um conceito de ação, abrangente da omissão, como centro de uma teoria do crime.[14]

2.2.2 Princípio da lesividade

O *princípio da lesividade* (do resultado),[15] embora apresente um sentido aparentemente fático, sua maior importância se encontra em uma dimensão valorativa, pois como observa Luigi Ferrajoli (2000, p. 374), "palavras como 'lesão', 'dano', e 'bem jurídico' são claramente valorativas". É em virtude desse princípio que se "impõe à ciência e à prática jurídica precisamente o *ônus da*

---

tiva, sem exigência de qualquer resultado. Temos dificuldade para aceitar e entender a lógica dessas construções jurídico-penais, sob a perspectiva de um direito penal mínimo e consideramos ilegítimas desde esse ponto de vista. É o caso, por exemplo, no Brasil, do crime de omissão de socorro. A exigência de incremento da lesão, após a omissão, contudo, poderia ser uma solução parcial do problema, mas esse incremento costuma ser entendido na doutrina brasileira como mero exaurimento, não essencial ao tipo penal.

14. Esse, contudo, é um estudo que não se vai fazer nesse trabalho e nossas considerações ficam apenas como pauta para pesquisas posteriores.

15. A lesividade do resultado não se confunde com sua exterioridade material. Assim, é possível encontrarem-se tipos sem resultado material, de mera ação material, com resultado lesivo ao bem jurídico. O que não concebemos razoável são crimes sem ação (omissão), sem resultado exterior (omissão própria), considerados lesivos a um bem jurídico e de responsabilidade penal de alguém, ainda que se possa considerar em parte responsável moralmente.

demonstração. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo" (FERRAJOLI, 2002, p. 373).

No centro desse princípio se encontra a *noção de bem jurídico* e em torno dele todo um conjunto de discussões teóricas que se esforçam por estabelecer um fundamento objetivo (ou ontológico natural). Em torno dele, os conceitos de bem jurídico têm oscilado na história do direito penal, desde um ponto de vista estritamente individual e concreto (da tutela do homem) para um ponto de vista coletivo e abstrato (da tutela do próprio Estado, que chama a si o interesse na proteção de todos os bens). A meio caminho, entre esses extremos, encontram-se discussões atualmente presentes em nossa época que têm delineado um direito penal de tutela de bens coletivos e difusos. A extensão do conceito de bem jurídico, que se foi distanciando da dimensão fática (objeto material) para uma puramente normativa (crimes de perigo abstrato ou presumido), tem levado o direito penal a uma expansão igualmente ilimitada. Essa percepção do problema, segundo entendemos, deve ser o fio condutor de uma análise das teorias do bem jurídico, sob a perspectiva de um direito penal mínimo.[16] Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2000, p. 374) refere-se a uma "parábola involutiva da doutrina do bem jurídico", que coincide em boa parte com a história do conceito de crime, e "caracteriza-se por uma ininterrupta expansão de seu significado, simultânea ao progressivo desvanecimento tanto de seus referentes empíricos como de sua função garantidora dos limites ou condições que podem justificar a proibição penal".

Daí porque Ferrajoli pugna pela necessidade de "restaurar sua referência semântica a situações objetivas e a interesses de fato independentes das (ou prévio às) normas jurídicas..." (p. 376). Segundo o autor, é necessário devolver a "relevância crítica e a função axiológica" da noção de bem jurídico, "ainda que seja apenas como limite interno referido a valores ou bens constitucionais". Para tanto, uma análise crítica das teorias dos bens jurídicos deve passar pela sua compreensão à luz do *postulado da proporcionalidade*,[17] segundo suas dire-

16. Ou seja, estabelecer o lugar da discussão acerca do bem jurídico na *dimensão valorativa*, entre a fática e a normativa, ou seja, nem limitada à noção de bem material, nem extrapolada para a noção de normatividade pura.

17. A proporcionalidade é comumente referida por várias doutrinas como princípio. Humberto Ávila (2006), contudo, a redefine adequadamente com um postulado específico, e esse tem sido o uso que fazemos correntemente, por considerar o mais condizente com sua natureza. Com efeito, o postulado (como uma postulação mesmo

trizes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Luigi Ferrajoli (2000, p. 378 e ss.), sem referir-se à proporcionalidade expressamente, apresenta exatamente suas diretrizes como orientação para uma teoria do bem jurídico, a partir de três critérios:

a) A tutela penal de um bem jurídico somente deveria ser justificada se antes uma tutela extrapenal se mostrasse efetivamente insuficiente, exigindo-se uma tutela penal (*necessidade* da tutela penal, segundo a noção de subsidiariedade de outras tutelas administrativas, civis etc.);

b) A tutela penal ao bem jurídico deve ser idônea ao fim que se pretende de proteção ao direito fundamental (*adequação* entre fins e meios penais utilizados);

c) Nenhum bem deveria justificar uma tutela penal se seu valor não for maior do que o bem privado pela pena (*proporcionalidade* estrito senso, entre direitos fundamentais).

Desse último critério é que emerge um dos pontos de ilegitimidade mais sérios do sistema jurídico-penal, porque não é compreensível que, apresentando-se um direito fundamental como justificação para a tutela penal, a liberdade (como direito fundamental igualmente relevante) seja considerada em desvantagem relativamente ao bem tutelado, a ponto de justificar-se a pena privativa para tantas lesões a direitos fundamentais de menor valor.[18] No âmbito dessa discussão é que se devem compreender certas teorias constitucionalistas do bem jurídico que exigem a coexistência do bem jurídico tutelado penalmente com a liberdade limitada, no mesmo sistema referencial de valores – a Constituição. Nesse sentido, adverte Luigi Ferrajoli (2000, p. 380), "seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques de bens de categoria igualmente constitucional".

É essencial que se entenda, nesse quadro, que toda norma jurídica assimila um valor ético que a política legislativa identificou no âmbito das relações sociais, conferindo-lhe uma tutela jurídica pelo Estado. Sob uma perspectiva moderna dos direitos humanos e fundamentais, há sempre um direito implíci-

---

para a organização de um sistema) não se encontra expresso (no sistema jurídico brasileiro, embora se encontre no português), mas subjacente em certos princípios e regras (normas) como orientação de decisões justas.

18. Outro grande problema que emerge em conexão com a tutela do bem jurídico concerne à antecipação material dessa tutela, com figuras delitivas referidas a perigo meramente abstrato ou presumido, o que exclui a dimensão valorativa do crime e extrapola para uma normatividade vazia de conteúdo.

to na tutela da norma, que se qualifica como um bem tutelado juridicamente. Mais especificamente, devemos entender que o Estado, ao tipificar uma conduta como crime, por um lado limita o âmbito de liberdade de alguém, por outro aumenta o âmbito de proteção de outrem. É com esse sentido que podemos entender a tutela penal na dimensão dos direitos humanos fundamentais, com o que podemos, igualmente, entender porque, no caso da Constituição Federal brasileira, há previsão de tipificação de certos crimes considerados mais graves (v.g. art. 5.º, XLI, da CF), em atenção aos direitos das vítimas, entre os demais direitos fundamentais de interesse do criminoso (v.g. art. 5.º, XLIX, da CF). Trata-se, em última análise, de atender a um princípio que já constava na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, art. XXIV, item 2 (com itálicos nossos): "No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, *exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos* e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática."

A *compreensão valorativa* do crime, assim, passa necessariamente pela compreensão do bem jurídico tutelado juridicamente pelo direito penal.[19] Santiago Mir Puig (2007, p. 139) distingue dois conceitos de bem jurídico: "(a) no 'sentido político-criminal' (*de lege ferenda*) daquilo que merece ser protegido pelo Direito penal (em contraposição, sobretudo, aos valores apenas morais); (b) no 'sentido dogmático (*de lege lata*) de objetivo efetivamente protegido pela norma penal vulnerada", a exemplo da vida, propriedade, liberdade, honra. A partir desse conceito, o autor explicita as funções do bem jurídico (além da função de limite do legislador): (a) *função sistemática* (na classificação dos diversos crimes previstos no Código Penal); (*b*) *função de guia de interpretação* (já que exclui do tipo condutas que não o lesionam nem o ponham em perigo); e (c) *função de critério de medida da pena* (conforme a maior ou menor gravidade da lesão).

2.2.3 A responsabilidade subjetiva

O princípio da culpabilidade, ao afastar a responsabilidade objetiva, exige que nenhum fato ou comportamento humano seja considerado como ação delituosa se não for fruto de uma decisão; somente a ação intencional, realizada com consciência e vontade, por pessoa capaz de compreender e querer, pode ser considerada crime. As oscilações e crises no conceito de culpabilidade, segundo Luigi Ferrajoli (2000, p. 391), têm demonstrado ser ela "o problema

19. Sobre o tema, cf. *Bem jurídico-penal e Constituição*, de Luiz Regis Prado.

sem dúvida mais complicado da filosofia do direito penal". Em torno delas surgem teses sobre a inescrutabilidade da alma humana, que nos impossibilita conhecer e fazer qualquer prova, bem como da existência de uma imunidade do homem diante de investigações sobre sua consciência. Mas isso não pode afastar a compreensão de que "a punibilidade apenas dos atos intencionais é, com certeza, um insuprimível elemento do sentimento comum de justiça".

Luigi Ferrajoli (2000, p. 392) propõe que se tenha em mente uma concepção prévia sobre os elementos que compõem a noção de culpabilidade, a partir da distinção entre: *personalidade* ("susceptibilidade de adscrição material do delito à pessoa de seu autor"); *imputabilidade* (ou capacidade penal, condição psicofísica do réu, em abstrato, capacidade de entender e querer); *intencionalidade* (ou culpabilidade em sentido estrito, que designa "a consciência e a vontade do delito em concreto" e pode assumir a forma de *dolo* ou *culpa*, segundo a intenção alcance ação e resultado, ou apenas ação, não o resultado). Tendo essa ideia de culpabilidade, deve-se ainda distingui-la da responsabilidade, que é apenas "a sujeição jurídica à sanção como consequência de um delito".

Em complemento, Ferrajoli (2000, p. 393) apresenta o que ele considera "fundamentos externos da garantia da culpabilidade", assim resumidos: a) a reprovação da ação é uma condição necessária, ainda que não suficiente para justificar uma punição; b) "apenas condutas culpáveis podem ser objeto de prevenção por meio da pena"; c) o princípio da culpabilidade garante "a possibilidade de prever e de planificar o rumo futuro de nossa vida, partindo da estrutura coativa do direito" (Hart); d) "as ações culpáveis são as únicas que podem ser não somente objeto de reprovação, de previsão e de prevenção; são, também, as únicas que podem ser lógica e sensatamente proibidas". Esse último fundamento externo, segundo Ferrajoli, é talvez o mais importante, por ter uma função pragmática de orientação e condicionamento, e o único que nos permite "desemaranhar o intricado problema da natureza da culpabilidade e dos seus pressupostos, normalmente enredado por formulações metafísicas".

Em torno do problema da culpabilidade, Ferrajoli observa que é possível distinguir três concepções fundamentais: (a) culpabilidade como causalidade da intenção (personalidade); (b) culpabilidade como capacidade psicofísica do agente para autodeterminar-se (imputabilidade); e (c) culpabilidade como conhecimento e vontade de ação (intencionalidade). Por trás dessas três concepções, há uma noção de crime como ação anormal cometida por uma pessoa normal em condições normais. Nelas se encontram concepções de mundo (físico) e do homem (liberdade) que segundo a opção têm o condão de alterar nossa concepção acerca da culpabilidade.

Uma das grandes discussões, por trás do problema da culpabilidade, gira em torno do dilema metafísico entre determinismo e livre-arbítrio. Dessa discussão tem emergido concepções várias entre dois extremos – um direito penal puramente objetivo e um direito penal puramente subjetivo. A ideia de irresistibilidade, por exemplo, alcançou seu auge no Positivismo criminológico e dele ainda temos resquícios nas medidas de segurança. Noutro sentido, encontram-se concepções psicológicas baseadas no nexo psíquico entre agente e ato, que se têm tornado arbitrárias na medida em que exigem como suficiente a atitude subjetiva (culpa pela conduta de vida). Entre determinismo naturalista e indeterminismo subjetivista, o princípio da culpabilidade deve entender-se normativamente – é o que conclui Luigi Ferrajoli (2000, p. 398) ao observar que ele "impõe uma estrutura regulativa às proibições penais das quais requer: a) que o proibido por estas seja a comissão ou a omissão de uma ação e não um *status* ou uma condição de vida do sujeito; e b) que, *ex ante*, seja possível a comissão ou a omissão da ação proibida".

É com base nessas considerações que Ferrajoli considera a culpabilidade como um elemento normativo não do autor, mas do crime, não portanto uma realidade psicológica, mas deôntica – em síntese, o dever de abster-se ou agir com base em uma possibilidade real de conduta (exigibilidade). Ora, essa é apenas uma concepção que se erige a partir da discussão de certos problemas essenciais que nos serve para uma compreensão mais adequada das várias teorias da culpabilidade que se encontram nos modelos analítico-doutrinários do crime.[20]

3. DOGMATISMO E MODELOS ANALÍTICO-JURÍDICOS DO CRIME

Ainda que se compreenda a legalidade penal segundo elementos materiais constitutivos do crime, os modelos doutrinários de compreensão do crime se podem organizar em termos muito diferentes, seja pela simples discordância dos princípios-garantias limitadores da função legislativa, seja mesmo pela

20. Somente em estudo posterior, pretendemos confrontar certas concepções, tendo em conta o que cada uma resulta em termos de decisão acerca do dilema entre determinismo e livre-arbítrio, em especial tendo em mente as novas perspectivas científicas sobre dilema. Nessa linha, cf. *O novo espírito científico*, de Garton Bachelard, Capítulo V. Em síntese, o problema do determinismo-indeterminismo está em conexão com uma epistemologia cartesiano-mecanicista que assumimos em relação ao mundo, que nos condiciona o pensamento a partir de um perspectiva de organização da realidade, segundo certas expectativas de domínio do real que temos. Ora, entender esse caráter convencional da ciência e nos libertar de certas estruturas de pensamento pode nos conduzir a uma melhor compreensão de problemas normativos do direito penal.

aceitação deles, mas ordenados segundo uma instrumentalização particular do saber penal. Isso é notadamente observável na história das diversas teorias, mas o é da mesma maneira ainda atualmente (segundo uma perspectiva geográfica), no domínio mesmo de um paradigma compreensivo do crime, como tem sido as correntes funcionalistas mais recentes. Essa percepção, contudo, parece que somente mais recentemente se deu a compreender na dogmática jurídico-penal. E isso tem representado uma revolução no saber jurídico-penal, da qual ainda não nos apercebemos na sua totalidade. De início, contudo, podemos hoje entender que *no* ou *o* direito penal é interpretado a partir de uma concepção funcional político-criminal, ou a simples interpretação estrutural, dos elementos constitutivos do crime, ou mesmo sistêmica das relações do direito penal (como sistema) com outros sistemas de valores (externos ou internos ao direito, mas superiores como o são os sistemas dotados de Constituição dirigente), não nos darão garantias de um direito penal orientado às funções da pena, em atenção ao seu fundamento justificador do sistema jurídico-penal como método de governo para solução dos problemas criminais.[21]

3.1 A noção de teoria do crime

A teoria do crime (ou do delito),[22] segundo Santiago Mir Puig, "reúne em um sistema os elementos que, com base no Direito positivo, podem ser con-

21. O problema que de imediato pode surgir, e já se pode observar em certas concepções funcionalistas, é a sobrevalorização do aspecto funcional em detrimento dos aspectos estruturais e sistêmicos do crime (e do direito penal), levando a uma preeminência da dimensão normativa (pela determinação da função de proteção da norma em si pelo direito penal), em detrimento das dimensões fática e valorativa do crime. O equilíbrio entre as dimensões fática, valorativa e normativa do crime, nos remete a uma compreensão do crime em razão de sua estrutura, sistema e função, e nos permitem certas conexões subjacentes. Mas essas conexões exigem uma pesquisa epistemológica profunda para a qual esse trabalho não está predeterminado e apenas constitui o levantamento de uma pauta de pretensões de pesquisa.

22. No Brasil, assim como na Itália e na Espanha, diferentemente de alguns países, como na França por exemplo, crime e delito não se distinguem (cf. nesse sentido, GOMES, 2007, p. 164). Assim, para nós é indiferente falar em teoria do crime ou teoria do delito. A distinção que existe entre nós é apenas entre crime e contravenção. Em Portugal J. Figueiredo Dias (2007, p. 233 e ss.) se refere à doutrina, não à teoria. A rigor, essa parece ser a melhor expressão para se referir aos modelos analítico-jurídicos do crime. De fato, como observa Ferrajoli (2000, p. 261), o termo teoria deveria limitar-se a um sentido assertivo ou empírico, ao passo que doutrina deve ter um sentido axiológico (dever-ser) que é o mais condizente com a natureza do crime não apenas

siderados *comuns a todo delito ou a certos grupos de delitos*". Trata-se de obra da doutrina jurídico-penal, o que se costuma chamar de *dogmática* do Direito penal (2007, p. 112).[23] Eugénio Raul Zaffaroni (2009, p. 333), a respeito da teoria do crime, explica que ela é uma parte da ciência do direito penal que se ocupa do delito em geral, buscando explicá-lo a partir das características que deve ter todo e qualquer delito.[24] Em síntese, sustenta ele, "(...) *a teoria do delito é uma construção dogmática (...), que nos proporciona o caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto*". Enrique Bacigalupo (2005, p. 177), por sua vez, observa que, em primeiro lugar, a teoria do crime é "(...) o meio técnico-jurídico para estabelecer a quem se deve imputar certos fatos e quem deve responder por eles pessoalmente". Trata-se, segundo adequada observação do autor, de "um *instrumento conceitual* que tem a finalidade de permitir uma aplicação racional da lei a um caso".[25]

A teoria do crime, assim, propõe um esquema estratificado que permite apreender o fato punível (dados da realidade) em comparação com o tipo penal (hipótese legal), em níveis distintos de compreensão (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade). Sob essa perspectiva, deve-se entender que "os diferentes concei-

---

como fato, mas como norma e valor jurídicos. Uma ideologia, por sua vez, seria a doutrina ou a teoria que incorre na confusão entre explicação e justificação, entre ser e dever-ser, que pretendem derivar fatos de valores, ou o inversamente. Não obstante, mantivemos o termo teoria por ser a linguagem corrente das fontes citadas. Leia-se, portanto, com essa ressalva.

23. A teoria do crime, assim, "possui como objetivo teórico mais elevado a busca dos *princípios básicos* do Direito penal positivo e sua articulação em um *sistema* unitário. A teoria do delito constitui uma tentativa de oferecer um sistema com estas características. Portanto, não é, fundamentalmente, uma proposta incondicionada sobre o que o delito *deveria ser* – não é uma construção *ius naturalista* –, mas uma *elaboração sistemática das características gerais que o Direito positivo permite atribuir ao delito, com base na regulação que aquele efetua deste*" (MIR PUIG, 2007, p. 112).

24. Segundo o autor, "esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente *em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto*".

25. Nesse sentido, "(...) a teoria do delito cumpre com uma dupla função mediadora. Por um lado, medeia entre a lei e a solução do caso concreto, ou seja, entre a norma geral, que expressa a valoração do legislador, e a concreção desta em uma norma particular que decide sobre o caso concreto. Por outro lado, existe também uma mediação entre a lei e os fatos objeto do julgamento pois cada uma das categorias da teoria do delito faz referência a determinados aspectos factuais que constituem o material objetivo ao qual se deve aplicar a lei" (p. 180-181).

tos ou categorias que compõem a teoria do delito provêm de uma seleção ou generalização dos elementos que se repetem na aplicação de cada disposição legal que estabelece um delito" (BACIGALUPO, 2005, p. 181). Quando falamos em teoria do crime, no entanto, devemos estar cientes de que há várias teorias (histórica e geograficamente distintas) que se distinguem pela forma como estruturam os elementos constitutivos do conceito em níveis distintos de compreensão teórica do objeto. Não se pretende aqui fazer uma exposição exaustiva e detalhada desses modelos, mas apenas chamar a atenção para as diversas possibilidades.

O importante, sobretudo, é ressaltar que, na investigação criminal, a teoria do crime, entre suas diversas funções, cumpre uma *função operativa*, em virtude de seu *caráter metodológico*, ao fazer a mediação entre o fato punível (como objeto da realidade) e o tipo penal (como hipótese legal normativa), permitindo uma interpretação adequada da lei penal. Em síntese, com a teoria do crime, podemos:

(a) distinguir aspectos e níveis de observação do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), estabelecendo uma sequência racional de compreensão gradativa; ou seja, cada elemento teórico focaliza os fatos da realidade sob uma perspectiva, evidenciando aspectos de um mesmo objeto. Assim, não se trata de investigar tipicidade, ilicitude e culpabilidade, mas de investigar uma unidade fática (embora, por vezes, complexa) e analisá-la (teoria analítica) sob perspectivas diversas (típica, antijurídica e culpável); daí sua natureza de método de trabalho, ou, melhor dizendo, segundo E. Bacigalupo, de *meio técnico-jurídico* (2005, p. 177).

(b) evidenciar *o que* e *qual a natureza* do objeto de prova, orientando adequadamente a atividade probatória na busca de fontes e constituição de meios; sob esse aspecto, pode-se assim entender, a teoria do crime funciona à maneira de uma *ontologia particular*, na medida em que estabelece a natureza dos elementos do crime (a essência das categorias, a propriedade dos elementos objetivos, subjetivos ou normativos do tipo), permitindo com isso orientar o conhecimento adequado de cada elemento.[26]

(c) estabelecer uma *linguagem conceitual* (ou mais precisamente, uma metalinguagem a partir da linguagem legal),[27] com o que é possível qualificar dados

26. A respeito da teoria especial do conhecimento e sua relação com a ontologia, cf. Johannes Hessen, *Teoria do conhecimento*, 2003, p. 133 e ss. Para uma compreensão do tema, sob a perspectiva da teoria do crime, cf. Jorge Frías Caballero, *Teoria del delito*, 1993, p. 78 e ss, em que o autor trata de "la ontologia regional, la evolucion de las escuelas penales y la elaboracion de la teoria dogmática del delito".

27. Uma metalinguagem é condição necessária para estabelecer a verdade relativa às hipóteses legais. A respeito da relevância de uma metaliguagem, na concepção semânti-

obtidos na investigação, em conformidade com uma referência linguística que pode ser comunicada aos demais sujeitos da persecução penal, no processo judicial.[28]

3.2 Modelos analítico-jurídicos

Claus Roxin (2002, p. 85 e ss.) considera que se pode descrever uma história da teoria do delito, nos últimos tempos, como "uma migração de elementares dos delitos entre os diferentes andares do sistema", forma esta de proceder que concentra grande esforço na questão sobre qual posição deve ocupar cada elementar do crime no sistema de definição teórica. Segundo ele, "quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível".[29] Entre os principais esquemas teóricos, encontram-se na história os esquemas causal-naturalista, clássico e neoclássico, o finalista e o funcionalista.

---

ca da verdade, cf. L. H. Dutra, *Verdade e investigação*, 2001, p. 39 e ss. Essa concepção de verdade (como conceito, não como critério) é referida por L. Ferrajoli (2000, p. 40) como a teoria adequada ao processo penal, por estabelecer em que condições podemos usar o termo verdadeiro e quais os limites da noção de correspondência com a realidade.

28. Mais especificamente, segundo discurso de Ferrajoli (2000, p. 95-98) sobre *significado e verificabilidade*, e considerando a lei como uma linguagem penal, a teoria do crime pode ser compreendida como uma teoria do significado, que é também uma "teoria das condições de uso do termo 'verdadeiro', quer dizer, da verificabilidade". Ou seja, ela estabelece as relações entre a denotação (extensão) e conotação (intenção) do signo, evidenciando, por exemplo, se o fato X (disparar tiros em direção de alguém, produzindo-lhe lesões) pode ser considerado extensão do significado conotado na norma Y (matar alguém), sob que condições de fato e probatórias. Em complemento a uma teoria do significado, deve-se ainda ter uma teoria da prova que diga em que condições (materiais e procedimentais) certos elementos Z (testemunhas, documentos, perícias etc.) podem ser considerados prova de que o fato X aconteceu. Essa perspectiva de investigação do crime, contudo, somente se compreende a partir da noção de uma teoria semântica da verdade, tal como Tarski a concebe, dependente de uma metalinguagem.

29. Para uma "evolução da teoria do delito" e os diversos conceitos teóricos, cf. Bitencourt (2000, p. 15 e ss.); Figueiredo Dias (2007, p. 238 e ss.); Gomes (2007, p. 173 e ss.); Zaffaroni (2009, p. 343 e ss.).

Concepção causal-naturalismo. O *esquema teórico de Liszt* distinguia no crime um aspecto objetivo (o injusto) e um subjetivo (a culpabilidade), em virtude dos quais o crime se configurava por uma causação física de um resultado socialmente danoso e uma causação psíquica deste mesmo resultado, na forma dolosa ou culposa. Segundo Zaffaroni (2009, p. 343), a respeito desse esquema (injusto objetivo – culpabilidade psicológica), "o que, em definitivo, se devia investigar para saber se havia delito eram dois nexos causais: um físico (a conduta causou o resultado?) e outro psíquico (há uma relação psicológica entre a conduta e o resultado?)". Nesse esquema, o crime era conceituado como conduta (entendida como vontade exteriorizada que inicia a marcha causal) antijurídica (não se distinguindo tipicidade da antijuridicidade), culpável (decorrente de uma relação psicológica entre conduta e resultado) e punível (submetida a uma pena pela lei). *Ernest von Beling*, embora tenha mantido a estrutura fundamental objetivo-subjetiva de Lizst, introduz no esquema a *teoria do tipo* (distinguindo tipicidade e antijuridicidade), de tal forma que o crime passa a ser conceituado como conduta (ainda vontade exteriorizada que movimenta o fluxo causal), típica (como proibição de causação do resultado), antijurídica (como contradição entre causação do resultado e ordem jurídica) e culpável (ainda uma relação psicológica entre conduta e resultado, nas formas dolosa ou culposa).

Concepção neoclássica. A *ruptura do esquema objetivo-subjetivo* (Lizst-Beling) se inicia com a crítica neokantista de G. Radbruch ao conceito de conduta voluntária sem conteúdo, porque este (dolo ou culpa) estava localizado apenas na culpabilidade. A partir daí, passou-se a admitir que em certas situações não havia qualquer relação psicológica, v.g. os chamados "delitos de esquecimento", e Frank (1907) propôs um *novo conceito de culpabilidade* (misto, porque normativo, quando não houvesse relação psicológica, ou psicológico, quando houvesse). Em acréscimo, passou-se a sustentar que, para precisar a tipicidade, seria necessário recorrer à observação de certos aspectos subjetivos do tipo (os chamados *elementos subjetivos do injusto*). Assim, rompe-se o esquema objetivo-subjetivo, e o crime passa a ser conceituado como uma *conduta* (ainda uma vontade exteriorizada que põe em marcha a causalidade), *típica* (como proibição de causação de resultado, mas já admitindo elementos subjetivos), *antijurídica* (como contradição entre causação do resultado e ordem jurídica) *e culpável* (como reprovabilidade, embora com conteúdo doloso ou culposo).

Concepção finalista. O *esquema* finalista, em síntese, parte essencialmente da ideia fundamental de que "a ação humana é o exercício da atividade finalista. A ação é, portanto, um acontecer 'finalista' e não somente 'causal'. A 'finalidade' ou atividade finalista da ação se baseia em que o homem, sobre a base de seu

conhecimento causal, pode prever em determinada escala as consequências possíveis de uma atividade com vistas ao futuro, propor-se a objetivos de índole diversa e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos" (WELZEL, 2004, p. 79). Daí, sendo a conduta uma ação voluntária final, o dolo e a culpa passam a compor a tipicidade, no esquema finalista, ficando a culpabilidade como pura reprovabilidade (teoria normativa pura). No Brasil, desde a nova parte geral do Código Penal de 1984, essa teoria se encontra estabelecida na doutrina nacional,[30] sem prejuízo de algumas poucas considerações acerca da imputação objetiva (referida pela doutrina funcionalista), por vezes criticada e não aceita ainda em sua totalidade.

Concepções funcionalistas. Quanto às *teorias funcionalistas*, o que importa essencialmente é a função do Direito penal. Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina (2007, p. 183), sintetizando as diversas correntes, explicam que: "Para Roxin sua função consiste na proteção de bens jurídicos, de modo fragmentário e subsidiário (contam com grande relevância no Direito penal os princípios de Polícia criminal). De acordo com Jakobs a função do Direito penal consistiria na proteção da norma penal. Hassemer defende a função garantista do Direito penal. Zaffaroni, por fim, defende seu papel de contenção (função redutora) do Estado de polícia". A par dessa questão em que se discutem os fins das penas, mas ainda em conexão com elas, insere-se nos esquemas funcionalistas uma renovada discussão em torno da teoria da imputação, nesta enfatizada a imputação objetiva, "que trata da determinação das propriedades objetivas de uma conduta imputável", um "aspecto da imputação" que estabelece limites à causalidade a partir de bases normativas. Nesse sentido, a teoria do crime é encarada por vezes como uma teoria da imputação. Para alguns doutrinadores (*v.g.* A. Kaufmann apud BACIGALUPO, 2005, p. 180), a imputação objetiva não passa de um conjunto de critérios interpretativos de aplicação da lei.

Zaffaroni (2009, p. 348), a partir de um esquema *funcional-sistêmico*, sustenta que os conceitos de crime não são científicos, pois dependem de suas finalidades penais, político-criminais, não estando sujeitos a dados impostos

30. Nesse sentido, cf. Zaffaroni, 2009, p. 346, "a teoria do delito no Brasil". Há na doutrina nacional, no entanto, algumas divergências sobre a culpabilidade ser mero pressuposto da pena ou elemento do crime, bem como sobre a punibilidade se incluir ou não no conceito analítico de crime (nesse sentido, cf. BITENCOURT, 2000, p. 24). Ainda, a respeito do tema, cf. Gomes, 2007, p. 173 e ss. Para "uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira", cf. *Teoria Geral do Delito*, de Cezar Roberto Bitencourt, Ed. Almedina, 2007.

pela natureza. Assim, segundo ele observa, Roxin, por exemplo, "propôs um projeto de sistematização, que se volta para o neokantismo dos anos 1930, mas que substitui a orientação das normas de cultura, que estima pouco clara, pela orientação político-criminal de conformidade com os fins da pena. (...) Sustenta duas características para o seu sistema: talvez a que maior atenção está por merecer, seja a sua teoria da imputação ao tipo objetivo".

Nesse sentido, em síntese, podemos entender que os modelos analítico-doutrinários do crime, partindo do convencionalismo penal, são *teses axiológicas em função de uma visão político-criminal* que pretendem não apenas justificar o direito penal, mas também racionalizá-lo segundo certos valores considerados anteriores ao direito penal. A doutrina do crime, portanto, tende (ou deveria tender) a ser não apenas uma doutrina da estrutura do crime a partir da lei, formalmente considerada apenas, mas igualmente em função de seus limites e relações (sistemas externos e internos) e condições essenciais que se devem impor desde a fase da legislação e "criação" dos crimes, em conformidade com uma política criminal (funcionalmente dirigida). Somente assim, segundo entendemos, as diversas doutrinas do crime estarão aptas para congregar os diversos conhecimentos que interessam a uma compreensão global do direito penal e cumprir, além de uma função operativa do direito (metodológica), a função de transmitir e afirmar valores que se devem impor ao direito punitivo, visando não apenas a racionalizá-lo, mas também a minimizá-lo ao necessário. Isso é claro, se tivermos em mente um programa garantista voltado à construção de um sistema de direito penal mínimo, que se pode construir não apenas pela crítica à legislação, desde uma perspectiva externa a ela, mas pela integração racional da legislação, desde uma perspectiva interna que, quando necessário se faça, seja controlada constitucionalmente.[31]

31. Essa é uma exortação, sobretudo, à doutrina e jurisprudência brasileiras que não tem sido frequente na discussão acerca da inconstitucionalidade de leis penais materiais, embora muitas críticas se façam às leis processuais. Com efeito, não é comum encontrarem-se doutrinas que questionem a constitucionalidade de um crime a partir da exigência de elementos constitutivos mínimos e segundo a função do direito penal. Há, sim, críticas, mas não sob uma orientação constitucionalista. Isso em parte se deve ao fato de que os elementos constitutivos já referidos não estarem previstos de forma expressa na Constituição Federal do Brasil, mas isso não tem impedido que, em outras áreas do direito, sejam extraídos limites a partir do valor genérico da dignidade da pessoa humana. Esse problema mais se agrava no âmbito da investigação criminal, que não se constitui em uma instância adequada para tais discussões. Em geral, à falta de elementos essenciais ao crime, sob uma perspectiva empírica do que investigar mesmo, a investigação acaba por conduzir-se pelo subjetivismo e suposições autoritárias.

4. CONCLUSÃO

Na investigação do crime, as duas compreensões abordadas se entrelaçam e servem como instrumentos *metodológico* (doutrinas) e *limitativo* (legalidade), mas não se deve perder nunca de vista que nenhum deles corresponde ao crime que efetivamente se investiga, *como ele aparece realmente na investigação.* Com efeito, na investigação somente se conhece o crime pelas suas provas, pelo que ele deixa material ou psicologicamente registrado nos elementos (objetos e pessoas) que nos levam a conhecê-lo. Não obstante, o ponto de partida é a lei, em sua expressão de tipo penal, e o ponto de chegada é reunião do que se pode considerar, em um sentido amplo (e não muito corrente), o corpo do delito, mas isso tudo intermediado por vários conceitos e instrumentos operativos, oriundos da doutrina do crime, além de outros mais práticos. Um e outro (tipo e corpo de delito) são as realidades imediatas com que se instrumentaliza a pesquisa do crime na investigação, mas a compreensão dos elementos constitutivos do crime, sob as perspectivas analítica e convencional, não se podem afastar.

O tipo penal, hipótese legal de pesquisa. Assim, no âmbito do direito penal, o princípio da legalidade (formal e material) nos remete ao conceito de tipo penal (em que se entroncam convencionalismo e dogmatismo penal), cuja raiz histórica se encontra exatamente no conceito de corpo de delito, vertido para a língua alemã com a denominação de *Tatbestand* (no século XIX), que tinha como significado *o fato do delito*, seu conteúdo real e objetivo, em oposição ao seu conceito abstrato (*Begriff*), somente alcançando a independência (fase defensiva) pela doutrina do tipo penal de Ernest Beling em 1906.[32] Em síntese, o conceito de tipo penal evolui na medida em que o direito vai se aprofundando teoricamente, a partir de conquistas políticas em torno da liberdade do homem.[33] Assim, admite-se que no direito penal moderno, o tipo penal constitui a base de todo ordenamento jurídico-penal com função de segurança (MARQUEZ PIÑERO, 2005, p. 129 e ss.).[34]

---

32. Sobre a doutrina de Beling, cf.: [www.bibliojuridica.org/libros/4/1553/3.pdf.].

33. Para uma visão completa da evolução do conceito de tipo, cf. Márquez Piñero, 2005, p. 133 e ss., cujo autor assim a divide: "1. Fase de la independência; 2. De carácter indiciário; 3. Fase de la *ratio essendi* de la antijuridicidad; 4. Fase defensiva. La figura rectora de Beling; 5. Fase destructiva; 6. Fase finalista."

34. Sobre essa função de segurança, o autor se refere às palavras de Mariano Jiménez Huerta, para quem "las figuras típicas geometrizan lo antijurídico, corrigen la intuición, frenan la emoción y proporcionan al derecho penal una mística noble y una reciedumbre segura y grandiosa, que corta de raiz los arrebatos de la ira, los despoti-

Rafael Marquez Piñero (2005, p. 130), com base em definição do tipo penal de Olga Islas,[35] articula um conceito com os seguintes pontos: (a) tipo é uma mera descrição geral e abstrata; (b) sua elaboração compete exclusivamente ao legislador; (c) o tipo regula, tão somente, eventos que têm a propriedade de ser antissociais; (d) o tipo determina que um evento antissocial adquire relevância social; (e) para cada classe de eventos antissociais há um, e somente um, tipo penal; (f) cada tipo penal caracteriza/diferencia uma, e somente uma, classe de eventos antissociais; (g) a necessidade e a suficiência especificam a classe de eventos antissociais descrita; (h) o tipo delimita, com toda precisão, o âmbito do punível, e como consequência, permite conhecer, com certeza, o que não é punível; i) o tipo tem como função a proteção de bens jurídicos; j) sem a existência prévia de um tipo, não há crime.

O tipo penal, nesses termos, tem para a investigação criminal, em um sentido científico, a relevância de uma hipótese legal previamente delimitada, a respeito da qual deve concluir positiva ou negativamente, não se admitindo a inovação hipotética para sustentar uma tese fora dos parâmetros legais. Sob essa perspectiva, devemos entender que a estrutura dos tipos penais pode influenciar no caráter mais ou menos científico da investigação criminal, pois, quanto mais se faça referência a elementos não objetivamente observáveis, tende a diminuir o espaço de certeza objetiva acerca dos elementos do tipo penal, remetendo a outras formas de constatação e demonstração dos elementos, pois não pode ser exigível demonstrar os elementos subjetivos e normativos igualmente como se demonstram elementos objetivos.

Disso decorre o *necessário caráter fático (ou empírico) das hipóteses legais*, sem o qual se tornaria impossível proceder com precisão à investigação de certos crimes. O tipo penal deveria, nesse sentido, ser tanto mais objetivo quanto possível. É uma questão de *qualidade dos tipos penais*, sem o que inevitavelmente o princípio da legalidade tende a cair na mera formalidade e ineficácia, remetendo sempre a juízo de valores sobre pessoas, e não juízo de verificação sobre fatos; em síntese, "a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito" (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

---

mos, las arbitrariedades y todos los excesos emotivos ínsitos em la endeble conición humana" (2005, p. 129-130)

35. "El tipo constituye, funcionalmente, uma figura elaborada por el legislador, descriptiva de uma deetrminada clase de eventos antisociales, con un contenido suficiente y necesario para garantizar la protección de um o más bienes jurídicos".

Não obstante, sobretudo no direito penal contemporâneo (e no Brasil especialmente), há tipos penais cada vez mais instituídos com base em elementos não objetivos, ou por consequência da pouca técnica legislativa no *mister* da tipificação penal, ou em virtude do afã político de responder com a tutela penal a todo e qualquer problema social.[36] Daí a relevância de recorrer à noção de *pressupostos materiais do crime*,[37] indiscutivelmente importantes para uma adequada investigação criminal, orientada pelo substrato dos tipos penais. Esses pressupostos, considerados elementos constitutivos do crime, segundo entendemos, servem tanto de orientação operativa na prática das investigações,[38] como servem a um controle de constitucionalidade das leis, quando se possa identificá-los no âmbito de normas constitucionais como pauta de legitimação da atividade legislativa.

Em complemento, relativamente a certos tipos penais, para uma adequada compreensão da tutela penal, somente recorrendo à compreensão integral da tutela jurídica, para além das normas penais, podemos delimitar o âmbito do penalmente relevante, não confundido qualquer lesão ao bem como objeto da norma penal.[39] Trata-se, em síntese, de entender o bem jurídico como *instituí-*

36. Em contradição com um direito penal mínimo, a política criminal atual ignora o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, tornando-o tanto mais simbólico do que efetivo, na medida em que a inflação legislativa alcança normativamente todos e qualquer problema, mas sem eficácia social.

37. Em síntese, a necessidade de tentar compreender o crime não exclusivamente segundo a legalidade formal (que é dirigida aos operadores do direito), mas igualmente segundo a legalidade material (que deveria ser dirigida ao legislador), tentando desvendar os elementos constitutivos do crime, não contudo no sentido de ampliar a figura típica, mas de reduzi-la. Sobre o tema, cf. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, de Alice Bianchini, Ed. RT, 2002.

38. Na investigação criminal, os elementos constitutivos são relevantes não apenas diante da falta de qualidade dos tipos penais, mas sobretudo quando no início de uma investigação, embora se tenha uma noção da ação, do bem e do resultado noticiados como crime, não se pode ainda com clareza estipular o tipo penal possivelmente cometido. O recurso aos elementos constitutivos podem assim servir tanto como alternativa como complementarmente na metodologia investigativa do crime.

39. Nesse sentido, por exemplo, conferir alguns crimes ambientais no Brasil, cuja tutela penal não pode ser compreendida sem o conhecimento das demais normas que autorizam certas lesões controladas por órgãos de fiscalização, dentro de limites regulados por outros ramos do direito, sendo às vezes ainda necessário entender o funcionamento administrativo do Ibama (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente) para entender a lesão penal ao bem tutelado.

ção do Direito, segundo uma delimitação conceitual legal.[40] Como instituição jurídica, o bem jurídico não se limita apenas ao direito penal – sua lesão não se limita ao penalmente relevante. Há outras normas, variadas e dispersas, que em seu conjunto, permite entender o que é *permitido, proibido ou obrigatório*, relativamente ao bem jurídico. Assim, "o conceito de instituição jurídica permite absorver num mesmo complexo jurídico as múltiplas facetas de um fenômeno social, portanto conhecê-lo bem" (BERGEL, 2001, p. 232), o que – embora aparentemente supérfluo para a investigação de crimes corriqueiros (como homicídio e furto, em referência a bens jurídicos assimilados pela sociedade, como a vida e o patrimônio) –, mostra-se essencial para compreender crimes mais complexos (como os relativos a bens supraindividuais, como crimes contra a ordem econômica, a previdência social, o meio ambiente etc).[41] Nesse sentido, a compreensão valorativa do bem jurídico, como dimensão do crime, em conexão com o entendimento da instituição jurídica em que se insere, é essencial a uma investigação criminal. Mas se advirta que na atividade prática de investigação o que se mostra não é o bem jurídico (esse deve ser pressuposto na compreensão da lei), mas o *bem material*,[42] quando o tipo o prevê, o que nos remete, por sua vez, à noção de corpo de delito.

---

40. "As instituições jurídicas são 'conjuntos de regras de direito organizadas em torno de uma ideia central, que forma um todo sistematicamente ordenado e permanente'. Designam-se assim pessoas e coisas tão diversas quanto o Estado, as associações, as sociedades, os sindicatos, a família, o casamento, a propriedade, os procedimentos técnicos, tais como a representação, a instância, as vias de recurso etc." (BERGEL, 2001, p. 229). Em outros termos, é "um conjunto de regras de direito que abarca uma série de relações sociais tendentes aos mesmos fins" (p. 233). Referindo-se à utilidade do conceito de instituição jurídica, o autor explica-nos que: "Ela possibilita reunir em torno de um interesse comum e de uma mesma inspiração regras dispersas sob rubricas diferentes nos textos ou nos códigos, mas que são complementares pela finalidade e pelo espírito que as animam." (p. 232).

41. Em tais casos, é possível que se exija conhecer as normas administrativas, ou mesmo o funcionamento de entidades que se destinam a gerenciar a proteção e fiscalização do bem jurídico. Assim, por exemplo, dificilmente será possível investigar um crime previdenciário sem conhecer a instituição previdência social e a estrutura de funcionamento do INSS – Instituto Nacional de Seguro Social.

42. Luiz Flávio Gomes adverte-nos para que não se confunda o bem jurídico penal com o *objeto material do delito*, ou objeto da ação, que é uma coisa física. Assim, segundo o autor, "o bem jurídico é um conceito jurídico (é resultado de uma valoração); o objeto material é um conceito naturalístico" (2007, p. 384). Ainda, segundo ele, "o substrato empírico do bem jurídico é, em outras palavras, uma relação social positivamente aceita que se vincula a uma coisa (material ou imaterial); tem como objeto um bem ou interesse existencial (pessoal), mas essa coisa (a vida, a honra etc.), para se transformar em

Corpo de delito e orientação da investigação pela prova. Uma *compreensão investigativa* do crime, por fim, nos exige resgatar o conceito de *corpus delicti*,[43] de acordo com o atual estágio da teoria dos tipos penais em conexão com sua aplicação no processo penal. Raúl Plascencia Villanueva (2004, p. 86 e ss.) sustenta que, na doutrina em geral, é possível identificar três sentidos de corpo-delito: (a) como o *fato objetivo*, tanto o permanente como o transitório, inserto em cada crime, ou seja, a ação punível descrita em toda e qualquer infração penal; (b) como *o efeito material* que os delitos permanentes deixam depois de perpetrados; ou, ainda, (c) como *qualquer rastro ou vestígio* de natureza real, que se conserva como registro da ação material perpetrada. Em síntese, trata-se de identificar o corpo de delito com alguma materialidade em geral, distinguindo-se os crimes em *delicta facti permanentis* e *delicta facti transeuntis*, segundo deixem ou não vestígios e rastros.

Partindo-se dessa concepção, convencionou-se enquadrar os elementos do corpo de delito em três grupos: *(a) corpus criminis* – a pessoa ou coisa sobre a qual se realizou o ato proibido pela lei, como objeto da conduta (sujeito passivo, ou objeto material); *(b) corpus instrumentorum* – os instrumentos utilizados, as coisas com as quais e cometeu ou tentou cometer o fato delituoso (meios de ação); *(c) corpus probationem* – as chamadas peças de convicção, nas quais se encontram vestígios, rastros e sinais deixados pelo sujeito ativo do crime (VILLANUEVA, 2004, p. 88).

A respeito dessa concepção, contudo, Raúl Plascencia Villanueva (2004, p. 89 e ss.) chama-nos atenção para o fato de que ela exclui todo e qualquer elemento subjetivo – porque em consonância com uma teoria causal do crime, em que se distinguia em absoluto a face objetiva da subjetiva, esta contida apenas na culpa-

---

um bem jurídico, precisa ser objeto de um interesse humano e ainda depende de uma significação social, é dizer, de uma valoração positiva do legislador".

43. "El cuerpo del delito (*corpus delicti*) consiste en un añejo concepto, que ubica la doctrina en su raiz em las leyes germánicas de la Edad Media, las cuales contemplaban hellas del examen del cuerpo de la víctima. En Inglaterra se legislo de manera especial. Más tarde, las legislaciones de todos los países aceptaron la necesidad de la comprobación del cuerpo del delito, lo cual provocó que dicho concepto sufriera variaciones sujetas a diveras influencias, algunas derivadas del paso del tiempo y otras propiciadas por la cultura inmersa en el país en cual se adoptó. En el siglo XX el concepto de cuerpo del delito se tradujo en una expresión de uso común por los prácticos europeos e incluso por las legislaciones americanas, a tal nível que represento, en su momento, un papel verdaderamente transcendente por su importância en el Estado de derecho, especialmente derivado del principio de legalidad, el cual ahora asume el tipo penal" (VILLANUEVA, 2004, p. 85).

bilidade –, bem como o elemento normativo do tipo. Daí porque a noção de corpo de delito se foi deixando esquecer – embora tão importante para o processo penal e investigação criminal – para ceder à noção legal de tipo penal, com ênfase no direito penal. No entanto, sustenta o autor que o corpo de delito constitui ainda um elemento do tipo penal, com respeito ao caráter objetivo deste, apesar dos elementos também subjetivos, normativos e descritivos. Em síntese, segundo ele, o tipo penal seria um continente, em que está contido o corpo de delito (2004, p. 89). Sob essa perspectiva, o corpo de delito consiste na primeira dimensão necessária (fática), mas não suficiente, da investigação criminal, a partir da qual é possível considerar o crime sob os demais aspectos (valorativo e normativo).

Noutro sentido, contudo, encontram-se doutrinas que sustentam que o corpo de delito seja todo e qualquer elemento relativo ao fato do crime, mas não necessária e exclusivamente material, que componha toda a descrição típica – seja com elementos objetivos, subjetivos ou normativos.[44] Não nos parece, contudo, seja essa uma compreensão adequada (ou mesmo possível) à investigação criminal – não obstante termos de trabalhar com a noção de tipo penal com elementos objetivos, subjetivos e normativos. A questão que se coloca frente a essa noção de corpo de delito – a envolver elementos objetivos, subjetivos e normativos – concerne à dificuldade de constatação e demonstração de elementos que não sejam materiais, mas isso é um problema de prova, para o qual precisamos de uma adequada *teoria das provas criminais* orientada à prática da investigação criminal, em consonância com a *teoria dos significados dos elementos dos tipos penais* que lhe sirva de base, sem desconsiderar qualquer elemento.

No entanto, preferimos considerar o *corpo de delito,* não como o espelho fático completo do tipo penal, sim como fato do crime, ou em termos mais precisos, *a evidência fática da prática do crime*; em síntese, tudo que, uma vez externalizado, estando em forma de vestígio ou registro, possa contribuir para a compreensão fática do crime, ainda que não se identifique com todos os elementos objetivos do crime, ou que, mesmo se identificado, haja necessidade de

44. Nesse sentido, cf. Sergio García Ramírez (apud Urosa Ramírez, 2003, p. 306): "la tendencia moderna de la doctrina mexicana se pronuncia, de plano, en el sentido de referir el cuerpo del delito a los elementos plenários del tipo. Distinguiendo entre los de caráter objetivo, los subjetivos y los normativos, se afima que el cuerpo del delito existe cuando se hallan debidamente integrados tales elementos, en los términos del tipo correspondiente". Seria como considerar que, à necessidade de prova de todos os elementos do crime, esse conjunto de provas seria o corpo de delito. O problema é que certos elementos (subjetivo) se conhecem por dedução do conjunto de provas, não por prova diretamente observável.

investigar os demais elementos – subjetivos e normativos – sem referência ao corpo de delito. Não obstante, é esse corpo de delito que lhe serve de suporte fundamental, pois os elementos subjetivos e normativos não podem ser hauridos do nada, ou em conflito com as conclusões acerca dos elementos objetivos. Daí porque a atividade prática de investigação criminal se dirige essencialmente a localizar e reunir os elementos do corpo de delito (em um sentido material, os objetos) e, à sua falta, localizar e reunir quem os possa representar por conhecimento (testemunhas e demais sujeitos que interessam ao processo).

O certo, sobretudo, é que a instância fática, embora possamos recorrer à noção de corpo de delito, não pode esgotar a compreensão do crime. Embora seja o ponto de partida, não se pode extrair exclusivamente dos fatos a compreensão do crime, embora deles seja necessário partir. É que, sendo o fato do crime um dado do passado (como em geral sói ocorrer na grande maioria das investigações), somente os *vestígios deixados pela ação* (o que deixou marca – v.g. a lesão de uma ofensa física), ou os *registros da ação* (ainda que não tenha deixado marca – v.g. a gravação de voz de uma ofensa moral ou apenas o testemunho de um terceiro que presenciou a ação), é que nos dão *notícia* de que um crime foi cometido. Assim, parece-nos que o conceito de corpo de delito, embora indispensável à compreensão fática do crime, não pode, contudo, ser confundido ou espelhado na noção de tipo, em sua integralidade, devendo circunscrever-se aos elementos materiais que, após a prática do crime, a este remetem, sejam para compor o tipo legal, seja para apenas sustentar as circunstâncias em que ele foi cometido, ainda que estejam fora do tipo. Em síntese, *corpo de delito são os elementos que representam a externalização da conduta*, composta tanto de elementos objetivos que compõem o tipo legal, como de outros que apenas circunscrevem a conduta típica.

Em todo caso, entenda-se em espalhamento absoluto ou parcial com o tipo penal, a compreensão fática do crime nos exige ter em mente que *é pressuposto de uma investigação criminal a notícia de um fato* (*notitia criminis*) que possa ser constatado pelo seu *corpo de delito, vestígios ou registros, físicos ou testemunhais*, antes de ser enquadrado tipicamente como crime em sentido formal, pois tudo isso como conjunto será a base fático-probatória de que decorre a possibilidade de concluir acerca dos demais elementos do crime.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGGANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Lisboa: Edições 70, 2008.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito. Uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.

CABALLERO, Jorge Frias. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993.

DUTRA, L. H. A. *Verdade e investigação: o problema da verdade na teoria do conhecimento*. São Paulo: EPU, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio et. Al. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2007. Coleção Ciências Criminais. vol. 1.

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

HESSEN, J. Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones em trorno al mismo*. 2. ed. atual. Universidad Autônoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídica. México, 2005. Série G: Estúdios Doctrinales, n. 99. Disponível em: [www.bibliojuridica.org].

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RITELEN, J-F. von. Filosofia dos valores. *A filosofia no século XX*. Lisboa: Fundação Calouste Culbenkian, 2010.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. Consideraciones críticas en torno al cuerpo del delito en materia federal. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. n. 241. Sección de Artículos, 2003. Disponível em: [www.bibliojuridica.org].

VILLANUEVA, Raúl Plascencia. *Teoria del delito*. 3.ª reimp. Universidad Nacional Autonóma de México. México, 2004. Disponível em: [www.bibliojuridica.org].

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Conceito de crime à luz do Código Penal brasileiro, de Delmanto Júnior Roberto - *RT* 859/429;
- O problema da verdade na investigação criminal, de Eliomar da Silva Pereira - *RBCCrim* 91/91; e
- Sobre o estado actual da doutrina do crime - 1.ª parte - Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito - *RBCCrim* 0/23.

A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL À LUZ DO CASO AL-BASHIR NO TPI

1

The effectiveness of International Criminal Law the Al-Bashir case before the ICC

VIVIAN MARANGONI

Pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidad del Pais Vasco. Mestranda em Direito Internacional Público pela Queen Mary, University of London. Bolsista Chevening, UK. Bacharel em Relações Internacionais pela PUC-SP.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMO: O presente artigo trata da efetividade do Direito Internacional Penal a partir da perspectiva do voluntarismo político dos Estados. Partindo da premissa de que ele constitui um elemento essencial para que as decisões que permitem a responsabilização criminal e a proteção dos Direitos Humanos, se discutirá os motivos que levam o Estado a implementar tais decisões, aplicando-as a um caso prático, a do presidente do Sudão, Omar Al-Bashir, no Tribunal Penal Internacional. Posto isso, passar-se-á ao exame das implicações de dito voluntarismo no cenário internacional (sobretudo no que tange à questão da vítima e à função da pena), oferecendo-se soluções para a diminuição de tal dependência.

PALAVRAS-CHAVE: Voluntarismo político – Direito Penal Internacional – Direitos Humanos – Efetividade – Sudão.

ABSTRACT: This article will discuss the effectiveness of International Criminal Law under State voluntarism. Since it constitutes an essential element for criminal liability and human rights protection, the reasons for the State to implement international decisions shall be analyzed and applied to the Sudan's president case, Omar Al-Bashir, before the International Criminal Court. Henceforth, the implications of this voluntarism in the international field will be scrutinized (especially in respect to the victims and the function of punishment). Moreover, some solutions will be proposed in order to minimize this dependency.

KEYWORDS: Voluntarism – International Criminal Law – Human Rights – Effectiveness – Sudan.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. De que maneira as decisões se tornam efetivas no plano internacional? – 3. Análise do caso Omar Al-Bashir no TPI – 4. Em que medida o Direito Internacional Penal e o sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos são influenciados pelo voluntarismo político dos Estados? – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

"A política é, em certo sentido, sempre uma política de poder".[1] Carr, em sua afirmação, referia-se à batalha dos Estados pela consecução de seus interesses egoístas, que, em última análise, representam o poder.

O Direito não é um fim em si mesmo, e, no que reputa o Direito Internacional, pode ser utilizado como um instrumento da política para alcançar o objetivo supracitado.

Recentes decisões recebidas com polêmica no interior dos Estados, como a do caso Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos, demonstram que, muitas vezes, um instrumento tão necessário é abandonado em prol de interesses escusos, ou seja, é o voluntarismo político que determina se uma decisão será aplicada ou não.

A proteção dos Direitos Humanos no plano internacional, sobretudo por meio de uma corte permanente, representa uma moderna inovação em sua proteção.

O homem tem direitos inerentes a sua pessoa, pelo simples fato de haver nascido humano; porém, muitas vezes, eles são desrespeitados.

Buscar-se-á discutir, no presente artigo, a questão do voluntarismo político dos Estados e a sua importância para a efetividade do Direito Internacional Penal, em conjunto com a proteção dos Direitos Humanos; isto é, como o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos visam a defender os Direitos Humanos e o voluntarismo político, a despeito do efeito vinculante das normas e decisões de Direito Internacional, não permite que isso ocorra, à luz do caso n. ICC-02/05-01/09 (Promotor *vs.* Omar Al-Bashir),[2] no Tribunal Penal Internacional.

---

1. BATTISTELLA, Dario. *Théories des Relations Internationales*. Paris: Presses de Sciences Po, 2006. p. 116.

2. HOLANDA. Tribunal Penal Internacional. *ICC-02/05-01/09 (Prosecutor vs. Omar Al-Bashir)*. Disponível em: [www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/Pages/icc02050109.aspx]. Acesso em: 13.03.2013.

A vontade política dos Estados é o elemento essencial para o bom funcionamento da Corte e a efetiva proteção dos Direitos Humanos, uma vez que ela é desprovida de qualquer poder de polícia, diferentemente das jurisdições nacionais. O Direito Internacional edita normas de caráter vinculante, todavia estas carecem de exigibilidade.

Entretanto, a análise do caso Al-Bashir demonstrará o frágil equilíbrio de dita efetividade nas relações internacionais, porquanto vários Estados, numa atitude política, recusaram-se a respeitar as regras estabelecidas no Estatuto de Roma, ratificado por eles.

Assim, nota-se a fragilidade do Direito Internacional Penal e do sistema de proteção dos Direitos Humanos e, dessa maneira, da proteção das vítimas, que, ao final, dependem única e exclusivamente de decisões políticas dos Estados e de sua vontade em honrar as obrigações internacionais assumidas.

Partindo-se da hipótese que a eficácia dos sistemas de proteção e do Direito Internacional Penal dependem somente do voluntarismo político dos Estados, pretende-se aprofundar o estudo da questão, por meio do estudo do caso, apontando as falhas do sistema e possíveis soluções para o problema.

Assim, cumpre discutir sobre a efetividade de ditos sistemas de proteção, a fim de averiguar se o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional, como um todo, são instrumentos sérios e viáveis para dita proteção ou se só são respeitados quando há interesse político, ou seja, discutir sobre a influência da política no campo do Direito e das Relações Internacionais, e o estado de proteção das vítimas de violações de direitos humanos.

Por se tratar de um assunto de suma importância e relativamente recente, torna-se fundamental a referida pesquisa, também porque se deve refletir sobre os compromissos honrados na esfera internacional e o bem-estar do ser humano. Precípuo se faz, portanto, analisar o respeito às normas de Direito Internacional Penal e discutir a sua eficácia como meio de pacificação de conflitos.

Dessa feita, a questão que se coloca é: o voluntarismo político é mesmo essencial para a efetivação do Direito Internacional? E, mais ainda: se é fundamental para o Direito Internacional, também o é para o Direito Internacional Penal e para o Direito Internacional dos Direitos Humanos? Por quê cumprem os Estados com as decisões proferidas na esfera internacional? Quais as implicações do seu não cumprimento? Que soluções se poderia apresentar para diminuir a dependência de dito voluntarismo?

Para responder a estas questões, o primeiro tópico cuidará da relevância do voluntarismo político para a efetivação do Direito Internacional e os motivos que levam um Estado a cumprir as decisões proferidas no âmbito internacio-

nal; um segundo tópico tratará, especificamente, do caso Al-Bashir no Tribunal Penal Internacional, aplicando o recorte teórico no caso prático, e um terceiro tópico discutirá as implicações de tal voluntarismo quanto à efetivação da responsabilização criminal e à proteção dos Direitos Humanos (a questão das vítimas, pacificação social e também a desvalorização da função da pena).

2. DE QUE MANEIRA AS DECISÕES SE TORNAM EFETIVAS NO PLANO INTERNACIONAL?

A proposta de criação de um Tribunal Penal Internacional teve início em 1474, com o julgamento de Peter von Hagenbach,[3] na cidade de Breisach, na Alemanha. Entretanto, dado que tal tribunal foi alvo, pura e tão somente, do julgamento de juristas advindos do Sacro Império Romano-Germânico, muitos o consideram como um tribunal conferederado. A segunda crítica à referida corte é a de que, a despeito da gravidade dos crimes cometidos e da união de juristas de diversas nacionalidades, ela não inspirou a criação de um tribunal internacional, o que só veio a ocorrer em 1872.

Em 1872, Moynier, que vivia os horrores da Guerra Franco-Prussiana, inspirou-se na primeira Convenção de Genebra (1864) e propôs a "Convenção para criação de um órgão judicial internacional para a prevenção e punição das violações à Convenção de Genebra", segundo a qual se criaria um Tribunal Penal Internacional Permanente, o que foi largamente rechaçado durante as Conferências de Haia de 1899 e 1907.

Durante a década de 1920, a discussão ganhou grande repercussão nas conferências internacionais por meio dos trabalhos de Henri Donnedieu de Vabres, e a criação de uma corte internacional foi amplamente debatida em sua obra "Les principes Modernes du Droit Pénal Internacional".[4]

---

3. Hagenbach foi nomeado Governador da cidade de Breisach pelo Duque Charles de Borgonha, sendo que com tal posto instituiu um reino de terror na cidade. Numa batalha contra um grupo de coalizão formado por França, Áustria e por forças do Alto Reno, o Duque de Borgonha foi derrotado e Peter von Hagenbach preso e julgado na Praça do Mercado de Breisach, por ordem do Arquiduque da Áustria, onde foi capturado. Assim, formou-se um Tribunal por 27 juízes de nacionalidades alemã, suíça e austríaca. Peter von Hagenbach, a despeito de haver alegado que apenas cumpria as ordens de seu superior foi condenado à pena capital em razão da violação de "leis Divinas e Humanas", vez que autorizou suas tropas a cometerem estupros, homicídios e pilhagem durante a ocupação militar daquela cidade, além de haver dispensado tratamento desumano à população que lá vivia em tempos de paz.

4. VABRES, Henri Donnedieu de. *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*. Paris: Panthéon-Assas, 2004.

Entretanto, a popularização dos tribunais internacionais tornou-se efetiva com o fim das grandes guerras. A despeito do Tribunal de Leipzig, Nuremberg e Tóquio foram os grandes responsáveis por trazer tal conceito à realidade popular.

Nessa toada, após trinta anos de tentativas de codificação, foi criado o Tribunal Penal Internacional (TPI),[5] por meio do Estatuto de Roma, em 1998, o qual entrou em vigor em 2002, e teve como inspiração os tribunais *ad hoc* previamente criados para punir os indivíduos responsáveis por graves violações de Direitos Humanos (Tribunal de Nuremberg, Tribunal de Tóquio, Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia – criado em 1993, pela Res. 827, do Conselho de Segurança[6] – e Tribunal Penal para Ruanda – criado em 1994, pela Res. 955, do Conselho de Segurança).[7] Ao contrário desses tribunais, fonte de diversas críticas pela comunidade internacional (uma vez que se dizia que sua criação não passava de um jogo de interesses políticos), o TPI constitui uma jurisdição permanente e recupera, portanto, a questão da responsabilidade penal do indivíduo no sistema internacional.

A criação de diversos tribunais não só atenta para as tentativas de pacificação social (o Direito como instrumento de memória, superação, reconciliação e estabilização), como também para outro aspecto muito interessante: a ascensão do Direito Internacional. Em meio a diversos problemas hodiernos, tais como o terrorismo, os Estados tendem a adotar posturas *ad hoc* que violam os Direitos Humanos, em nome da segurança coletiva. Em virtude de outra tendência moderna, a de positivar todos os comportamentos sociais, o Poder Público se vê despreparado para enfrentar situações anômalas que não estariam previstas em sua legislação interna, cometendo, assim, atrocidades

5. Todos os Estados têm o dever de cooperar com o Tribunal em cada etapa do processo: devem contestar os pedidos de colaboração para a reunião de provas, a oitiva de testemunhas, suspeitos, a identificação e busca de pessoas e a expedição de atos. Também devem executar as ordens da 1.ª instância, como as de detenção, perseguição e transferência.

6. CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. *Res. 827, de 25.05.1993*. Dispõe sobre a criação de Tribunal Internacional para crimes cometidos no território da ex-Iugoslávia. Disponível em: [http://daccess-ods.un.org/TMP/9168045.52078247.html]. Acesso em: 02.10.2011.

7. CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. *Res. 955, de 08.11.1994*. Dispõe sobre a criação de Tribunal Internacional para crimes cometidos no território de Ruanda. Disponível em: [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement]. Acesso em: 02.10.2011.

semelhantes à criação de Guantánamo e a edição do *Patriot Act*[8] – ambos criados com vistas à proteção, punição e execução das leis contra o terrorismo nos EUA após os atentados de 11 de setembro. Cresce, portanto, a importância do Direito Internacional, seja por meio da pressão de outros Estados, seja pela ampliação do papel do indivíduo (e da sociedade civil como um todo) na cena internacional, visto que este, com base nas suas fontes (discriminadas no art. 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça),[9] poderá, com independência e imparcialidade, prover uma resposta satisfatória às demandas que lhe são submetidas, eliminando o referido "vácuo" legal que engendra as mencionadas violações.

Não obstante, a vontade política dos Estados é o elemento essencial para o bom funcionamento do Direito Internacional, da mencionada corte e para a efetiva proteção dos Direitos Humanos, uma vez que ela é desprovida de qualquer poder de polícia, diferentemente das jurisdições nacionais. O Direito Internacional edita normas de caráter vinculante, todavia estas carecem de exigibilidade. Dessa feita, o voluntarismo político torna-se um elemento determinante. Se os Estados não querem sujeitar-se às decisões prolatadas pelas cortes e organizações internacionais, não serão forçados a fazê-lo, a despeito das obrigações internacionais assumidas quando na ratificação de um tratado, isto é, pelo respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, pelas normas de Direito Costumeiro ou imperativas de *jus cogens*.[10]

---

8. EUA. *USA Patriot Act of 2001*. Dispõe sobre a punição e detenção de atos terroristas nos Estados Unidos e ao redor do mundo, para aumentar as ferramentas de investigação policial e outros propósitos. Disponível em: [www.fincen.gov/statutes_regs/patriot/index.html]. Acesso em: 02.10.2011.

9. CIJ. *Statute of the International Court of Justice*. Dispõe sobre a composição e funcionamento da Corte. Disponível em: [www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0]. Acesso em: 02.10.2011.

10. O *ius cogens* engloba o núcleo duro de direitos cuja derrogação é proibida pelo simples fato de que transcenderiam o próprio Direito, estando entre eles o Direito à integridade física, a proibição da escravidão, do genocídio, do uso da força, da tortura, e o art. 3.º comum às Convenções de Genebra (segundo alguns autores, como Louis Lafrance). A sua aceitação é tamanha na comunidade internacional que qualquer disposição legislativa em contrário é considerada nula, conforme o art. 53, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. Formam parte, pois, do Direito Costumeiro (possuem as quatro características essenciais para a formação do costume, quais sejam: (a) a prática estatal reiterada e (b) a *opinio iuris*; (d)). São, portanto, normas imperativas, inerentes ao ser humano, pelo simples fato de haver nascido humano, e não podem ser derrogadas em nenhum caso, ainda que para

Precípuo se faz relembrar que o Direito não constitui um fim em si mesmo, ele é apenas um meio a serviço do bem comum e fundamental à manutenção da ordem e paz sociais. Exemplos do uso do voluntarismo para a efetivação do Direito na arena internacional são os Tribunais de Nuremberg e o caso Eichmann: grandes violadores dos Direitos Humanos foram julgados e condenados em cortes internacionais estabelecidas pelos vitoriosos da Segunda Guerra Mundial. As decisões foram cumpridas pelos vencidos e receberam forte apoio social (apesar das diversas críticas apontadas por teóricos da época, como Hannah Arendt e Kelsen), como meio de pacificação, tentativa de sair do isolamento e aniquilação total dos vencidos – visto que estes representavam um perigo à hegemonia da Entente.

Dessa forma, a questão que se coloca é a de averiguar por que cumprem os Estados com tais decisões, vez que não há qualquer constrangimento que lhes seja aplicável, isto é, sanções econômicas ou físicas não lhes são imputáveis, já que não se pode falar na executabilidade do "uso da força" ou na existência de uma "polícia internacional". A fim de discutir tal assertiva, teorias do Direito Internacional e das Relações Internacionais intentam explicar por que colaboram os Estados, bem como explicitar a fragilidade do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos e de responsabilização criminal.

Valendo-se do pensamento desenvolvido por Harold Koh, as decisões internacionais seriam aceitas com base num processo de quatro etapas: "coincidence

---

garantir a segurança nacional, como no caso dos detentos de Guantánamo acusados de cometer Terrorismo. Todos, terroristas ou não, são sujeitos de direito quanto à aplicação dessas normas. Estas normas geram obrigações *erga omnes*, são obrigações do Estado frente à comunidade Internacional – e sua violação gera a responsabilidade internacional do Estado, poderia caracterizar a Penal do Indivíduo e permite invocar o princípio da jurisdição universal -, como um todo, opinião encontrada, por exemplo, na sentença da CIJ a respeito do caso *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd* "Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. 34. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des *principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine*, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (*Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, p. 23); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel". (ICJ REPORTS. *Caso Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd – 2.ª fase, Bélgica* vs. *Espanha*. Julgamento de 05.02.1970, parágrafos 33 e 34) (destaque nosso).

to conformity to compliance to obedience", realizado de forma vertical (entre a sociedade civil, atores transnacionais e Estados) e horizontal (entre Estados): "The process can be viewed as having four phases: interaction, interpretation, internalization, and obedience. One or more transnational actors provoke an *interaction* (or series of interactions) with another in a law-declaring forum, which forces an *interpretation* or enunciation of the global norm applicable to the situation. By so doing, the moving party seeks not simply to coerce the other party, but to *internalize* the new interpretation of the international norm into the other party's internal normative system. Its aim is to "bind" that other party to obey the interpretation as part of its internal value set. That party's perception that it now has an internal obligation to follow the international norm as it has been domestically interpreted leads it to step four: *obedience to* the newly interpreted norm".[11]

Segundo tal teoria, a obediência adviria muito antes de inculcar uma ideia na mente dos cidadãos/governantes do que de impor uma sanção ou do emprego da força. Assim, a "obedience" seria a última fase do processo, na qual a ideia de que a decisão deveria ser implementada ou de que aquele é um padrão que deve ser adotado, visto que é universalmente reconhecido (*e.g.* proibição contra a tortura), estaria tão imbuída no imaginário popular que a pressão a nível internacional ou nacional não deixa outra alternativa senão a sua aceitação, reconhecimento ou implementação pelo Estado. Como assevera Koh: "enforcement is maximized when a norm is so widely obeyed that external sanctions become virtually unnecessary".[12]

Na fase que a antecede, a "compliance", há a imposição de sanções por parte de outros Estados ou organismos internacionais, tais como os embargos econômicos a Cuba, por exemplo.

A fim de clarificar como se dá o desenrolar deste processo, é necessário tratar de algumas teorias de Direito Internacional e de Relações Internacionais que abordam a temática do interesse dos Estados e intentam explicar o processo de *decision-taking* no plano internacional. Elas podem ser trabalhadas a partir da perspectiva realista (poder), idealista (bem comum e paz perpétua), marxista, transnacionalista, liberal (identidade política e primado do Direito) e racional (interesses egoísticos e Teoria dos Jogos).

---

11. KOH, Harold Hongju. *How is international human rights law enforced?* Disponível em: [www.law.indiana.edu/ilj/volumes/v74/no4/koh.pdf]. Acesso em: 07.01.2011.

12. Idem, ibidem.

A primeira delas é a perspectiva realista. Para os realistas, como Morgenthau, Kennan e Kissinger, o que verdadeiramente importa é o poder. Os Estados são movidos por seus interesses egoísticos e exercem seu poder de coerção (*hard power*)[13] para conseguir atingi-los. Tal poder seria adquirido por meio da alta disponibilidade de recursos financeiros e, principalmente, pela disponibilidade de armas (nesta nova era, sobretudo, nucleares e bioquímicas), com as quais se pode ameaçar, no exercício das políticas de "entente" e "détente", graças ao temor geral da ocorrência de uma nova "Crise dos Mísseis". Ademais, sustentam os realistas que vivemos em um estado de anarquia no sistema internacional, vez que não existe qualquer autoridade central verdadeiramente capaz de impedir o recurso à violência armada por parte dos atores internacionais; não há monopólio legítimo da violência armada, ou seja, é a "guerra de todos contra todos", é o verdadeiro estado de natureza; assim, somente o equilíbrio de poder garante que seja mantida a ordem no cenário internacional. Dessa forma, valer-se da opinião pública quando na tomada de decisões constituiria um empecilho à boa conduta diplomática; e a existência de um Direito Internacional (e os seus ramos derivados), bem como de organizações internacionais, explicar-se-ia porque estes constituiriam um meio de coerção para que as grandes potências possam atingir seus interesses nacionais, quedando as decisões e a *soft law* exercidas por elas sempre em conformidade com estes.

A luta pelo poder, segundo a teoria realista, explica-se pela natureza humana que é egoísta, vingativa e má, pelo seu *animus dominandi*; o que é corroborado por Morgenthau: "(...) l'homme est par nature égoïste et, dans un monde de ressources rares, il est guidé dans son comportement avec autrui par une volonté infinie de puissance, qui n'est susceptible d'être satisfaite entière-

13. As noções de *Soft Power* e *Hard Power* foram criadas por Joseph Nye. Uma de suas obras na qual a teoria encontra grande respaldo é "O Paradoxo do Poder Americano". Dario Battistella as define como: "J. Nye, em sua obra, 'A Liderança Americana', opõe o hard power, ou poder de obrigar, de comando, de coerção, repousando sobre elementos tangíveis, tais como a força militar, ao soft power ou força de sedução, de coopção, definida como a capacidade de um Estado de redigir a ordem do dia na política de um modo que modelará as preferências expressas pelos outros, a estruturar uma situação de tal maneira que os outros países façam escolhas ou definam os interesses que combinem com os seus próprios e repousando sobre os recursos intangíveis, como a cultura, a ideologia, as instituições, sobre a atração cultural e ideológica, ou ainda sobre os regulamentos e instituições dos diversos regimes internacionais". BATTISTELLA, Dario. Op. cit., p. 447 (trad. nossa).

ment que dans les cas où 'tous les autres hommes seraint devenus l'objet de sa domination".[14]

Assim, segundo Battistella: "En politique étrangère, un Etat ne connaît qu'un sel imperative catégorique, un seul critère de raisonnement, un seul principe d'action, l'intérêt national égoïste défini en termes de puissance: quel que soit le but ultime de la politique extérieure d'un Etat, quels que soient les termes dans lequels ce but est défini, la recherche de la puissance est toujours son but immédiat, qu'il s'agisse de changer la configuration du rapport des forces existant par une politique impérialiste, ou au contraire de le préserver par une politique du *statu quo*".[15]

Para o realismo extremo, não há qualquer regra ou ética a ser seguida nas relações internacionais; a Nação é soberana, quer perseguir seus interesses egoísticos, e o plano internacional é anárquico (novamente a noção hobbesiana da "guerra de todos contra todos"). Assim, tudo vale, porque o Estado tem o poder de agir de acordo com a sua vontade e nunca desejou ceder uma parcela de sua liberdade para uma convicência pacífica. No realismo moderado, tudo é permitido na medida em que for em benefício do interesse da Nação – a despeito de que o "interesse da Nação" encontra-se embuído de uma forte carga de subjetivismo, pois é o governante que determina uma política ou ordena uma estratégia militar que decide o que é do interesse da Nação –. Assim, os Estados serão contra algo ou apoiaram a elaboração de regras internacionais (não vinculantes porque o Direito Internacional não tem poder de polícia, podendo ser desrespeitadas a qualquer tempo) à medida que lhes parecer vantajoso.

Enfim, a teoria realista, recuperando Tucídides, pode ser resumida pela máxima "os Estados fortes fazem o que podem, e os fracos sofrem o que devem"; e, dessa maneira, não haveria "obediência" ao Direito Internacional, somente uma coincidência entre conduta nacional e regras internacionais, a qual resulta de poder e coerção.

Já a teoria marxista[16] aborda a temática do poder dos Estados a partir da perspectiva da luta de classes. Conforme os escritos de Marx e Engels, existe uma burguesia que monopoliza os meios de produção, no paradigma capita-

14. Morgenthau, Hans. *Scientific Man* vs. *Power Politics*. Chicago: Chicago University Press, 1946. p. 188.

15. BATTISTELLA, Dario. Op. cit., p.118.

16. A teoria marxista não deve, propriamente, ser assim denominada, pois se baseia, na realidade, na ideologia de Marx. Há uma reanálise de seus escritos e não a invenção de uma nova doutrina.

lista em que vivemos, e o proletariado que, conquanto mais numeroso, não detém os meios de produção, vê-se obrigado a vender sua força de trabalho a fim de sustentar-se, reproduzindo o modo de produção existente em favor da classe dominante. Para tanto, o sistema capitalista se organizou em Estados-nacionais que asseguram a sua dominação política e legitimam a exploração econômica do proletariado. O Estado, portanto, não é um ator, mas reflete as relações de força entre as classes, ele é a parte integrante de uma formação social composta pela infraestrutura econômica engendrada pelas relações de produção e por uma superestrutura político-ideológico-jurídica. Assim, as relações internacionais se formam a partir das diferentes formações sociais, pois o Estado é encarregado de representar os interesses econômicos e políticos da classe dominante face aos outros Estados (também encarregados de defender os interesses de sua classe dominante). Para Battistella:[17] "Pour Marx, les relations internationales – au sens de relations interétatiques – ne sauraient donc se comprendre en dehors du mode de production capitaliste qui est à l'origine de l'émergence de l'Etat comme mode priviligié de l'organisation politique de la lutte des classes".

Assim, uma vez que o Estado é quem rege as relações internacionais e que este constitui o instrumento da classe burguesa para defender seus interesses, a política externa de um país não é um modo de levar a cabo interesses nacionais, conforme pregam os realistas, mas, sim, de garantir os interesses da classe dominante; e, em consequência disso, verifica-se uma situação de eterno conflito no plano internacional, vez que uma burguesia nacional estaria em eterno choque com a de outro país. Segundo Kubalkova:[18] "Les relations internationales des pays capitalistes sont toujours le résultat d'une politique étrangère à la poursuite de desseins criminels, basées sur des prejudices nationaux et dilapidant dans des guerres pirates le sang et le trésor du peuple".

A análise neomarxista das relações internacionais baseia-se, sobretudo, na questão do Imperialismo, isto é, na tendência de dominação e recolonização que os Estados mais ricos têm sobre os mais pobres. A escola da "Dependência", que têm como grandes precursores Fernando Henrique Cardoso e Celso Furtado, aborda o flagrante contraste entre a igualdade política e a desigualdade econômica que caracteriza o sistema internacional, uma igualdade de direito, mas não *de facto*. A despeito de terem garantida a sua soberania nacio-

17. BATTISTELLA, Dario. Op. cit., p. 228.

18. KUBALKOVA, Vendulka. *Marxism and international relations*. Oxford: Clarendon, 1985. p. 34.

nal, os países subdesenvolvidos não conhecem o que seja uma alavancada ou crescimento econômico, em virtude de uma troca desigual ou da deterioração nos termos de troca de bens e serviços com os países ricos. Serão sempre uma periferia em relação ao centro. Parafraseando Ha-Joon Chang,[19] os países desenvolvidos teriam "chutado a escada para o desenvolvimento" e agora obrigariam os subdesenvolvidos a se desenvolverem de maneira limpa e honesta, adotando cartilhas que instituem o mesmo modelo de desenvolvimento para sociedades completamente distintas e que não encontram qualquer fundamento em uma experiência real.

Nessa toada, haveria, pois, uma potência hegemônica mundial (dada a sua superioridade econômica e militar) que buscaria manter a ordem nas relações entre os países centrais (visto que estes dominam as periferias), propondo e implementando práticas e instituições desenvolvidas de acordo com os seus próprios interesses. Ela visaria a assegurar o bom funcionamento da economia capitalista em benefício dos países do centro.

Pautando-se no conceito de interesses econômicos para a manutenção do sistema capitalista, pode-se afirmar que os países do centro acatam decisões internacionais porque isto convém, de algum modo, aos seus interesses econômicos e porque estas são determinadas por eles, ou seja, ordenar uma invasão humanitária, em nome do respeito aos Direitos Humanos, em um país rico em petróleo que não colabora, conforme o esperado, com as potências do centro, seria perfeitamente plausível, bem como aceitar a recomendação feita por algum órgão das Nações Unidas para garantir a preservação de sua imagem como "respeitador" dos Direitos Humanos, estável, e, portanto, confiável para atrair investimentos externos (e internos). Da mesma forma, perseguir criminosos no Tribunal Penal Internacional constituiria uma forma de dominação. Já os países de periferia acatariam tais decisões por conta da relação de imposição/dominação exercida pelos países centrais. Essa, pois, é a resposta marxista à indagação que questiona o voluntarismo político dos Estados, capaz de garantir a efetividade do Direito Internacional (e Internacional Penal).

Uma terceira teoria aborda a perspectiva transnacionalista das Relações Internacionais e do Direito Internacional. Constitui ela uma teoria independente, porém, aproxima-se muito do liberalismo (e idealismo), e do realismo, podendo, na visão de alguns autores, como Nye, aproximar-se do marxismo. Tal teoria vê os indivíduos e a sociedade civil como atores da política mundial (sem desprezar o papel dos Estados) e ressalta a interdependência entre tais

19. CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*. São Paulo: Unesp, 2004.

atores. Portanto, além dos Estados, a Igreja, as empresas transnacionais, as ONGs, os movimentos estudantis e o turismo são exemplos do que pode ser caracterizado "ator" sob o ponto-de-vista transnacionalista.

Esses outros atores, ainda que menos poderosos do que os Estados, exercem uma forte influência sobre as decisões (em matéria de política externa, inclusive) que os últimos tomarão, seja porque movimentam a economia de um país, seja porque a opinião de um indivíduo ou de um movimento de massa é muito importante para ser ignorada (em última análise, por exemplo, iniciativas contrárias à opinião pública ocasionam a perda de votos): é um processo de ajuste permanente entre pressões internas e obrigações externas.

Nesse sentido, corrobora Battisttella:[20] "Le rôle politique des fondations privées et des mouvements révolutionnaires, des Eglises et des societés multinationales est plus grand dans le monde contemporain, car la complexité grandissante qui caractérise celui-ci augmente leur importance à travers l'influence qu'ils exercent sur les choix des gouvernments et les coûts impliqués par ces différents choix; enfin, la distinction entre *high* et *low politics*, analytiquement justifiée, est progressivement gommée dans la realité, car les échiquiers non politico-militaires (commerce, finance, énergie, aide au développement, recherche technologique et spatiale...) se multiplient à côté de l'échiquier militaro-stratégique, sans que l'on puisse *a priori* postuler une quelconque hiérarchie entre eux".

Para exemplificar essa teoria, Burton[21] idealiza o sistema internacional como uma grande teia de aranha, ou melhor, como a sobreposição de diversas teias de aranha, o que denomina "cobweb model". A referida teia seria tecida por diversas atividades multisocietárias, como as trocas comerciais, o turismo, os fluxos financeiros e migratórios, os intercâmbios culturais, que convergiriam em alguns pontos de interesse.

Dita concepção aprecia o papel do indivíduo na esfera internacional em virtude do processo de globalização que teve início com o fim da Guerra Fria: os indivíduos, que antes não demonstravam muito interesse por assuntos referentes à política externa, agora estão muito mais politizados, ainda que busquem o isolacionismo e a pura persecução de seus interesses egoísticos, graças à facilidade para viajar, à melhoria na educação e à facilidade em obter informações e conhecimento, bem como de estabelecer comunicação.

20. BURTON, John. *World society.* Cambridge: Cambridge University Press, 1972.

21. BATTISTELLA, Dario. Op. cit., p. 194.

Entretanto, Richard Nye aborda um panorama diferenciado, o das empresas multinacionais como atores capazes de definir o comportamento dos Estados segundo seus próprios interesses. Assim, num mundo regrado pela interdependência e pelas relações assimétricas entre os diferentes atores (ainda que independentes), todos são sensíveis e vulneráveis aos comportamentos uns dos outros; o comportamento de cada um é recíproca e estruturalmente afetado pelo comportamento do outro; o que é descrito em sua obra "Transnational relations and world politics":[22] "Composés par l'emsemble des mouvements transfrontaliers de biens tanglibles ou intangibles mettant aux prises des acteurs dont l'un au moins n'est de nature ni gouvernamentale ni intergouvernamentale, l'information, les flux financiers, le transport des biens physiques et la circulation des personnes et des idées, exercent en effet une contrainte sur les Etats, en ce qu'ils augumentent la sensibilité reciproque des societés et par là même affectent les relations entre gouvernments".

Ora, a ideia aqui apresentada é, pois, a de que uma multinacional, em relação de interdependência com o país onde está estabelecida, pode exercer um *lobby* com os representantes do governo, sutilmente fazer ameaças (por exemplo, a de fechar suas portas, o que causaria desemprego e diminuição na arrecadação de impostos), oferecer incentivos (como a realização de contrato de parceria para determinada obra de infraestrutura ou social) ou mesmo subornar tais representantes de forma a que estes concluam negociações internacionais (por exemplo, no que tange à ratificação de acordos para a diminuição de tarifas de exportação). Em contrapartida, tais empresas, dependentes que o são dos Estados, sofrem os efeitos das decisões tomadas por eles na seara internacional. Assim, conforme previamente abordado, se um Estado apresenta uma situação política interna instável, obviamente atrairá menos investimentos externos do que um país com situação interna equilibrada, haja vista os *booms* financeiros quando há uma alta no índice *Standard & Poor's*. É importante afirmar que, no mundo de hoje, quando um investidor pensa em aplicar recursos em uma determinada região, não busca isoladamente a opinião de especilistas em economia, mas também em ciências sociais, haja vista a grande expansão do mercado de consultorias de risco político. A estabilidade de um país também é garantida pelo respeito às decisões e resoluções internacionais: o país tem boa conduta no plano internacional, logo, não tomará qualquer atitude que divirja de seu padrão original, logo, é confiável para investir.

Do mesmo modo, ainda seguindo a linha de Nye, um país que tem uma boa imagem no cenário internacional, pois respeita as decisões tomadas em orga-

22. Idem, ibidem.

nismos internacionais, é capaz de exercer seu poder de influência em relação aos outros, fazendo-os se comportar conforme os seus interesses; é o que chama de *soft power*.[23] Segundo Petersen:[24] "Reputational incentives thus form the heart of Guzman's theory. He picks up an approach developed in international relations theory and argues that reputation is important for States because it allows them to make more credible promises. Other states may not want to enter into a treaty with an unreliable state, and reliable states may be able to extract higher returns for their cooperation (at 34). Consequently, states will comply with a legal norm if the reputational gain (or the prevention of a reputational loss) will outweigh the short-term benefits of a norm violation. However, Guzman deems the effect of reputational sanctions to be weakened by the fact that reputation is compartmentalized (at 100–106). A state which is considered to be reliable in trade or investment agreements may not be harmed by human rights violations with regard to future economic cooperation".

Assim, segundo a teoria transnacionalista, os Estados obedeceriam às decisões e recomendações de cortes e organismos internacionais porque estão em uma relação de interdependência uns com os outros, e as atitudes que um adota, dada a sensibilidade recíproca existente, afetam todos os outros; portanto, haveria uma pressão para que elas fossem seguidas, tanto pela parte das empresas (incluídos aí, também, os investidores), quanto pela parte da sociedade (indivíduos).

A construção teórica do *soft power* dá ensejo a uma quarta teoria: a teoria comunitária, segundo a qual as nações acatam uma determinada decisão porque partilham os mesmos valores, isto é, dividem os mesmos ponto-de-vista sobre uma determinada questão, como o respeito aos Direitos Humanos, por exemplo. Assim, a comunidade à qual aquele Estado pertence faz pressão para que ele obedeça ao que foi estipulado em um organismo internacional – porque estes são os seus valores – a exemplo do caso da República Tcheca, Polônia e Hungria, as quais sofrem pressão por parte de sua comunidade, já que agora integram a Otan; ou mesmo da Rússia e da Turquia (em particular, porque esta almeja fazer parte da União Europeia) enquanto membros do Conselho da Europa.

Outra teoria à qual é necessário fazer menção é o liberalismo (idealismo). Criada no período entre guerras, o idealismo aporta a ideia de cooperação, de

23. Ver nota 4.

24. PETERSEN, Niels. *How rational is international law?* Disponível em: [http://ejil.org/article.php?article=1931&issue=93]. Acesso em: 15.01.2011.

busca pelo bem comum e pela paz mundial, bem como de cosmopolitismo. Superveniente à época em que se experenciou intensas hostilidades e carnificinas, ela visava a refutar as políticas de *raison d'état* e equilíbrio de poder instauradas durante o Concerto Europeu. É o câmbio de uma "política de poder" (*realpolitik*) por uma "política de responsabilidade" (*idealpolitik*).

O fim último do idealismo é a Paz Perpétua descrita na obra de Kant, isto é, um mundo no qual não haveria o recurso à violência porque os Estados assim não o desejam ou não creem que a guerra gere qualquer benefício.

Assim, ao se construir instituições comuns e um Direito comum a todas as nações, conseguir-se-ia regular o estado de anarquia no plano internacional, até que, numa visão utópica, seria possível criar uma organização supranacional capaz de comandar a todos os Estados e formar uma só comunidade de nações (que trocariam sua soberania pela paz), o que foi idealizado, por exemplo, nos "14 pontos de Wilson" – e a consequente criação da Liga das Nações.

Moravcsik[25] propõe uma visão interessante sobre porque os Estados preferem a paz ou adotam determinados valores: a natureza de um regime político de um Estado exerce uma influência predominante sob seu comportamento internacional e, portanto, a sua forma institucional permite-nos saber quais preferências individuais são politicamente privilegiadas numa sociedade, que são o fator-chave para compreender a política externa de uma unidade política. Assim, uma democracia, uma ditadura e um regime totalitário não apresentam o mesmo comportamento internacional, visto que cada um deles possui interpretações e concepções diferentes em matéria de interesses sociais no que tange à segurança, bem-estar e valores expressos pelos membros mais influentes da respectiva sociedade; "as democracias não vão à guerra umas com as outras".

Já o liberalismo deriva do idealismo, podendo-se dizer que o primeiro constitui uma variante mais moderna do segundo, assimilando seus principais fundamentos, tais como a autodeterminação dos povos, a proibição do uso da força, o respeito às diferenças culturais e o universalismo cosmopolita. Entretanto, possui ele duas vertentes: o primado do Direito e a identidade política. Para os primeiros, as nações sofrem uma espécie de pressão interna para cumprir determinadas normas que creem ser legítimas, como, por exemplo, a proibição do genocídio.[26] Assim, segundo Koh: "quando as nações notam que

25. MORAVCSIK, Andrew. Taking preferences seriously. A liberal theory of international politics. *International Organization*, [S.I], vol. 51(4), p. 35-70, outono 1997.

26. Tal vertente explica a existência de um "núcleo duro" dos Direitos Humanos e também a legitimidade do princípio de jurisdição universal.

as normas são legítimas, porque cumprem determinados critérios de legitimidade ou alguma noção substantiva de devido processo ou justiça distributiva, elas irão obedecer àquela norma porque elas estão "legalmente pressionadas" àquela norma devido a sua legitimidade".[27]

Assim, seria possível explicar, também, a existência de um Direito Costumeiro Internacional, além do respeito aos tratados internacionais ratificados pelos Estados: uma vez que estes o fazem, tornam-se obrigados a respeitar estas normas internacionais, dado o princípio do *pacta sunt servanda* contido no art. 26, da Convenção de Viena de 1969[28] sobre o Direito dos Tratados.

A segunda vertente adota a perspectiva kantiana de que as democracias não vão à guerra e, segundo ela, se um Estado cumpre ou não com o Direito Internacional depende do quanto sua identidade política está envolvida com a democracia e os valores liberais, como a proteção dos direitos humanos e a independência dos poderes. Dessa feita, para alguns teóricos como Anne Marie Slaughter, as democracias estariam mais inclinadas a conferir eficácia ao Direito.

Dita visão não considera, portanto, a natureza egoísta do homem descrita na perspectiva realista, "o homem é fruto do meio", além de descartar a interação política que pode ocorrer entre Estados liberais e Estados liberais, entre Estados liberais e não liberais, e entre Estados não liberais e não liberais.

Em suma, para os idealistas/liberais, as decisões que emanam de cortes e organismos internacionais, bem como as regras de Direito Internacional, Direitos Humanos e Direito Internacional Penal seriam aceitas porque os Estados partilham valores comuns de promoção do bem-estar social e de paz, que só serão alcançados através da regulação feita por uma organização supranacional e imparcial, ademais de pregarem pelo respeito por normas e decisões – considerando estas também como fontes de Direito Internacional, segundo o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional[29] de Justiça –, uma vez que elas são legítimas e estão de acordo com os valores de sua sociedade, tendo, pois, se comprometido a respeitá-las. Não obstante isso, como a grande maioria dos países se autointitula "democracia", dir-se-ia que estariam de acordo com os valores liberais que serão impostos por tal instância internacional em suas resoluções e, dessa feita, teriam uma predisposição natural a acatá-las.

---

27. KOH, Harold. Op. cit. (trad. nossa).

28. ONU. *Convenção de Viena de 1969*. Dispõe sobre normas para o Direito dos Tratados. Disponível em: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf]. Acesso em: 02.10.2011.

29. CIJ. Op. cit.

Precípuo se faz, agora, discorrer sobre a teoria racional. Segundo a escola da *Rational choice*, as nações escolhem, racionalmente, seguir determinadas regras globais de acordo com seus interesses egoísticos. O modelo que melhor exemplifica as ideias defendidas por dita teoria é o "dilema dos prisioneiros", uma construção advinda da Teoria dos Jogos. Segundo o "dilema dos prisioneiros", haveria dois detentos em uma prisão. Sob a ótica realista, um prisioneiro entregaria o outro, a fim de ter a sua sentença diminuída, buscando atingir seu interesse egoísta (o de livrar-se da prisão). Assim, enquanto um seria condenado a sete anos de prisão, o outro seria condenado a dez. Já sob a ótica racionalista, os dois ficariam calados, cooperando um com o outro, e, por não haver qualquer denúncia, ambos seriam condenados a uma pena menor e recíproca (cinco anos, por exemplo).

Transportando o pensamento acima para o Direito Internacional, temos que os Estados elegeriam determinadas normas e decisões a serem respeitadas devido a interesses egoísticos que possuem em longo prazo. Conforme descreve Koh:[30] Under the rationalist account, participants in a given issue area will develop a set of governing arrangements, along with a set of expectations, rules, and decision-making procedures – in other words, a regime – both to restrain the participants and to provide means for achieving their common aims. Within these regimes, international law stabilizes expectations and promotes compliance by reducing transaction costs, providing dispute-resolution procedures, performing signaling functions, triggering negative responses, and promoting information disclosure.

Para os racionalistas, o Direito regularia comportamentos ao invés de alterar interesses, diminuindo, por conseguinte, os custos das interações entre os diversos atores internacionais (visto que cada um teria seu próprio interesse). Assim, a decisão de obedecer a uma norma sempre estaria meticulosamente calculada e estancaria na fase de "compliance". Ainda segundo Koh:[31] Shared norms, and the interactive processes by which those norms are interpreted, have little effect on state policies. In effect, they see international law as a kind of mechanical device, a switching mechanism, which facilitates the interactions of autonomous states, not as a communal decision making structure that helps gene rate options, modify preferences, and build a normative interpretive community.

Desse modo, quando os Estados têm grande interesse em que os outros países cooperem, estabelecem um tratado. Se, por outro lado, não é tão vantajoso comprometer-se, algum acordo em forma de *soft law* será efetivado.

30. KOH, Harold. Op. cit.

31. Idem, ibidem.

Visando a atingir seus fins egoísticos, portanto, o Estado vale-se do Direito Internacional (e seus ramos conexos) para exercitar seu interesse egoísta em longo prazo, isto é, obriga-se para também poder cobrar cooperação de um parceiro mais tarde, ou, ainda, cumpre uma decisão com vistas a sacar proveito dela (questão da imagem e aumento do poder de barganha, e.g.). Quando o Conselho de Direitos Humanos edita uma resolução, por exemplo, os países tendem a cumpri-la, se isso não for extremamente custoso para eles (uma vez que poderiam ver-se obrigados a fazer cessar uma prática que não lhes parece interessante), com vistas a melhorar sua imagem e tornarem-se aptos a pressionar um parceiro para que este aceite determinada resolução que lhe poderá trazer algum benefício econômico futuro, por exemplo.[32]

Feito o aporte teórico que permite clarificar, dentre as diversas hipóteses existentes, o motivo pelo qual os Estados obedecem ao Direito Internacional e afins, passar-se-á ao exame do caso Omar Al-Bashir no TPI de forma a elucidar como a questão se desenrola na prática.

3. ANÁLISE DO CASO OMAR AL-BASHIR NO TPI

Uma análise do caso Al-Bashir[33] demonstra o frágil equilíbrio do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos e de responsabilização crimi-

32. A China, por exemplo, tornar-se-á membro do Conselho de Direitos Humanos em 2012, faz sugestões ao Mianmar durante o Mecanismo de Revisão Periódica (UPR) das Nações Unidas e abre embaixadas em Nay Pyi Taw, sob o manto da proteção dos Direitos Humanos, recomendando ao país que aumente sua cooperação internacional, não só com a ONU, mas também com a Asean, exercendo assim o seu papel de um país que colabora com as instâncias internacionais (e concordando com o fato de ter sua soberania internacional diminuída). Porém, há que se notar que o Mianmar tem uma vasta quantidade de recursos naturais disponíveis e muitas empresas chinesas investindo no setor. PETTY, Martin. *Chinese investment in Myanmar top $8bln this year*. Reuters, 16.08.2010. Disponível em: [http://thestar.com.my/news/story.asp?file=/2010/8/16/worldupdates/2010-08-16T155546Z_01_NOOTR_RTRMDNC_0_-508689-1&sec=Worldupdates]. Acesso em: 20.01.2011).
Raciocínio análogo pode ser aplicado no processo de pacificação social, por exemplo. Na interação entre diversos atores, o Estado pode acatar determinada decisão internacional prolatada por uma corte – como a revogação de lei que previa anistia de torturadores durante determinado regime político e a instauração de comissões de verdade e justiça – de forma a promover a paz, a memória, a justiça e a estabilidade sociais. É um interesse de longo-prazo que o faz colaborar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

33. O caso a que se faz referência é o ICC-02/05-01/09 (HOLANDA. Tribunal Penal Internacional. *ICC-02/05-01/09 (Prosecutor* vs. *Omar Al-Bashir)* cit. Ver nota 2.

nal de violadores de tais direitos. Através dela, torna-se nítida a exigência do voluntarismo político para conceder eficácia às decisões de Direito Internacional e de Direito Internacional Penal, porquanto vários Estados, numa atitude política, recusaram-se a respeitar as regras estabelecidas no Estatuto de Roma (ratificado por eles) e, portanto, conforme o que se discutirá mais abaixo, a referida atitude poderá acarretar não só a impunidade dos violadores, como esvaziar a função da pena; além de inviabilizar a proteção das vítimas.

Omar Asan Ahmad Al Bashir foi o presidente *de iure* e *de facto* do Sudão (antes de sua cisão em Sudão e Sudão do Sul), desde 16.10.1993.

Em 2003, teve início um conflito em Darfur, pois as milícias rebeldes atacaram alvos do governo, acusando Cartum (a capital) de opressão à população negra e de favorecimento da população árabe. A disputa possui um caráter étnico-cultural, e, recentemente, tem assumido uma face cultural. Sua existência tem origem, sobretudo, em problemas relacionados aos recursos naturais. De um lado, outros países visam a estreitar relações comerciais com o Sudão, impulsionados por interesses econômicos que circundam a abundância de petróleo na região;[34] de outro lado, as condições climáticas (secas e desertificação) e a superpopulação ocasionam a migração de comunidades nômades árabes (Baggara) para o sul – onde a terra é predominantemente ocupada por comunidades agrárias de negros africanos – em busca de água para o seu rebanho.[35] Além disso, o favorecimento da população árabe tem raízes históricas que remontam ao período colonial.

Em resposta ao favorecimento da população árabe, o Movimento de Justiça e Igualdade e o Exército de Libertação Sudanesa (SLA) rebelou-se contra o governo. Em reação, este iniciou uma campanha de ataques aéreos na região de Darfur, em conjunto com uma série de ataques terrestres perpetrados pela milícia *Janjawid* (pró-governo).[36] Além de estupros, homicídios e destruição de

34. A *China National Petroleum Corporation*, petrolífera chinesa, é a maior investidora estrangeira no Sudão,tendo realizado mais de US$ 5 bilhões em investimentos no setor e possuindo 50% das ações da maior refinaria sudanesa. A fim de aprimorar sua logística, construiu um oleoduto desde os blocos de concessão até um porto no Mar Vermelho, de onde saem os navios cargueiros até a China.
O montante total investido pelo país soma US$ 15 bilhões, desde 1999, e, dos 500 mil barris de petróleo produzidos por dia, 65 a 80% pertencem a ele. Os campos petrolíferos estão concentrados na região do conflito.

35. REUTERS ALERTNET. *Looking to water to find peace in Darfur*. Disponível em: [www.alertnet.org/db/blogs/1265/2007/06/30-100806-1.htm]. Acesso em: 20.01.2011.

36. O governo do Sudão nega haver ajudado ditas milícias.

povoados, o grupo incendiou as aldeias da região e muitos de seus habitantes se viram obrigados a fugir para campos de refugiados ao oeste e para o Chade.

Ante tais acontecimentos, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Res. 1.564, em setembro de 2004,[37] que estabelecia uma comissão de inquérito a fim de avaliar o conflito. Em 2005, porém, após um forte *lobby* do governo chinês, divulgou-se que um relatório que dizia que os atos cometidos não poderiam ser propriamente classificados como genocidas.

No entanto, em 2006, o governo e o Exército de Libertação Sudanesa, representado por Minni Minnawi, assinaram um acordo de paz na Nigéria, o qual foi completamente rechaçado pela facção rival, o Movimento de Justiça e Igualdade, liderado por Abdul Wahid Mohamed el Nur. Seus pontos principais eram o desarmamento das milícias *Janjawid* e a incorporação dos efetivos dos grupos rebeldes ao exército sudanês. Apesar do acordo, os combates continuaram.

Quando os combates se intensificaram, em julho e agosto de 2006, o Conselho de Segurança aprovou a Res. 1.706, de 31.08.2006,[38] que previa o envio de uma nova força de manutenção da paz, Unamid (*African Union – United Nations Hybrid Operation in Darfur*), composta de 20.000 homens, para trabalhar em conjunto com as tropas da União Africana presentes no local (estas contam com cerca de 7.000 soldados). O Sudão opôs-se à Resolução, declarando que consideraria tais *task-forces* como invasores estrangeiros, e, no dia seguinte, lançou uma grande ofensiva militar na região.

Segundo as Nações Unidas, 300 mil pessoas morreram nos conflitos de Darfur – ainda que as estimativas do governo apontem apenas 10 mil – e 3 milhões tiveram que deixar suas casas devido à violência na região. Desse modo, o conflito produziu uma grande massa de refugiados.

O ex-Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Anan, estabeleceu a Comissão Internacional de Investigação, segundo a Res. 1.564 do Conselho de Segurança.[39] A Comissão informou à ONU, em 2005, que havia razões para crer que se haveria cometido crimes de lesa humanidade e crimes de guerra em Darfur, bem como que a situação fosse reportada ao TPI.

---

37. ONU. *Res. 1.564, de 18.09.2004*. Dispõe sobre a situação do Sudão. Disponível em: [www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/RES/1564%282004%29]. Acesso em: 20.11.2011.

38. UN Security Council, Resolution 1706 (2006) Reports of the Secretary-General on the Sudan, 31.08.2006. S/RES/1706 (2006). Disponível em: [www.unhcr.org/refworld/docid/453786b60.html]. Acesso em: 17.03.2013.

39. ONU. *Res. 1.564, de 18.09.2004* cit.

O Conselho de Segurança decidiu levar o caso ao conhecimento do Tribunal (Res. 1.593, de 31.03.2005).[40] O promotor recebeu as informações da Comissão, pediu mais esclarecimentos, coletou diversos documentos e ofereceu a denúncia, o que possibilitou a abertura do caso em 06.06.2005.

A partir de uma análise dos acontecimentos, a Seção de Instrução, baseando-se em dados e provas e dados relevantes, sustenta que: 1) de março de 2003 a 14.07.2008, um conflito armado duradouro de caráter não internacional existiu em Darfur, entre o governo do Sudão e alguns grupos organizados armados, em particular o "Movimento de Liberação Sudanesa" e o "Movimento de Justiça e Igualdade"; 2) após o ataque ao aeroporto *El Fasher*, em abril de 2003, Omar Al-Bashir e outros representantes do mais alto escalão do governo e dos setores militares elaboraram um plano para levar a cabo uma campanha contra os grupos de oposição ao governo em Darfur; 3) o componente principal da campanha foi o ataque ilegal a uma parte da população em Darfur – pertencente às etnias *Fur*, *Masalit* e *Zaghawa* – as quais eram consideradas como de apoio aos grupos armados organizados que se opunham ao governo do Sudão em Darfur.

A campanha foi conduzida pelas forças do governo, inclusive as forças armadas sudanesas, sua aliada, a milícia *Janjaweed*, a polícia sudanesa, a Inteligência Nacional, Serviço Secreto e a Comissão de Ajuda Humanitária; 4) durante a campanha, as forças do governo teriam cometido crimes contra a humanidade – arts. 7.1.*a* (homicídio), *b* (extermínio), *d* (deportação ou transferência forçada da população), *f* (tortura), e *g* (violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual da mesma gravidade) do Estatuto de Roma – e crimes de guerra – arts. 8.2.e.I (administrar ataques intencionais contra uma população civil como tal ou contra civis que não participem diretamente nas hostilidades) e 8.2.e.V (saquear uma cidade ou praça, inclusive quando for alvo de levante) do Estatuto de Roma[41] –, e, principalmente; 5) levar a cabo diversos ataques ilegais, seguidos de sistemáticos atos de saque em cidades e povoados, habitados, sobretudo, por civis que pertenciam às etnias *Fur*, *Masali* e Zaghawa; 6) submeter milhares de civis – pertencentes, sobremaneira,

40. ONU. *Res. 1.593, de 31.03.2005*. Dispõe sobre a situação do Sudão. Disponível em: [www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=s/res/1593%282005%29]. Acesso em: 13.03.2013.

41. BRASIL. Presidência da República. Dec. 4.338, de 25.09.2002, que ratifica o Estatuto de Roma. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm]. Acesso em: 13.03.2013.

às etnias *Fur*, *Masali* e *Zaguawa* – a homicídios e atos de extermínio; 7) submeter milhares de mulheres civis – pertencentes a tais etnias – a estupros; 8) submeter centenas de milhares de civis – pertencentes a ditas etnias – a atos de transferência forçada; e 9) submeter civis – pertencentes aos referidos grupos – a atos de tortura.

A Seção de Instrução também diz acreditar que Al-Bashir desempenhou um papel importante na coordenação e implementação da mencionada campanha, pois estava no controle de todos os braços do aparelho estatal.[42]

Desse modo, em 04.03.2009, foram emitidos mandados de prisão contra Al-Bashir, dados os indícios de materialidade e autoria quanto ao cometimento de crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Três elementos devem ser assinalados neste caso. Primeiramente, a polêmica controvérsia da denúncia do caso de Al-Bashir à Corte. O Sudão não ratificou o Estatuto de Roma e tampouco decidiu submeter a questão para a apreciação do Tribunal, sob a possibilidade de jurisdição *ad hoc*.[43]

O Conselho de Segurança da ONU, no entanto, segundo suas atribuições, descritas no Capítulo VII, da Carta de São Francisco, denunciou o caso ao TPI, que, portanto, adquiriu competência para julgá-lo (art. 13, *b*, do Estatuto de Roma). Porém, muitos países se colocaram contra essa decisão, pois, para eles, ela representava uma tentativa de intervenção dos países da Europa e, sobretudo, dos EUA, no continente africano. Desde a criação e entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional não há sequer um caso que não se refira a um país africano. Assim, a União Africana passou a incitar, em reiteradas declarações, a não cooperação de seus membros com o TPI, sobretudo no que concerne ao mandado de prisão de Al Bashir, o qual não foi respeitado nem pelos países africanos, nem pelo próprio presidente. Tal atitude foi apoiada pela Venezuela chavista, que convidou Al-Bashir para lhe fazer uma visita oficial como chefe de Estado. Consequentemente, o referido mandado não foi sequer respeitado pelos países da região (quanto mais pelos que não são fronteiriços), o que implica a desmoralização da efetividade da Corte.

---

42. TPI. Seção de Instrução. Decisão sobre o caso ICC-02/05-01/09, de 04.03.2009.

43. O Tribunal tem jurisdição em qualquer das situações especificadas nos arts. 12 e 13 do Estatuto de Roma (1. quando a pessoa acusada de cometer o crime é nacional de um Estado-parte; 2. quando o crime tiver ocorrido no território de um Estado-parte; 3. quando a situação for mencionada à Corte pelo Conselho de Segurança; 4. se um Estado-não-parte aceitar a competência do Tribunal para o julgamento de um determinado caso).

Outro ponto controvertido cuida da possibilidade de intervenção de terceiros, como *amicus curiae*, nos procedimentos da Corte. No caso Al-Bashir, duas organizações intervieram a favor do presidente a respeito das acusações de genocídio. Pleitearam o direito de participar de integrar a lide, baseando-se na regra do art. 103, das Regras de Procedimento e Prova, no TPI:[44] "*Amicus curiae* y otras formas de presentar observaciones: 1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente. 2. El Fiscal y la defensa tendrán la oportunidad de responder a las observaciones formuladas de conformidad con la subregla 1. 3. La observación escrita que se presente de conformidad con la subregla 1 será depositada en poder del Secretario, que dará copias al Fiscal y a la defensa. La Sala fijará los plazos aplicables a la presentación de esas observaciones.

Ter-lo-iam feito a fim de auxiliar, primeiramente, a Seção de Instrução a decidir se existiam evidências suficientes para emitir um mandado de prisão contra a presidente do Sudão, e, logo, para auxiliar a Seção de Recursos a decidir sobre o tema, vez que o Procurador apelou da decisão (de 04 de março de 2009)[45] que denegou o pedido que requeria uma ordem de prisão contra o réu.

Duas organizações, SWTUF (*Sudan Workers Trade Unions Federation*) e SIDG (*Sudan International Defence Group*), alegaram que, de acordo com os materiais e testemunhos de *experts* e membros da sociedade civil sudanesa, não existiria uma base razoável para acatar as acusações do promotor sobre genocídio, seguindo o voto da maioria dos juízes da Seção de Instrução. Alegam não possuir qualquer vínculo com o presidente do Sudão e que as acusações que são impostas a ele prejudicariam o processo de paz no país, gerando efeitos negativos para a população.

A Seção de Instrução denegou o pedido, com base na alegação de que os problemas apontados no requerimento das organizações somente poderiam ser avaliados no momento em que se tornassem extremamente relevantes para o

44. TPI. *ICC-ASP/1/3*. Dispõe sobre os procedimentos de provas e evidências na Corte. Disponível em: [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F1E0AC1C-A3F3-4A3C-B9A7-B3E-8B115E886/140164/Rules_of_procedure_and_Evidence_English.pdf]. Acesso em: 10.01.2012.

45. HOLANDA. Tribunal Penal Internacional. Decisão da Seção de Instrução sobre o caso ICC-02/05-01/09, de 04.03.2009. Disponível em: [www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf]. Acesso em: 02.02.2012.

interesse da Justiça e o tema estivesse sendo analisado pela Seção de Recursos. Logo, não teria poder para decidi-lo, porquanto o caso já não estava mais sob sua análise – o assunto foi decidido em 04.03.2009 e o requerimento para intervenção de terceiros foi feito em 20.07.2009.[46]

Em face de tal decisão, as organizações levaram a juízo outro requerimento de intervenção como *amicus curiae*, desta vez na *Seção de Recursos*, a qual foi julgada procedente em 18.09.2009. Permitiu-se, pois, sua contribuição com dados relevantes para o processo a fim de formar a convicção dos juízes.[47]

Por fim, cabe mencionar a denegação, por parte da *Seção de Instrução*, do mandado de prisão de Al-Bashir no que reputa às acusações de genocídio.

O art. 6.º, do Estatuto de Roma, define "genocídio" como:[48] Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos *atos* que a seguir se enumeram, *praticados com intenção de destruir*, no todo ou *em parte, um grupo nacional, étnico*, racial ou religioso, enquanto tal: (a) *Homicídio de membros do grupo*; (b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; (c) *Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física*, total ou *parcial*; (d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; (e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro ("destaque do original").

O promotor alegou haver encontrado indícios suficientes de materialidade de que houve uma carnificina e submissão intencional das etnias *Fur*, *Masalit* e *Zaghawa* a condições de existência que acarretaram sua destruição física parcial (em campos de concentração). Ditos indícios seriam suficientes para a emissão do mandado, com fulcro no art. 58(1), do Estatuto de Roma:[49] 1. A todo o momento após a abertura do inquérito, o Juízo de Instrução poderá, a pedido do Procurador, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as *provas* ou outras informações *submetidas pelo Procurador*, considerar que: a) Existem *motivos suficientes* para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal (destaque do original).

Faz-se mister salientar que, no momento da expedição do mandado de prisão, o dispositivo legal faz menção à existência de um motivo razoável, e não

46. HOLANDA. Tribunal Penal Internacional. Decisão da Seção de Instrução sobre o caso ICC-02/05-01/09, de 09.09.2009. Disponível em: [www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc817795.pdf]. Acesso em: 02.02.2012.

47. Idem.

48. TPI. *Estatuto de Roma*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm]. Acesso em: 15.03.2010.

49. Idem.

de um motivo substancial (art. 61.7[50] – a fim de confirmar as acusações) ou de nenhuma dúvida (art. 66.3[51] – a fim de formar uma convicção).

Segundo analisou a *Seção de Recursos*, a *Seção de Instrução* equiparou "motivos razoáveis" às "suspeitas razoáveis" descritas na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 5.1.c).[52] A Corte Europeia, sem embargo, interpretou a referida norma como "existência de fatos que levam a crer que a pessoa possa haver cometido o crime".[53] Portanto, não é necessário que seja certo que o acusado tenha cometido o crime.

Ademais, segundo o art. 82.1.d,[54] do mesmo texto legal, a *Seção de Recursos* pode confirmar, reverter ou emendar uma decisão que tenha sido submetida à apelação (art. 158.1, das Regras de Procedimento e Prova).[55] Assim, baseando-se em tal norma, a *Seção de Recursos* ordenou a revisão das provas apresentadas pelo promotor, pois a *Seção de Instrução* as havia analisado de modo distinto ao que o Estatuto exige naquela fase do processo – não as analisava como "motivos razoáveis para concluir sobre a existência de um determinado fato", mas visava à "inexistência de dúvidas", visava que de tal análise não pudesse haver outra conclusão possível, senão a de que houve um genocídio e que Al-Bashir foi o responsável (portanto, provas concretas de materialidade e autoria). A *Seção de Instrução* teria cometido um erro de direito em sua análise sobre as informações providas pelo promotor.[56]

Em 08.07.2011, após o plebiscito que alcançou a aprovação de mais de 99% da população, houve a separação entre o norte e o sul do país,[57] o que foi visto

50. Idem.

51. Idem.

52. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Human Rights*. Dispõe sobre direitos humanos no território europeu. Disponível em: [www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a/0/englishanglais.pdf]. Acesso em: 20.02.2012.

53. REINO UNIDO. *Fox v. U.K. 1990 (12244/86) § 32*. Disponível em: [www.unodc.org/tldb/pdf/CASE_OF_FOX_2C_CAMPBELL_AND_HARTLEY_v._THE_UNITED_KINGDOM.doc]. Acesso em: 12.01.2011.

54. TPI. *Estatuto de Roma* cit.

55. Idem.

56. A audiência que terá como escopo reavaliar as provas e, possivelmente, emitir o mandado de prisão contra o presidente sudanês pelas acusações de genocídio ainda não ocorreu. Enquanto isso, Al-Bashir permanece foragido e impune das acusações de crime contra a humanidade e crime de guerra.

57. BBC. *Sudão se torna o mais novo país do mundo*. Disponível em: [www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/07/110708_sudao_do_sul_independencia_mm.shtml]. Aces-

como um ponto positivo para a pacificação do conflito (antes interno), uma vez que Al-Bashir não teria mais controle sobre a região e deveria, neste caso, declarar guerra e iniciar um conflito internacional com a recém-criada Nação. As etnias que habitam a região teriam mais autonomia, pois.

Feita esta pequena introdução para que o leitor compreenda as particularidades do caso, passar-se-á a intepretá-lo de acordo com as teorias supra citadas. Como visto, Al-Bashir violou uma série de regras internacionais no conflito interno que se deu no Sudão durante o seu governo. Cometeu crimes internacionais da mais alta gravidade e teve o respaldo de potências de grande influência na política mundial. Ademais, esvaiu-se do julgamento de uma corte internacional, contando com o apoio de diversos líderes mundiais e órgãos regionais, o que, em última análise, significa não só o desrespeito a uma decisão do Conselho de Segurança, mas, principalmente, da Carta da ONU. Podem as instituições executar suas regras, pois, ou carece o Direito Internacional de efetividade, vez que dependente de jogos de poder?

Ora, analisando-se o caso acima, é nítido o papel que o voluntarismo político desempenha para a efetivação do Direito Internacional. Aplicando-se as teorias previamente esboçadas, verifica-se que, primeiramente, o Sudão não quis abrir mão de sua soberania e submeter-se à jurisdição do TPI, nem sob a forma de tratado, nem sob a forma *ad hoc*. Partindo-se do pressuposto racional dos ganhos em longo prazo, tem-se que o país realmente não o faria, pois os custos são mais altos que os lucros, isto é, a pacificação social e a proteção das vítimas são menos vantajosas que os interesses internos escusos. Os tratados são compromissos "de peso" que o Estado assume na arena internacional e deve evitar seu descumprimento, a fim de preservar a sua imagem. No caso em questão, há que se lembrar que o Estatuto de Roma foi amplamente debatido (e não ratificado por alguns países) antes de que entrasse em vigor; a final, as próprias autoridades que ratificam o tratado podem encontrar-se, no futuro, no banco dos réus. Portanto, desejam uma margem de manobra sem que sejam acusados de crimes internacionais.

Veja-se o caso Al-Bashir: o Sudão viveu uma ditadura desde 1993, e o fato de que seu presidente poderia ser processado e julgado por uma corte internacional não só implica uma piora na sua imagem na cena internacional (vez

---

so em: 13.03.2013. Um plebiscito interno demonstra a relevância da articulação da sociedade civil e sua ascensão como ator internacional, vez que a separação enseja a figura da "secessão de Estados" no Direito Internacional. Entretanto, é também aqui possível identificar as perspectivas realista e transnacional dado o apoio de determinadas potências estrangeiras que possuem interesses econômicos na região.

que o país não teria condições de manter a ordem interna), como também uma mudança de governo, alterando os jogos de poder existentes no interior do Estado (como se vê, vários setores da população apoiam o presidente) e entre nações (haja vista os interesses econômicos chineses e a promulgação do relatório que descaracterizava como "genocídio" os atos cometidos em Darfur). O fato de que uma empresa chinesa detém grande porcentagem de ações da maior refinaria de petróleo do Sudão e de que várias outras fizeram grandes investimentos neste país explicaria, sob a ótica transnacionalista, o posicionamento do governo chinês, dada a pressão realizada por estes novos atores internacionais (*lobby*, corrupção, incentivos e ameaças). Ademais, segundo a ideologia idealista, as autocracias vão à guerra e estão menos dispostas a acatar as decisões internacionais.

Já segundo a perspectiva realista, é digna de nota a atitude adotada pela União Africana de incitar a não cooperação com o Tribunal Penal Internacional. O Direito Internacional Penal, neste caso, poderia estar sendo utilizado como instrumento de poder para atingir fins egoísticos, vez que a instauração de um novo governo mais complacente com os objetivos de grandes potências, sobretudo no que concerne à conquista do petróleo, facilitaria tal empreitada; o que vai ao encontro da perspectiva marxista de "centros e periferias de poder" e do Direito como instrumento de dominação.

Os Estados africanos, recém-saídos da colonização e com uma industrialização recente ou inexistente, em sua maioria, possuem igualdade de direito, mas não de fato com os países ocidentais. Os membros da União Africana permanecem aquém na escala do desenvolvimento, uma vez que não possuem os mesmos recursos econômicos que seus colonizadores, pois produzem pouco e seu poder de troca comercial é baixo, normalmente dependente, no melhor dos casos, de uma única *commodity*. São, porém, ricos em recursos naturais, como é o caso do Sudão. Os países desenvolvidos obrigar-lhes-iam, portanto, a seguir tais regras internacionais e a aderir a elas (inclusive às decisões), pressionando-lhes. Porém, muitas vezes, nem sequer aqueles as obedecem. As instituições internacionais, como o TPI, seriam, pois, criadas segundo os interesses dos países ocidentais, a fim de manter o bom funcionamento da economia capitalista (substituição de Bashir por um governo mais complacente com os interesses ocidentais). A Escola da Dependência explicaria, portanto, a atitute adotada pela União Africana no caso em questão e também o fato de que todos os casos sob a atual jurisdição do Tribunal referirem-se a Estados africanos, a despeito da gravidade dos crimes cometidos por algumas potências ocidentais, como os EUA.

Ademais, Al-Bashir obedece o Direito Internacional quando lhe é conveniente. A Teoria Realista Moderada relembra que é o governante quem decide uma estratégia militar que buscará os melhores interesses da Nação. Há que se ter em mente, ainda, que o Estado é comandado por um governante, que irá decidir sobre que tipo de interesse constitui o interesse nacional. Iniciar um ataque contra os rebeldes de Darfur, uma região rica em recursos naturais que é fonte de investimentos estrangeiros, representa a manutenção dos interesses nacionais de ganhos econômicos constantes. O fato de que tal ataque contraria regras internacionais torna-se irrelevante, pois escolheu-se desrespeitá-las naquele momento; elas não garantem os interesses nacionais neste caso.

Hoje em dia, porém, não há que se falar em Realismo Extremo. Os países não podem adotar uma posição isolacionista e tomar atitudes unilaterais com vistas à obtenção dos máximos lucros, como o faziam antes da Segunda Guerra Mundial, primeiramente, para preservar a sua segurança (uma série de regras criadas pelos centros de poder e obedecidas pela periferia, com vistas a sua autopreservação), e, em segundo lugar, para preservar a sua imagem e, consequentemente, seu poder no cenário internacional.

O caso Al-Bashir demonstra, ainda, que a funcionalidade do Conselho de Segurança como autoridade central, capaz de impedir o recurso à violência armada por seus membros, é questionável. O art.43 da Carta da ONU carece de efetividade, uma vez que a criação de tropas da própria organização tornou-se impossível com a Guerra Fria. Todo o sistema depende da vontade dos Estados: 1) para o uso da força – autorização restrita aos cinco membros permanentes com direito a voto[58] –; 2) para o envio de tropas – carente de suas próprias forças armadas, a instituição necessita da cooperação dos Estados que queiram realizar tais operações;[59] o que, muitas vezes, diminui a capacidade de atuação da organização, vez que esta não pode intervir em todos os conflitos. A possibilidade da existência de um genocídio na região foi, por muito tempo, neglicenciada por outros atores internacionais, e os capacetes azuis só foram enviados quando a opinião pública fez forte pressão frente à escalada dramática da violência no conflito.

58. A despeito da manobra tomada pela organização com vistas a diminuir tais impasses políticos, a de delegar poderes ao Secretário Geral e Assembleia Geral para o uso da força, o que foi minado pelo voto chinês.

59. No caso da invasão do Haiti pelos EUA, por exemplo, após o golpe de Estado que derrubou o presidente Aristhide, os EUA só aceitaram intervir quando foram completamente desmoralizados pela inefetividade das sanções que foram impostas ao país invadido e também pela ameaça à sua segurança que representavam as grandes massas de refugiados que chegavam ao país invasor todos os dias.

A despeito da criação de um tribunal internacional e do julgamento dos réus neste, a Corte depende extritamente da cooperação dos membros para sua prisão. Não há uma polícia internacional capaz de executar suas decisões. Além disso, os membros não diretamente envolvidos devem entregar o réu (conforme o Estatuto de Roma) e são chamados a cooperar com a Resolução do Conselho de Segurança sobre Darfur (supracitada). Entretanto, a questão da imunidade penal dos chefes de Estado constitui um dilema – enquanto Al-Bashir for chefe de Estado do Sudão, os Estados não membros do TPI devem respeitar sua imunidade enquanto tal e não entregá-lo ao tribunal (ou estariam infringindo uma regra de Direito Internacional) ou devem respeitar a autoridade do Conselho de Segurança e a Carta da ONU? Não existe posição majoritária sobre o assunto, o que demonstra uma dificuldade ainda maior em efetivar o Direito Penal Internacional. Em última análise, as decisões internacionais são modeladas de acordo com os interesses nacionais, conforme explicam os realistas.

Neste caso, ainda segundo a teoria realista, não teria havido uma coincidência entre a conduta nacional e as regras internacionais. O poder (advindo da preservação da imagem) não teve tanta importância, e a coerção dos outros atores para que a decisão fosse acatada não ocorreu, vez que muitos Estados se recusaram a cumprir o mandado de prisão (o que, implicitamente, revela apoio a Al-Bashir).

Ainda segundo a perspectiva racional, a obediência ao mandado de prisão internacional de Al-Bashir significaria a criação de um precedente internacional no continente; o que autorizaria a ingerência de Estados no território e também que tais ditaduras (presentes em um vasto número de membros da região) fossem derrubadas.[60] Tal qual a Asean durante a revisão do Mianmar na 10.ª Sessão do UPR no Conselho de Direitos Humanos, os membros da União Africana se negaram a cumprir a decisão do TPI, apoiando o Sudão, acusando os outros membros de haverem desrespeitado o princípio da autodeterminação dos povos, e, posteriormente, denunciando o tratado.

O caso sob escrutínio demonstra, todavia, a inaplicabilidade da teoria idealista para explicar a efetivação do Direito Penal Internacional. Ora, se houvesse grande interesse pela cooperação, bem comum e a paz mundial, o genocídio e crimes contra humanidade em Darfur não teriam ocorrido, uma vez que todos

60. O mesmo se aplica à Venezuela – a qual, a despeito de não ser fronteiriça ao Sudão (como outros membros da União Africana), faz parte do Movimento dos "Não Alinhados" e vislumbra a política ocidental como uma política de neocolonização.

os países teriam movido-se contra Bashir. Mais ainda, teriam feito todo o possível para que ele fosse preso e enfrentasse o julgamento, conforme a decisão da Corte. Ao invés disso, solicitaram que o mandado não fosse cumprido e convidaram o réu para visitas oficiais.

Fica nítido, portanto, que tal efetivação é dependente de jogos de poder (imagem e poder de barganha), o que pode ser modificado somente com a pressão da opinião pública (i.e. política de *name and shame*) ou de atores privados (lobby de corporações, e.g.), conforme estipula a teoria de Koh, abordada no princípio deste artigo ("coincidence to conformity to compliance to obedience").

No entanto, precípuo se faz atentar que não só a função primeira do sistema de proteção dos Direitos Humanos (que é a de proteger as vítimas), como a função da pena (ou, nesse caso, do mandado de prisão preventiva) no processo de responsabilização criminal foram desrespeitadas, como se esvaziou todo o seu sentido, e, quedaram sem aplicabilidade prática. Dessa feita, em última análise, é notável a importância do voluntarismo político – pautado em uma série de jogos de poder – para a efetivação do Direito Internacional Penal e proteção dos Direitos Humanos. As vítimas e os seres humanos, em geral, não estão protegidos se este não for o interesse dos Estados e só criminosos permanecem impunes, conforme se discutirá no próximo tópico.

4. EM QUE MEDIDA O DIREITO INTERNACIONAL PENAL E O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS SÃO INFLUENCIADOS PELO VOLUNTARISMO POLÍTICO DOS ESTADOS?

Conforme se discorreu no tópico anterior, o voluntarismo político é um fator determinante para a efetivação do Direito Internacional Penal e, assim, para que os violadores de Direitos Humanos sejam punidos e os seres humanos tenham suas garantias fundamentais respeitadas (sobretudo, as vítimas); o que destaca, pois, a sua dependência, que, muitas vezes, acarreta inefetividade.

A despeito do aumento do poder de influência da sociedade civil nos processos de *decision-making* e *decision-taking*, os Estados remanescem como os grandes atores no cenário internacional. Um exemplo da disparidade nessa participação é o *Universal Periodic Review* no Conselho de Direitos Humanos. Durante as reuniões em que se discute a situação dos Direitos Humanos em um determinado país (podendo-se fazer críticas, elogios e recomendações), as ONGs e as instituições nacionais – que muitas vezes estão mais próximas do quotidiano social e são desprovidas de interesses avessos ao bem comum – não têm, nem sequer, poder de voz. A participação de tais instituições também é

diminuta quando nas decisões tomadas em órgãos internacionais: 1) durante as reuniões do *Advisory Committee* do Conselho de Direitos Humanos, por exemplo, somente as ONGs de grande porte, que dispõem de mais recursos, são capazes de estarem presentes, dados os altos custos com a viagem e a dificuldade de penetrar no sistema onusiano; 2) durante o processo que pode ser iniciado pelo próprio indivíduo nos *Treaty-Bodies*, não há possibilidade de diálogo entre a vítima e o julgador. Tal contato só ocorre durante a oitiva das testemunhas e do depoimento pessoal, sendo que as alegações deverão ser ofertadas antes desta fase do processo e por escrito; 3) os Comitês e Tribunais internacionais são estabelecidos, em sua grande maioria, por meio de tratados que, em última análise, ficam a cargo do poder decisório do Estado; 4) as vítimas ainda encontram grandes dificuldades para pleitear suas queixas em tribunais internacionais, em virtude dos custos elevados das medidas, da demora das decisões e dos requisitos formais exigíveis para tanto (como o princípio do esgotamento dos recursos internos).

Em situações pós-conflito (como a vasta maioria dos casos analisados pelo TPI), é importante, com o intuito de promover a pacificação e a reconciliação dos diversos setores sociais, que se dê especial atenção à questão da memória (através da criação de arquivos nacionais, museus, monumentos, disciplinas escolares, e.g.) e da impunidade (por meio da punição dos violadores e da criação de comissões de verdade e justiça, v.g.). Dessa feita, a efetiva atuação dos sistemas de proteção internacional dos Direitos Humanos e de responsabilização internacional é condição *sine qua non* para que tal tarefa obtenha êxito.

A ausência de voluntarismo estatal também implica a perda da função da pena e o consequente esvaziamento do propósito existencial de um sistema de responsabilização criminal. Em outras palavras, anula-se o valor repressivo que delineia a essência do Direito Penal, ele não tem mais porque existir. Tomando-se qualquer das teorias de maior repercussão que, historicamente, abordaram a temática da função da pena, tem-se que todas elas padecem de sentido se as decisões não forem cumpridas: retributiva (o acusado não sofrerá nenhum mal), preventiva geral (a sociedade perderá sua fé no Direito e os potenciais criminosos não hesitarão em delinquir), preventiva especial (ninguém será ressocializado) e de simples manutenção do Direito Penal (suas regras e procedimentos – anulando a pena, não há como manter esta superestrutura).

Assim, os sistemas de proteção se veem atrelados em interesses ou boa-fé dos Estados em cumprir com o que é decidido em cortes internacionais e a sociedade permanece completamente desprotegida. Em última análise, mesmo a existência do Direito Internacional dos Direitos Humanos (tratados, con-

venções, Direito Costumeiro e *soft law*) e do Direito Internacional Penal está atrelada a tal voluntarismo.

Uma possível solução para diminuir a dependência de tais decisões em relação ao voluntarismo político dos Estados seria, portanto, o aumento da participação dos indivíduos (enquanto ONGs, instituições nacionais e associações) no processo decisório, facilitando seu acesso aos sistemas de proteção internacional dos Direitos Humanos e de responsabilização criminal, bem como diminuindo os custos envolvidos em tal acesso. Nesse sentido:[61] "En effet, si de moins en moins d'individus accordent un crédit automatique aux gouvernments en matière d'analyse et d'action internationale, et a *fortiori* si de plus en plus d'individus s'engagent directement ou sein d'acteurs collectifs non étatiques pour satisfaire leurs revendications, alors se multiplient toutes sortes de 'sphères d'autorité' et de 'formes de constitution politiques (*polities*) autres qu'étatiques".

5. CONCLUSÃO

O voluntarismo político dos Estados se desvela como elemento fundamental para a efetivação do Direito Internacional Penal e para o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Os motivos pelos quais um Estado pode vir a cumprir uma ordem de uma corte internacional ou de um órgão decisório podem variar desde a boa-fé e a busca pelo bem comum, e vale dizer, pela "Paz Perpétua", até a consecução de interesses egoísticos de uma nação ou de empresas transnacionais.

Desse modo, as vítimas e a sociedade, em geral, ficam desprotegidas quanto a violações de Direitos Humanos e os violadores permanecem impunes, ocasionando uma grave carência na existência e perpetuação de tal sistema protetivo (e mesmo das normas de Direito Internacional Penal e Direitos Humanos).

Cumpre que a sociedade civil, por meio da opinião pública, imponha pressão nos Estados para que estes cumpram as decisões proferidas no âmbito internacional e que esta tenha sua capacidade de participação aumentada, a fim de que se torne um ator de peso nos fóruns e *decison-bodies* internacionais.

Desse modo, a questão que se coloca é a de saber se: estaríamos dispostos a participar ativamente do processo decisório e diminuir o papel desempenhado pelo Estado (e sua soberania) – que muitas vezes, por meio de seus interesses

61. BATTISTELLA, Dario. Op. cit., p. 211.

egoístas, promove o bem-estar social – em prol dos Direitos Humanos e da responsabilização penal de criminosos de guerra?

6. BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: a Report on the Banality of Evil*. Nova Iorque: Penguim Classics, 2006.

BATTISTELLA, Dario. *Théories des Relations Internationales*. Paris: Presses de Sciences Po, 2006.

BBC. *Sudão se torna o mais novo país do mundo*. Disponível em: [www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/07/110708_sudao_do_sul_independencia_mm.shtml]. Acesso em: 13.03.2013.

BOUCHET-SAULNIER, Françoise. *Dictionnaire Pratique Du Droit Humanitaire*. Paris: La Découverte, 2006.

BURTON, John. *World Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972.

CAMARGOS, Wladimyr Vinicius de Moraes. *Desterritorialização do direito: Voluntarismo estatal e esfera pública global*. Disponível em: [www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewFile/9856/6732]. Acesso em: 20.06.2010.

CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: _____; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 3-24.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*. São Paulo: Unesp, 2004.

CIJ. *Statute of the International Court of Justice*. Dispõe sobre a composição e funcionamento da Corte. Disponível em: [www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0]. Acesso em: 02.10.2011.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. *Res. 827, de 25.05.1993*. Dispõe sobre a criação de Tribunal Internacional para crimes cometidos no território da ex-Iugoslávia. Disponível em: [www.nato.int/ifor/un/u930525a]. Acesso em: 02.10.2011.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. *Res. 955, de 08.11.1994*. Dispõe sobre a criação de Tribunal Internacional para crimes cometidos no território de Ruanda. Disponível em: [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement]. Acesso em: 02.10.2011.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Human Rights*. Dispõe sobre direitos humanos no território europeu. Disponível em: [www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a/0/englishanglais.pdf]. Acesso em: 20.02.2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A influência do direito comparado sobre a atividade dos Tribunais Penais Internacionais*. In: _____; CASSESE, Antonio. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 105-149.

BBC. South Sudam referendum: 99% vote for independence. Disponível em: [www.bbc.co.uk/news/world-africa-12317927]. Acesso em: 21.01.2011.

EUA. *USA Patriot Act of 2001*. Dispõe sobre a punição e detenção de atos terroristas nos Estados Unidos e ao redor do mundo, para aumentar as ferramentas de investigação policial e outros propósitos. Disponível em: [www.fincen.gov/statutes_regs/patriot/index.html]. Acesso em: 02.10.2011.

FRULLI, Micaela. O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 269-327.

HOLANDA. Tribunal Penal Internacional. ICC-02/05-01/09 (*Prosecutor vs. Omar Al-Bashir*). Disponível em: [www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/icc02050109?lan=fr-FR]. Acesso em: 13.03.2013.

HOLANDA. Tribunal Penal Internacional. Decisão da Seção de Instrução sobre o caso ICC-02/05-01/09, de 04.03.2009. Disponível em: [www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf]. Acesso em: 02.02.2012.

ICJ REPORTS. *Caso Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd – 2.ª fase, Bélgica v. Espanha*. Julgamento de 05.02.1970 (parágrafos 33 e 34). Disponível em: [www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf]. Acesso em: 13.03.2013.

KIRSCH, Philippe. *A Corte Penal Internacional perante a soberania dos Estados*. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 25-33.

KOH, Harold Hongju. *How is International Human Rights Law enforced?* Disponível em: [www.law.indiana.edu/ilj/volumes/v74/no4/koh.pdf]. Acesso em: 07.01.2011.

KUBALKOVA, Vendulka. *Marxism and international relations*. Oxford: Clarendon, 1985.

MCLEAN, Iain; MCMILLAN, Alistair. *Concise Dictionary of Politics*. Nova York: Oxford University Press Inc., 2003.

MORAVCSIK, Andrew. Taking preferences seriously. A liberal theory of international politics. *International Organization*, 51(4), outono, 1997.

MORGENTHAU, Hans. *Scientific Man vs. Power Politics*. Chicago: Chicago University Press, 1946.

ONU. *Convenção de Viena de 1969*. Dispõe sobre normas para o Direito dos Tratados. Disponível em: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf]. Acesso em: 02.10.2011.

ONU. *Resolution 1564, de 18 de setembro de 2004*. Dispõe sobre a situação do Sudão. Disponível em: [www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/RES/1564%282004%29]. Acesso em: 13.03.2013.

ONU. *Resolution 1593, de 31 de março de 2005*. Dispõe sobre a situação do Sudão. Disponível em: [www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=s/res/1593%282005%29]. Acesso em: 13.03.2013.

ONU. *Resolution 1706, de 31 de agosto de 2006*. Dispõe sobre a situação do Sudão. Disponível em: [www.un.org/docs/sc/unsc_resolutions06]. Acesso em: 13.03.2013.

PETERSEN, Niels. *How rational is International Law?*. Disponível em: <http://ejil.org/article.php?article=1931&issue=93>. Acesso em: 15.01.2011.

PETTY, Martin. *Chinese investment in Myanmar top $8bln this year*. Reuters, 16.08.2010. Disponível em: [http://thestar.com.my/news/story.asp?file=/2010/8/16/worldupdates/2010-08-16T155546Z_01_NOOTR_RTRMDNC_0_-508689-1&sec=Worldupdates]. Acesso em: 20.01.2011.

REINO UNIDO. *Fox v. U.K. 1990 (12244/86) § 32*. Disponível em: [www.unodc.org/tldb/pdf/CASE_OF_FOX_2C_CAMPBELL_AND_HARTLEY_V._THE_UNITED_KINGDOM.doc]. Acesso em: 12.01.2011.

REUTERS ALERTNET. *Looking to water to find peace in Darfur*. Disponível em: [www.alertnet.org/db/blogs/1265/2007/06/30-100806-1.htm]. Acesso em: 20.01.2011.

SUR, Serge; COMBACAU, Jean. *Droit International Public*. Paris: Montchréstien, 2006.

TODOROV, Tzvetan. *Os limites da justiça*. *In* Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Barueri: Manole, 2004. p. 35-47.

TPI. *Estatuto de Roma*. Disponível em: [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf]. Acesso em: 15.03.2010.

TPI. *ICC-ASP/1/3. Dispõe sobre os procedimentos de provas e evidências na Corte*. Disponível em: [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F1E0AC1C-A3F3-4A3C--B9A7-B3E8B115E886/140164/Rules_of_procedure_and_Evidence_English.pdf]. Acesso em: 10.01.2012.

VABRES, Henri Donnedieu de. *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*. Paris: Panthéon-Assas, 2004.

WIKIPEDIA. *Conflito de Darfur*. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Conflito_de_Darfur]. Acesso em: 12.12.2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direitos humanos e o direito internacional penal, de Hélvio Simões Vidal, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, organizada por Flávia Cristina Piovesan e Maria Garcia, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 6, p. 727;
- Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, de Kai Ambos, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, organizada por Flávia Cristina Piovesan e Maria Garcia, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 6, p. 817;
- Jurisdição penal internacional: das origens ao Tribunal Penal Internacional, de Ivan Luiz da Silva, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, organizada por Valerio de Oliveira Mazzuoli, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 3, p. 779;
- O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI, de Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, organizada por Valerio de Oliveira Mazzuoli, São Paulo, Ed. RT,2012, vol. 3, p. 1045; e
- Tribunal Penal Internacional, de Sylvia Helena F. Steiner, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, organizada por Valerio de Oliveira Mazzuoli, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 3, p. 1029.

A GARANTIA PROCESSUAL PENAL DA PUBLICIDADE À LUZ DAS CORTES EUROPEIA E AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

2

Criminal procedural guarantee of publicity according to the european and the american court of human rights

MÁRCIO ADRIANO ANSELMO

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Ciência Policial e Investigação Criminal pela Caesp/ANP e em Direito do Estado pela UEL. Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Delegado de Polícia Federal e Professor universitário.

ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO

Defensora Pública do Estado de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a garantia processual penal da publicidade na visão das Cortes Europeia e Americana de Direitos Humanos, com observações acerca de como essas Cortes interpretam concretamente a garantia processual em análise. Foram selecionados casos em que as Cortes se manifestaram sobre o tema, que, devidamente analisados, permitiram conhecer a posição concreta das Cortes sobre tal garantia processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade - Garantia processual penal - Corte Europeia de Direitos Humanos - Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article aims at analyzing the criminal procedural guarantee of publicity according to the European and the American Court of Human Rights, focusing on how both Courts interpret the publicity. Cases in which both Courts have manifested opinions concerning the publicity have been selected and studied. An analysis made has led to the specific position of each Court regarding the guarantee of publicity.

KEYWORDS: Publicity - Criminal procedure guarantee - European Court of Human Rights - American Court of Human Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a publicidade como garantia processual penal - 2. A publicidade na Convenção Interamericana de Direitos Humanos: 2.1 O Caso Castillo Petruzzi x Peru; 2.2 O Caso Cantoral Benavides x Peru; 2.3 O Caso Lori Berenson x Peru; 2.4 O Caso Palamara Iribarne x Chile; 2.5 A publicidade na apreciação concreta da Corte - 3. A publicidade na visão da Corte Europeia de Direitos Humanos: 3.1 O direito à realização de uma audiência e o direito de presença; 3.2 O direito de participação efetiva na audiência; 3.3 O direito à publicidade da audiência; 3.4 O direito à publicação da decisão - 4. Conclusão - 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A PUBLICIDADE COMO GARANTIA PROCESSUAL PENAL

Beccaria,[1] em conhecida frase, escrita há mais de dois séculos, já dizia: "Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del reato, para que la opinión, que acaso es sólo el cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos (...)".

Segundo Ada Grinover,[2] a publicidade:

"(...) consiste uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade de exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos Magistrados, do Ministério Público e dos defensores."

Por outro lado, conforme coloca Antonio Scarance,[3] a garantia, embora assegure a transparência da atividade jurisdicional, pode sofrer alterações com objetivo de proteger os interesses relevantes no processo.

A publicidade consiste em garantia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, prevista genericamente no art. 5.º, LX, da CF/1988, ao dispor que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". Há, ainda, na Constituição, a previsão dos arts. 93, IX, e 37, da CF/1988 que asseguram a publicidade dos atos de Poder Judiciário e da Administração Pública em geral.

---

1. BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Trad. Juan Antonio de las Casas. Madrid: MDCCLXXIV. p. 71.
2. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Dos princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1975. p. 130-131.
3. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 67.

Conforme bem aponta Rogério Lauria Tucci,[4] a garantia foi incorporada pela atual Constituição, uma vez que o tema anteriormente era tratado apenas no Código de Processo Penal.

Pois bem, além do mandamento constitucional, a publicidade é prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos,[5] que, tratando das garantias processuais penais, dispõe que "o proceso penal debe ser público, salvo no que seja necessário para preservar os interesses da justiça".

Há, ainda, explícitas e detalhadas regras sobre a publicidade na Convenção (Europeia) para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6.º, 1).

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a garantia processual da publicidade, à luz das cortes internacionais de direitos humanos. O presente trabalho enfocará os posicionamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos na interpretação da referida garantia, dando-lhe, portanto, a concretude da análise casuística.

Ademais, figura de extrema relevância o conhecimento da interpretação das Cortes internacionais a que o país pode ser submetido, a partir dos casos concretos, conforme bem pontuado por André de Carvalho Ramos,[6] uma vez que, submetido à sua jurisdição, o Brasil pode ser condenado por violações de direitos humanos.

2. A PUBLICIDADE NA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos consiste em documento firmado no âmbito da Organização dos Estados Americanos, aprovado na Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos, realizada em San José da Costa Rica, em 1969, tendo recebido o nome de "Pacto de San José da Costa Rica".

4. TUCCI, Rogério Lauria. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 247.

5. Conforme art. 8, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969, internalizado no Brasil por meio do Dec. 678, de 06.11.1992.

6. RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. vol. 1. p. 809.

André de Carvalho Ramos[7] destaca que, ao passo que a Convenção Europeia de Direitos Humanos tinha por base demonstrar sua diferença com ditaduras, "a Convenção Americana nasceu do esforço das ditaduras em demonstrar sua semelhança com Estados Democráticos".

E o contexto político vivido pela América na época pode ser evidenciado nos casos estudados no presente artigo, que demonstram maciça violação das garantias previstas na Convenção, sobretudo a partir de leis de exceção.

Conforme aponta Hitters,[8] a Convenção se ocupa com as garantias processuais mínimas que devem imperar nos países signatários, destacando que as mesmas não se destinam a regular o trâmite do processo internacional, mas sim o processo interno, cujo descumprimento implica em responsabilidade internacional. Ainda segundo o autor, tais garantias não se destinam apenas ao processo penal, mas também para os civis, trabalhistas, administrativos etc.

O texto das garantias processuais ocupa o art. 8.º da Convenção, descrevendo um amplo rol de garantias que vão desde o direito ao prazo razoável, direito ao conhecimento da acusação, direito à defesa, até o direito à publicidade do processo, conforme se pode observar no texto:

"Artigo 8.º Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

---

7. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 202.

8. HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1993. t. II, p. 143-144.

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. *O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça"* (destaques nossos).

Tais garantias têm por escopo dar concretude ao direito de acesso à Justiça como direito fundamental. Hitters[9] aponta ainda que deve ser entendido por garantias o conjunto de instrumentos e preceitos que tem por objetivo alcançar a justiça da decisão através da independência e da imparcialidade do julgador.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, na Opinião Consultiva 8/1987,[10] ao tratar das garantias processuais, declarou que:

"As garantias servem para proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito. Como os Estados-partes têm a obrigação de reconhecer e respeitar os direitos e liberdades da pessoa, também têm de proteger e assegurar o seu exercício, através das respectivas garantias (art. 1.º(1)), vale dizer, dos meios idôneos para que os direitos e liberdades sejam efetivos em toda circunstância."

---

9. Idem, 145.

10. CIDH. Opinião Consultiva OC 8/1987, de 30 de janeiro de 1987 o *habeas corpus* sob a suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, parágrafo 25.

Portanto, conforme esclarece Sergio Garcia Ramirez,[11] "En el proceso acusatorio propio de una sociedad democrática rige el principio de publicidad, que implica cierta participación contralora del pueblo en la marcha de la justicia".

Em que pese o tema da violação das garantias processuais seja recorrente na Corte Interamericana de Direitos Humanos,[12] são considerados paradigmáticos com relação à violação da garantia da publicidade[13] os Casos Castillo Petruzzi x Peru, Cantoral Benavides x Peru, Lori Berenson x Peru e Palamara Iribarne x Chile.

2.1 O Caso Castillo Petruzzi X Peru

Os cidadãos chilenos Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi,[14] María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra e Alejandro Luis Astorga Valdez, foram presos na cidade de Lima/Peru, pelo Dincote (*División Nacional Contra el Terrorismo)* por pertencerem ao Movimento Revolucionário Túpac Amaru, acusado da prática de atos pelos quais lhes foram imputados o crime de traição à pátria.

Ocorrida durante o período de exceção em que viveu o Peru, sob a presidência de presidente Alberto Fujimori, diversas garantias processuais foram minimizadas, bem como instituído o julgamento de crimes contra a pátria por tribunais militares com "juízes sem rosto".

O processo penal era pautado por diversas restrições a garantias, sobretudo acesso à acusação, direito de defesa e publicidade. Castillo Petruzzi e os outros presos foram então condenados pelo crime de traição à pátria.[15]

---

11. RAMIREZ, Sérgio Garcia. El debido proceso en la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. p. 64. Disponível em: [www.ijf.cjf. gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf]. Acesso em: 12.06.2012.
12. É importante destacar que os casos objeto de análise perante a Corte em que seja tratada da violação às garantias processuais, via de regra, há violação não apenas de uma garantia, mas um conjunto de violações, como se observa nos casos citados.
13. Veja-se, por exemplo, os casos Suárez Rosero vs. Equador (12.11.1997), Loayza Tamayo vs. Peru (17.09.997), Hilaire, Benjamin e outros vs. Trinidad y Tobago (21.06.2002), Tibi vs. Equador (07.09.2004).
14. CIDH. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru (30.05.1999).
15. Dentre os diplomas legais vigentes à época nesse sentido, merecem destaque: Dec.-ley 24.150 (Normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las fuerzas armadas asumen el control del orden interno, en todo o en parte del territorio), entró en vigor el 08.06.1985; Dec.-ley 25.418 (Ley de Bases del Gobierno de Emergencia

Era recorrente a vedação ao acesso à investigação, que, no caso de Castillo, somente se deu no dia anterior a leitura da sentença de primeira instância.

O procedimento sumário de jurisdição militar neste tipo de delito não permitia ao defensor e ao acusado conhecerem as provas e acusações durante a instrução. Também não era permitido contra interrogar as testemunhas ou apresentar provas.

Uma vez proferida a sentença condenatória de primeira instância, houve recurso ao Conselho Supremo de Justiça Militar, também negado. Castillo Petruzzi foi mantido incomunicável por um ano no Estabelecimento Penal de Yanamayo, onde na época ficaram presos muitos dos "terroristas".

2.2 O Caso Cantoral Benavides X Peru

Cantoral Benavides,[16] na época estudante de Biologia em Lima, foi detido pelo Dincote (*División Nacional Contra el Terrorismo)* e processado pela justiça militar pelo crime de traição à pátria. Foi absolvido em duas oportunidades mas, por erro na execução da ordem de soltura, foi posto em liberdade seu irmão gêmeo.

Após seu advogado ter impetrado *habeas corpus* visando sua liberdade, o mesmo foi negado e suspensa, por sua vez, a ordem de soltura, em razão de recurso da acusação, recurso este não previsto na legislação processual penal à época.

Com o julgamento do recurso, o caso é transferido para a justiça comum, a partir da existência de novas provas – que consistiam em manuscrito cuja autoria era atribuída a Cantoral e, no qual havia um plano para instalação de explosivos.

Somente durante o processo no juízo comum o defensor de Cantoral teve acesso a cópias de tais manuscritos, bem como à perícia realizada. Solicitou a realização de nova perícia, que teve como resultado a negativa de autoria com relação a Cantoral dos manuscritos que lhe foram imputados.

Ainda assim foi condenado a vinte anos de prisão e a condenação mantida pelo tribunal superior. Sem alternativas, Cantoral pediu indulto e foi solto em junho de 2007, com o inconveniente de que, no caso do indulto, permaneciam seus antecedentes criminais.

---

y Reconstrucción Nacional, legislación general sobre el estado de emergencia del 05.04.1992), entró en vigor el 07.04.1992.

16. CIDH. Caso Cantoral Benavides *vs.* Peru (18.08.2000).

O caso foi apresentado à Comissão em 20.04.1994 e, em 08.05.1996 a Comissão expede o Informe 15-A/96, declarando o Peru responsável pelas violações arguidas e solicita providências.

Em 05.07.1996 o Peru apresenta resposta noticiando que ainda existiam recursos internos e que, portanto, a matéria não poderia ser apreciada pela Corte.

O caso é remetido à Corte em oito de agosto de 1996, quando o Peru apresenta sete exceções, julgadas em 03.09.1998. Em, 18.08.2000 é proferida a sentença de mérito, com a condenação do Peru pela violação de extenso rol de disposições da Convenção.

2.3 O Caso Lori Berenson X Peru

Lori[17] Berenson Mejia foi detida em 30.11.1995, em Lima, pelo Dincote, por colaborar com o Movimento Revolucionário Tupac Amaru (MRTA), reconhecido como o organização terrorista. Na ocasião da prisão, a casa em que ela alugava em Lima foi invadida e foram encontrados diversos membros do movimento, bem como grande arsenal em armas.

Acusada do crime de traição à pátria e julgada por um tribunal militar com juízes "sem rosto" conforme previa a legislação de exceção na época (Dec.-ley 25.659). Foi submetida a diversas sessões de tortura por agentes do Dincote e mantida presa na Casa de Detenção de Yanamaio, na região de Puno, em condições sub-humanas.

Em 12.03.1996, foi condenada à prisão perpétua por "traición a la patria". Houve Recurso de Revisão extraordinário e, em 18.08.2000, a sentença foi anulada pelo Conselho Supremo da Justiça Militar, tendo o caso sido remetido para o juízo comum.

Em 28.08.2000 houve novo julgamento de Lori, com sentença condenatória em 20.06.2001 pelo delito de colaboração com o terrorismo, ao qual foi condenada a vinte anos de prisão, sentença essa confirmada pela Corte Suprema de Justicia do Peru em 13.02.2002.

O caso de Lori tem particularidades, sobretudo no que tange à exposição que a mesma ganhou pelo governo junto a mídia, como por exemplo numa coletiva em que a mesma foi apresentada à imprensa em que gritava defendendo que o MRTA não era um movimento terrorista, mas sim revolucionário. O caso Lori, assim, apresenta um duplo enfoque da questão da publicidade, ou seja,

17. CIDH. Caso Lori Berenson Mejia x Peru.

além da questão da publicidade como garantia processual penal, apresenta também a questão da publicidade excessiva de sua imagem junto à imprensa.

2.4 O Caso Palamara Iribarne X Chile

Humberto Antonio Palamara Iribarne[18] era oficial da Armada Chilena (engenheiro contratado com natureza de cargo civil). No ano de 1992 escreveu um livro, com o título "Ética y servicios de Inteligencia", o qual buscava tratar da questão ética a partir dos serviços de inteligência militares.

O livro era composto por cinco capítulos: Capítulo I "La Inteligencia es Conocimiento y Organización"; Capítulo II "La Inteligencia es Actividad"; Capítulo III "Las Operaciones Especiales de Inteligencia"; Capítulo IV "La Contrainteligencia"; y Capítulo V "La Guerra Sucia".

No início de 1993 iniciou a impressão de mil exemplares da obra, tendo inclusive registrado o livro para garantir sua propriedade intelectual. Entretanto, as autoridades militares entenderam que, para a publicação do livro, haveria a necessidade de autorização dos superiores.

A legislação militar[19] da época previa a proibição de "todo miembro de la Armada o persona que se encuentre a su servicio, [de] publicar o dar facilidades para que se publiquen en la prensa, artículos que envuelvan una crítica a los servicios de la Armada, de organismos públicos o de gobierno", bem como em relação a "artículos que directa o indirectamente, se refieran a asuntos de carácter secreto, reservado o confidencial, temas políticos o religiosos u otros que puedan dar margen a una polémica o controversia en la que se pueda ver envuelto el buen nombre de la institución".

Por outro lado, havia a previsão de que:

"(...) el personal de la Armada podrá realizar publicaciones a la prensa a título personal, previo conocimiento y autorización de su Comandante o de la Autoridad Naval competente. En tiempo de guerra o cuando las circunstancias así lo exijan, la Comandancia en Jefe de la Armada podrá suspender o limitar esta autorización."

Em fevereiro de 1993 um superior determinou a Palamara que não poderia haver a publicação sem a devida autorização. Palamara solicitou então autorização formal, o que foi negada em 26.02.1993, uma vez que seu conteúdo

18. CIDH. Caso Palamara Iribarme x Chile.

19. Art. 89 de la Ordenanza de la Armada 487, de 21.04.1988.

atentava contra a "seguridad [nacional] y la defensa nacional". Palamara então decide publicar seu livro sem autorização.

Foi iniciado então um processo penal contra Palamara por desobediência e descumprimento de deveres militares, bem como uma investigação sumária pela prática de infrações administrativas.

Na investigação para apurar os crimes de desobediência e descumprimento de deveres militares, foi emitida uma ordem e apreendidos os exemplares do livro, bem como os modelos da gráfica e apagados os arquivos no computador pessoal de Palamara, o qual também teve sua prisão decretada.

O acusado foi processado por longo período sem tomar conhecimento da acusação, bem como não lhe foi facultado acesso pessoal ou ao seu defensor ao expediente no qual era investigado. Ainda durante o processo, Palamara recebeu nova acusação de desobediência em razão de ter se submetido a entrevista à imprensa.

Em 10.06.1996 Palamara é condenado. Após recorrer da condenação, a mesma é mantida em segunda instancia, tendo apenas a pena sido diminuída.

2.5 A publicidade na apreciação concreta da Corte

Conforme já exposto, o art. 8.º, 5.e, da Convenção estabelece que "o processo penal deve ser público, salvo no que seja necessário para preservar os interesses da justiça". Como bem recorda Palomo Vélez,[20] "los vicios que trae aparejados una justicia criminal secreta no fueron obviados por la Convención que, al tanto de la importancia de la trasparencia en la administración de justicia, dispuso la publicidad para los procesos criminales".

De acordo com Carbonel,[21] resulta contrário às previsões da Convenção a realização de processos sem acesso ao público, com segredo ou isolamento, em estabelecimentos carcerários ou militares.

No caso Castillo Petruzi, a Corte entendeu que:

---

20. VELEZ, Diego I. Palomo. Aportación de la convención americana de derechos humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: casos barrios altos y castillo petruzzi. *Ius et Praxis*. vol. 8. n. 2. Talca, 2002. Disponível em: [www.scielo. cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid =S0718-00122002000200009]. Acesso em: 22.06.2012.

21. CARBONEL, José Carlos Remotti. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos; estructura, funcionamento y jurisprudência*, Barcelona: Instituto Europeo de Derechos, 2003. p. 335.

"(...) la etapa de juicio debe ser pública, es decir, debe contar con asistencia del público en general y debe darse participación a los medios de comunicación social (...).

Este tipo de juicio debe ser también un juicio concentrado y con inmediación, lo que lleva necesariamente a que todo lo que pueda influir en la decisión judicial tiene que haberse practicado en presencia judicial, de modo que la decisión no puede atender sino a las alegaciones o a las pruebas hechas o practicadas ante el juez de sentencia y en audiencia pública."

Para a Corte, no caso dos processos de natureza militar em que os juízes e acusadores permanecem ocultos, conhecidos como "sem rosto" violam o devido processo legal. Além disso, a realização em recinto militar, que não possui acesso público, igualmente viola o direito à publicidade, uma vez que é notório o segredo e isolamento em que ocorreram os atos do processo.

No Caso Cantoral Benavides, igualmente, a Corte considerou que os procedimentos durante o seu julgamento violaram a garantia da publicidade, tanto no julgamento perante os tribunais militares, quanto no julgamento realizado no foro comum, em razão das condições estabelecidas pela legislação de exceção vigente na época (Dec.-ley 25.475 e 25.659), sobretudo em razão das audiências realizadas em recintos militares ou penitenciários, bem como com juízes, promotores e até advogados "sem rosto", sem qualquer presença pública nos atos processuais.

O art. 16 do Dec.-ley 25.475 peruano dispunha que o julgamento:

"(...) se llevará a cabo en los respectivos establecimientos penitenciários y en ambientes que reúnan las condiciones adecuadas para que los Magistrados, los miembros del Ministerio Público y Auxiliares de Justicia no puedan ser identificados visual o auditivamente por los procesados y abogados defensores."

No Caso Cantoral, várias audiências, mesmo no foro comum, foram realizadas no interior de estabelecimentos penitenciários, o que, no entendimento da Corte, não reúne as condições de publicidade previstas na Convenção.

Ademais, não foram apresentados pelo Estado qualquer informação ou argumento que demonstrasse a necessidade de restrição das condições de publicidade do processo, a enquadrar-se na exceção prevista na disposição da Convenção.

A interpretação da garantia da publicidade dada pela Corte no Caso Lori Berenson x Peru, também se deu no sentido de que nos processo militares e civis relacionados a delitos de "traição à pátria", eram baseados nos juízes e acusadores "sem rosto", bem como eram sujeitos a restrições violadoras do devido processo legal.

Essas violações podem ser apontadas na realização de audiências em recinto militar, sem acesso ao público, o que evidencia claramente a inobservância da publicidade do processo.

Por outro lado, no caso em análise, a corte entendeu válido o julgamento no foro ordinário, uma vez que foi realizado por juízes com identidade conhecida, bem como em recinto com acesso público. Além disso, as audiências foram transmitidas através dos meios de comunicação.

No Caso Palama Iribarme x Chile, a Corte ponderou que:

"i) el juicio penal debe ser público, es decir, no solo el acusado debe tener acceso al proceso, sino que además la sociedad en su conjunto debe tener la posibilidad de observar cómo se ejerce el poder punitivo del Estado; y

ii) los procesos judiciales penales en sede militar no son públicos, se trata de procedimientos escritos a los cuales no tienen acceso los ciudadanos. Además, el sumario es secreto. Aún si se estableciera que el expediente está a disposición de cualquier persona, ello no hace el proceso penal público. La publicidad debe abarcar cada una de las etapas procesales. Ninguna de estas características se respetó en los procesos seguidos en contra del señor Palamara."

Segundo a Corte, "una de las principales características que debe reunir el proceso penal durante su sustanciación es su carácter de público". O direito ao processo público seria assim um elemento essencial dos sistemas processuais penais acusatórios de um Estado Democrático e se garante com a realização de uma etapa oral em que o acusado possa ter imediação com o juiz e as provas e que facilite o acesso ao público.

A publicidade teria por finalidade garantir a transparência e a imparcialidade das decisões dos tribunais, garantindo sua confiança. Diz respeito assim tanto com relação ao acesso à informação pelas partes, bem como por terceiros.

Quanto ao acesso ao público, Tequextle[22] destaca que os atos processuais "deberán desarrollarse en lugares públicos, donde las personas que así lo desean, tengan libre acceso y puedan con su presencia, sus respetuosas y ordenadas expresiones, ser parte en el ejercicio del Derecho".

Ainda de acordo com o apurado pela Corte, o processo militar chileno, em tempos de paz, possuía duas fases: o sumário e o plenário. A fase do sumário era secreta, impossibilitando o acesso efetivo ao expediente e às provas ali arrecadadas. A Causa 464, perante o Juizado Naval de Magallanes, permaneceu na etapa de sumário durante mais de um ano e sete meses, quando foi elevada

22. TEQUEXTLE, Gregório Romero. El juicio oral en materia penal. *Revista Perfiles*. p. 57-58.

a plenário e o defensor teve acesso ao expediente pela primeira vez, mesmo após diversas solicitações, de forma contrária inclusive à disposição do Código de Justicia Militar, segundo o qual caso a fase do sumário "se prolongare más de sesenta días, podrá hacerse público en cuanto no fuere perjudicial al éxito de la investigación, y todo aquel que tenga interés directo por su terminación podrá intervenir para instar en este sentido".

Mesmo considerando-se a exceção prevista, a Corte entendeu que tal regra é contrária à garantia de publicidade que deve ter o processo penal para se adequar à Convenção, uma vez que, desde o início das primeiras diligências as garantias processuais devem concorrer para salvaguardar o direito de defesa durante todo o processo.

Sobre os juízos secretos, Tequextle[23] se manifesta no sentido de que:

"La secrecía en los juicios, las diligencias en la oscuridad y en los lugares más apartados de las mazmorras o los sótanos, son generalmente actos contrarios a la justicia, como lo fueron los de la llamada 'Santa Inquisición' o los actos de represión que los tiranos de todos los tiempos han implementado para sustentar sus gobiernos."

Com relação ao Brasil, em que pese o tema das garantias processuais penais não tenha sido apreciada concretamente pela Corte, há menção ao tema no Relatório de Acompanhamento,[24] elaborado pela Comissão em 1999, a partir do "Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil",[25] publicado em dezembro de 1997, apontando que:

"III – Recomendações sobre a justiça e as garantias judiciais

Em suas recomendações, a Comissão focalizou as dificuldades da justiça brasileira em cumprir o compromisso de proporcionar à sua população garantias judiciais e o devido processo. O Presidente do Brasil confirmou sua preocupação quanto a esse fato numa exposição que fez perante a Ordem dos Advogados do Brasil, em que reclamou a reforma do sistema judicial a fim de enfrentar sua corrupção administrativa e sua lentidão. O Presidente do Supremo Tribunal também chamou a atenção, em 1998, para o fato de que, no ano anterior, o Tribunal tivera de tomar decisão em 40.000 casos, em sua grande maioria decisões redundantes, por já terem sido tomadas pelos Tribunais de Apelação.

23. Idem, p. 58.

24. CIDH. Relatório de Seguimiento do Cumprimento das Recomendações da CIDH. Constantes do Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil (1997).

25. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil (OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1 29.09.1997).

A lentidão e os problemas administrativos estão estreitamente vinculados à impunidade e às dificuldades em investigar os agentes do Estado, em geral policiais militares, como responsáveis por violações dos direitos humanos. Esses problemas, porém, não se circunscrevem à justiça penal. Estudos realizados pelo Instituto Superior de Estudos da Religião e pela Fundação Getúlio Vargas revelam que a maior parte da população da região metropolitana do Rio de Janeiro considera que a justiça trabalhista e a justiça civil são lentas e discriminatórias.

A proteção de testemunhas é um tema focalizado nas recomendações da Comissão. Em julho de 1998, foi aprovada legislação para que essa proteção seja maior. A nova lei autoriza certas medidas, como a mudança de identidade, e permite a redução das sentenças de acusados que colaboram com os promotores. Exclui os reincidentes. Já existem programas conjuntos do Governo e organizações civis baseados no sistema Provita, em Pernambuco, Pará, Mato Grosso do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro, que se estendem a outros Estados.

Essa situação de atraso e ineficácia também se verificou na Justiça Militar, reforçando a impunidade das violações dos direitos humanos. Em maio de 1999, uma investigação de casos contra policiais na Justiça Militar de São Paulo revelou 1.107 casos atrasados ou 'com expediente desaparecido', entre os quais 100 se relacionavam com mortes e cujo atraso chegava, em alguns casos, a doze anos."

Em que pese não sejam apreciações da Comissão referente a uma demanda concreta, mas já tratam de uma manifestação por parte da Comissão acerca da situação brasileira, embora datada de 1999.

3. A PUBLICIDADE NA VISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Sob o título *right to a fair trial*, a garantia da publicidade, na Convenção Europeia de Direitos Humanos, está prevista no § 1.º do art. 6.º, nos seguintes termos:

"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice."

A importância da publicidade já foi enfatizada, em algumas oportunidades diferentes,[26] pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual aceita as premissas de que o caráter público do processo perante os órgãos judiciais protege os litigantes contra a administração da justiça em segredo, sem controle público, e de que a publicidade é um dos meios pelos quais a confiança pública nos tribunais é mantida.

De acordo com a Corte, a publicidade é essencial para a realização de um julgamento equitativo, objetivo maior do art. 6.º da Convenção e pilar de qualquer sociedade democrática.

A análise da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos revela que, no entendimento deste Tribunal, a publicidade está relacionada com o conceito de "processo equitativo" e, nesse sentido, são quatro os elementos essenciais à concretização da garantia da publicidade: o direito de audiência e de presença; o direito de participar, efetivamente, da audiência; o direito de que a audiência seja pública e, finalmente, o direito à publicação da decisão.

A respeito dessa garantia, na perspectiva da Corte Europeia, já se observou que:

"Although the right to a public hearing derives from the wording of art. 6.º, cases in this category are usually looked at under the more general heading of 'fairness' (...). This element of 'fairness' consists of four implied rights:

– Right to an oral hearing and personal presence by a civil litigant or criminal defendant before the court;

– Right to effective participation

– Right to publicity, or the right for the applicant to claim that third persons and media be allowed to attend the hearing

– Right to publication of the court decision."[27]

Passa-se, então, à análise dos elementos da publicidade, na perspectiva da Corte Europeia de Direitos Humanos.

---

26. Por todos, ver Pretto e outros vs. Itália. Aplicação 7984/1977 – Dezembro de 1983 e Sutter vs. Suíça. Aplicação 8209/1978 – Fevereiro de 1984.

27. VITKAUSKAS D, Dikov G. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks, 2012. p. 51. Disponível em: [www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/ documentation/hb12_fairtrial_en.pdf]. Acesso em: 10.06.2012.

3.1 O direito à realização de uma audiência e o direito de presença

O direito à realização de uma audiência, bem como o direito de o acusado tomar parte neste ato são elementos intrínsecos da garantia de publicidade, de acordo com a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Aceita-se, com tranquilidade, que o direito de o acusado tomar parte em uma audiência é inerente à noção de julgamento equitativo:

"The right of an accused to appear in person before a trial court, so that he/she can participate effectively in the conduct of the case, is inherent in the notion of a fair hearing in criminal cases."[28]

A respeito da extensão dos direitos de presença e de audiência, a Corte Europeia conta com inúmeros julgados que se debruçam sobre facetas distintas desses elementares direitos da garantia de publicidade.

No paradigmático caso Sutter *vs.* Suíça, discutiu-se a respeito do direito à audiência e de presença em grau recursal.

Peter Sutter, oficial militar suíço, desobedeceu ordem interna de regulamentação dos serviços militares, tendo se recusado a cortar o cabelo da forma como determinada. Acusado de "reincidência insubordinatória", o acusado foi julgado e condenado, em Primeira Instância, à pena de prisão de dez dias. O procedimento de Primeiro Grau contou com uma audiência e Sutter foi ouvido.

No recurso, Sutter fez um pleito à Corte Militar de Cassação e solicitou que fosse realizada pelo menos uma audiência. Requereu, também, pronunciamento público de seu julgamento. Em 21.10.1977, o Tribunal de Cassação deliberou sobre o assunto e negou provimento ao recurso, sem que tenha havido qualquer audiência em sede recursal.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Sutter *vs.* Suíça, entendeu não ter havido qualquer violação ao art. 6.°, § 1.°, da Convenção Europeia em razão da ausência de audiência na Corte de Cassação. De acordo com a maioria da Corte, não havia nada que sugerisse que o julgamento perante o Tribunal Militar de Cassação foi menos justo do que o seu julgamento perante a Primeira Instância. Nas circunstâncias específicas do caso, as alegações durante uma audiência pública perante a Corte de Cassação não teria dado qualquer garantia adicional dos princípios fundamentais do art. 6.°.

---

28. MAHONEY P. Right to a fair trial in criminal matters – Under article 6 of the ECHR. National Judicial Conference organized by the Judicial Studies Institute in Dublin, 2001. p. 115. Disponível em: [www.jsijournal.ie/html/Volume%204%20No. %20 2/4%5B2%5D_Mahoney_Right%20to%20a%20Fair%20Trial%20in%20Criminal%20 Matters.pdf]. Acesso em: 20.06.de 2012.

Vale ressaltar que, no caso Sutter *vs.* Suíça, a ausência de audiência em Corte de Cassação não foi enxergada como violadora do art. 6.°, § 1.°, da Convenção, principalmente, porque não havia qualquer elemento a apontar para o dado de que o julgamento seria mais equitativo se contasse com uma audiência – e não porque a Corte de Cassação apenas se ateve a questões de direito.

As ponderações acerca da realização de audiência em Corte de Cassação – que discute, apenas, questões de direito – foram traçadas, no caso Sutter, em observações concorrentes dos juízes Bernhardt, Bindschedler-Robert e Matscher, para quem as audiências públicas são absolutamente necessárias sempre que uma pessoa é confrontada com uma acusação criminal e o tribunal competente tem que lidar com questões de fato e de direito.

Ao contrário do que já havia decidido no caso Sutter, em Ekbatani *vs.* Suécia,[29] a Corte entendeu, de forma majoritária, que a ausência de audiência em Segunda Instância significou violação ao art. 6.°, § 1.°, da Convenção Europeia.

John Ekbatani, cidadão americano e residente na Suécia, foi reprovado em prova prática de condução de veículo automotor. Isso teria levado a um episódio de agressão verbal entre ele e o assistente de tráfego que conduziu o exame. Acusado de ameaçar funcionário público – infração de menor potencial ofensivo, Ekbatani foi processado e condenado, em Primeiro Grau, a pagar uma multa. O procedimento de Primeiro Grau contou com uma audiência e Ekbatani, presente, foi ouvido.

Nas razões recursais, o acusado pleiteou pela realização de uma audiência em Segunda Instância: pretendia ele ser, novamente, ouvido, bem como que o Tribunal de Apelação ouvisse uma testemunha, capaz de atestar sua credibilidade, o que foi negado. Manteve-se a decisão condenatória, sem que se realizasse audiência, eis que o procedimento foi, inteiramente, conduzido por escrito.

A Corte entendeu que o Tribunal de Recurso foi chamado, na ação contra Ekbatani, a examinar o caso quanto aos fatos e a lei. Em particular, a Corte recursal teve que fazer uma avaliação completa da questão da culpa ou inocência, motivo pelo qual, em razão da busca por um julgamento equitativo, como havia avaliação direta de provas, seria necessária a realização de audiência em grau recursal.

Voto divergente do juiz Thor Vilhjálmsson trouxe considerações a respeito da ponderação necessária a ser feita na escolha entre prestigiar-se a qualidade

29. Aplicação 10563/1983 – Maio/1988.

da prestação jurisdicional ou, em contrapartida, a celeridade e bom funcionamento do sistema judicial. Para ele, exigir que fosse realizada nova audiência, especialmente em caso envolvendo infração menor, apenada com multa, atentava contra a busca pelo bom e célere funcionamento do sistema judicial.

O Juiz Pinheiro Farinha, em suas observações, fez constar que a decisão da maioria da Corte poderia operar efeitos adversos, como, por exemplo, a decisão do Estado de limitar determinados recursos – o que, em determinadas situações, é aceito pela Corte Europeia, apenas para não ser, o próprio Estado, forçado a realizar audiências em grau recursal.

Vê-se, portanto, que, em regra, a Corte determina ser essencial a realização de, pelo menos, uma audiência, na qual deve o acusado estar presente e ser ouvido.

Uma audiência pública, permeada pela oralidade, é, no entendimento da Corte Europeia, particularmente importante em processos penais: deve-se garantir que o acusado possa ser ouvido, sendo dada a ele a oportunidade de fornecer provas em sua própria defesa, ouvir as provas contra ele produzidas e confrontar-se com testemunhas.

A audiência e a presença do acusado são vistas, em suma, como direitos necessários ao processo equitativo.

No entanto, em circunstâncias excepcionais, a Corte, mais recentemente, vem entendendo não violar a Convenção o processo inteiramente escrito, conduzido sem audiência.

No caso Jussila *vs.* Finlândia,[30] a Corte entendeu não ter havido violação ao art. 6.º da Convenção em caso no qual, apesar de haver requerimento da parte, não se realizou qualquer audiência.

Esa Jussila era proprietário de uma oficina mecânica e foi acusado de manter livro fiscal de forma irregular. Assim, foi condenado, administrativamente, a pagar sobretaxas fiscais, eis que seu lucro estimado, de acordo com autoridades, era incompatível com o lucro declarado. Jussila apelou à Corte Administrativa de Recursos, fazendo requerimento para que houvesse uma audiência – ele pretendia confrontar o fiscal e provar que havia ocorrido um engano –, o que foi negado. A Suprema Corte Administrativa, da mesma forma, sustentou a desnecessidade de realização de audiência.

A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu aplicável o art. 6.º da Convenção, eis que a acusação tinha carga criminal – em que pese a penalidade fos-

30. Aplicação 73053/2001 – Novembro/2006.

se a imposição de multa, mas afirmou não ter havido violação ao mesmo artigo. A obrigação de realização de audiência, Segundo a Corte, não é absoluta: nas hipóteses em que não há contestação de fatos ou pontos fáticos a serem valorados, especialmente em casos que não compõem o "núcleo duro do direito penal", é possível que a decisão seja tomada com base em alegações escritas das partes.

Ainda, de acordo com a maioria da Corte, a legislação finlandesa não negava o direito de audiência, mas analisava, casuisticamente, se o caso fiscal poderia ter desfecho sem audiência, outro motivo pelo qual se entendeu não ter havido violação à publicidade.

Voto parcialmente divergente dos juízes Loucaides, Zupancic e Spielman contestou a conclusão da Corte. Aduziram, nesse sentido, as dificuldades de se diferenciar as infrações que compõem "o núcleo duro do direito penal" das demais, para o fim de se afastar a necessidade de audiência. Tais juízes afirmaram, ainda, que a maioria da Corte, com aquela decisão, violava o art. 6.º da Convenção: em processo penal, no qual o indivíduo enfrenta o Estado punitivo, deve ser permeado pela rígida observância das disposições convencionais.

Ainda, sobre o direito de presença à audiência, a Corte entende que é possível a renúncia ao direito de tomar parte na audiência, desde que tal renúncia seja externada de modo inequívoco.

Assim, no caso Zana *vs.* Turquia,[31] a Corte entendeu ter havido violação à publicidade, eis que o governo conduziu audiência mesmo sem a presença do acusado, por entender que ele havia "renunciado, implicitamente, ao direito de presença".

Conclui-se, a respeito do direito de audiência e de presença, que a Corte Europeia entende, como regra geral, que a existência de audiência é particularmente importante em processos penais, eis que se deve garantir que o acusado seja ouvido, assegurando-se a oportunidade de fornecer provas em sua própria defesa e confrontar as provas contra ele produzidas.

A existência de uma única audiência é, em regra, suficiente para que se atenda o requisito do art. 6.º da Convenção, já tendo entendido, todavia, a Corte Europeia, que, em determinados casos, envolvendo penalidade de multa fiscal, seria possível a dispensa de audiência, desde que essa decisão fosse tomada casuisticamente e não *a priori*.

Por fim, a Corte entende ser possível o pleito por audiência em grau recursal, desde que o Tribunal analise questões de fato e de direito.

É possível a renúncia ao direito de presença, desde que isso seja feito de forma inequívoca.

---

31. Aplicações 69/1996/688/880 – Novembro/1997.

3.2 O direito de participação efetiva na audiência

Não basta, de acordo com o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que se assegure a presença do acusado à audiência, sendo essencial que a parte possa participar, efetivamente, do ato.

A respeito desse elemento da garantia da publicidade, a Corte determina ser essencial que o acusado possa ouvir e acompanhar todo o procedimento, o que é implícito à noção de processo acusatório, além de estar expresso nos subparágrafos do art. 6.º da Convenção.

Apesar de ter concluído, no caso Standford *vs.* Reino Unido,[32] que não havia qualquer violação ao art. 6.º, a Corte se debruçou sobre o tema da efetiva participação na audiência.

Bryan Stanford foi acusado de uma série de crimes, como estupro e ameaça de morte, em detrimento de adolescente de quinze anos. Durante a audiência, pelo baixo tom de voz da vítima, o juiz determinou que ela se sentasse mais próxima dele e dos jurados, o que impossibilitou, de acordo com o acusado, que ele, que era ligeiramente surdo, ouvisse a prova contra ele deduzida.

A Corte, apesar de estabelecer que o direito à efetiva participação deve ser garantido, entendeu, na hipótese específica, que o fato de os patronos do réu terem acompanhado, de perto, a oitiva, repassando as informações ao acusado, supriu eventual falha de participação.

Já no caso Timergaliyev *vs.* Rússia,[33] a Corte entendeu ter havido violação ao art. 6.º da Convenção, eis que o acusado, processado por ser suspeito de praticar homicídio contra sua genitora, sofria de surdez crônica e provou não ter tido assegurado o direito à sua efetiva participação na audiência, inclusive porque o Estado não forneceu instrumentos que possibilitassem que ele pudesse escutar as provas contra ele deduzidas em audiência.

A Corte entende, portanto, essencial à garantia da publicidade, que seja assegurado o direito de presença e o direito de efetiva participação em audiência.

3.3 O direito à publicidade da audiência

A Corte Europeia de Direitos Humanos entende o direito à publicidade da audiência também como elemento compreendido na garantia de publicidade, o que significa que, em regra, para a Corte, é direito do próprio litigante que o público, incluindo a mídia, possa presenciar a audiência.

---

32. Aplicação 16757/1990 – Fevereiro/1994.

33. Aplicação 40631/2002 – Outubro/2008.

No caso Campbell e Fell *vs.* Reino Unido,[34] discutiu-se o direito à publicidade da audiência em procedimento disciplinar instaurado contra dois presos.

Em 16.09.1976, John Joseph Campbell e Padre Patrick Fell – presos classificados como "categoria A", pela suspeita de estarem envolvidos com atividades do IRA, a revelar especial periculosidade – estavam na prisão de Albany, quando foram acusados de participarem de um motim, em protesto ao tratamento dispensado a um terceiro preso. Foi instaurado procedimento, perante um órgão da administração prisional, para apuração das infrações disciplinares. A apuração da infração contou com uma única audiência, que ocorreu a portas fechadas, dentro da prisão. Não havia, à época, garantia certa de revisão judicial daquele tipo de decisão.

Provocada em 1977, a hoje extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos externou opinião segundo a qual o processo perante o órgão prisional, no caso Campbell e Fell, tinha envolvido violação de seus direitos, nos termos do art. 6.º da Convenção, justamente pela ausência de uma audiência acessível ao público no procedimento disciplinar.

Concluiu a Comissão, nesse sentido, que a aceitação incondicional da distinção entre "infração disciplinar" e "infração penal", estabelecida pela vontade soberana do Estado – que, por consequência, afastaria, na primeira hipótese, a aplicação de garantias previstas na Convenção – poderia levar a resultados incompatíveis com o objeto e a finalidade da própria Convenção Europeia.

A Comissão, assim, rejeitou a possibilidade de que a classificação de uma infração como sendo "disciplinar" e não "penal", mas cuja sanção envolveria cerceamento de liberdade, servisse para afastar as garantias da Convenção.

No caso Campbell e Fell *vs.* Reino Unido, a Comissão concluiu que não havia qualquer mandado para afastar os reclusos das garantias da Convenção, especialmente porque as sanções pelo cometimento de infrações classificadas de "disciplinares" envolviam restrição de liberdade.

A Corte Europeia de Direitos Humanos expressou, em concordância com a Comissão, que não havia, a princípio, qualquer motivo apto a afastar a aplicação da Convenção Europeia ao procedimento disciplinar levado a efeito contra Campbell e Fell.

Todavia, concluiu, acatando as considerações levantadas pelo governo, não ter havido qualquer violação ao art. 6.º, § 1.º, da Convenção, por estar caracterizada uma exceção à publicidade, nos moldes previstos pela própria Convenção.

34. Aplicações 7819/1977 e 7878/1977 – Junho/1984.

Em resposta aos reclamos apresentados por Campbell e Padre Fell, o governo do Reino Unido sustentou a legitimidade da condução secreta dos procedimentos de apuração das infrações disciplinares: nos termos do art. 6.º da Convenção, era possível excluir a imprensa e o público do julgamento "no interesse da ordem pública ou da segurança nacional". Os problemas de segurança, a propagação de alegações maliciosas e a privacidade foram citados em apoio à alegação de que os procedimentos disciplinares em face de Campbell e Fell se encaixariam nas exceções à publicidade previstas no próprio art. 6.º da Convenção.

Discorreu a Corte, em concordância com o governo, sobre a problemática de ordem pública e segurança que estaria envolvida se o processo disciplinar fosse realizado em público, inclusive em razão das dificuldades óbvias em se admitir o público nos recintos de custódia. No entendimento da Corte, seria, ainda, desproporcional, impor ao Estado que conduzisse os presos a um local onde se pudesse realizar uma audiência acessível ao público.

Voto divergente, dos Juízes Cremona, MacDonald e Russo, entendeu que caberia, ao Governo, mostrar que as circunstâncias do fato concreto se encaixavam nas exceções à publicidade. No entanto, o Governo (seguido da maioria da Corte) se contentou em afirmar natureza geral do procedimento disciplinar e no dado genérico de que os reclamantes eram presos "categoria A", o que era insuficiente, no entendimento daqueles juízes, para afastar a publicidade.

No caso Hummatov *vs.* Azerbaijão,[35] pode-se afirmar que a Corte Europeia reviu seu posicionamento no tocante à necessidade de se garantir uma audiência acessível ao público, ainda que dentro do recinto prisional e seguiu, nesse aspecto, entendimento que havia sido vencido no precedente Campbell e Fell *vs.* Reino Unido.

Hummatov foi líder de um movimento separatista do final da década de 90 e, da reunião de suas sentenças penais condenatórias, resultou a aplicação de pena de morte, que foi, tempos depois, comutada em prisão perpétua, pela abolição da pena de morte em reforma penal – existente em razão de requisito imposto para a entrada do Azerbaijão no Conselho da Europa. Outra condição para isso foi a revisão dos casos de presos políticos, dentre as quais estava o de Hummatov, que teve, assim, assegurada a garantia de revisão do seu processo. O julgamento de revisão foi feito por tribunal de apelação, cujas atividades tiveram curso na própria prisão.

A prisão de Gobustan, onde foram realizadas as audiências de Hummatov, estava entre 45 e 75 quilômetros da capital; não havia transporte público até

35. Aplicação 9852/2003 e 13413/2004 – Novembro/2007.

aquele local, que era ermo; os interessados eram revistados para entrada; houve vários adiamentos de audiências sem que o público fosse informado e não foi permitida a gravação (imagem ou som).

A Corte Europeia foi, então, provocada a se manifestar sobre a violação ao art. 6.º, § 1.º, da Convenção, tendo entendido que não foi garantido, no caso, o direito à audiência pública: embora, formalmente, não tenha havido restrição de acesso à audiência (porque o fato de o julgamento ser numa penitenciária não é, em si, impeditivo da publicidade da audiência), materialmente, as audiências não tiveram caráter público. Para a Corte Europeia, era essencial que fossem tomadas medidas para compensar as dificuldades impostas pela escolha do local do julgamento – cuja excepcionalidade, aliás, também não foi justificada. Entendeu, nessa esteira, que as audiências, no caso Hummatov, não atendiam ao mandamento do art. 6.º da Convenção.

A Corte reconheceu, também, que não se tratava de restrição excepcional da publicidade, não se encaixando o caso em nenhuma das exceções contidas no art. 6.º, § 1.º, da Convenção. Nesse ponto, esclareceu que o fato de Hummatov ser um preso em cumprimento de pena perpétua não configurava, em si, justificativa para excepcionar a regra da publicidade, no aspecto da acessibilidade da audiência. Afirmou, portanto, que não houve qualquer demonstração concreta de que problemas de segurança justificavam a exceção à audiência pública e, assim, entendeu configurada uma violação à garantia prevista no art. 6.º, § 1.º, da Convenção.

Vê-se, portanto, que, ao contrário do que havia sido decidido no caso Campbell e Fell *vs.* Reino Unido, o entendimento mais recente da Corte, a respeito do direito de realização de audiência acessível ao público se dá no sentido de que a restrição à acessibilidade da audiência deve ser absolutamente exepcional: deve-se assegurar, ao máximo, que a audiência seja pública e acessível – ainda que realizada dentro de ambiente de custódia, devendo haver demonstração concreta e específica das circunstâncias que justifiquem a exceção à publicidade.

Nesse sentido, ainda em relação à publicidade da audiência, a Corte, reafirmando a premissa de que a publicidade é essencial ao controle da justiça, vem entendendo que a presença da imprensa exerce papel de "cão de guarda", o que contribui, ainda, para a efetivação do direito previsto no art. 10 da Convenção Europeia (liberdade de expressão). Nesse sentido, Vitkauskas e Dikov[36] apontam que "With the help of this provision, the press can exercise its function of public watchdog, which is also guaranteed by Article 10 of the Convention".

36. Op. cit., p. 55.

Como se observou, a publicidade da audiência é enxergada pela Corte Europeia, em regra, como garantia do acusado e elemento fundamental do processo equitativo.

No entanto, a Corte já entendeu que, em determinados casos, deve-se afastar a publicidade da audiência justamente para a promoção de julgamento equitativo.

No caso T. *vs.* Reino Unido,[37] o peticionário era criança de dez anos de idade acusado da prática de homicídio contra outra criança, de dois anos de idade. Seu julgamento, idêntico ao que ocorreria fosse ele um adulto, foi acompanhado de presença massiva da imprensa e de público com comportamento hostil.

Na situação específica ali analisada, a Corte entendeu que a publicidade da audiência violou o art. 6.°, § 1.°, da Convenção, eis que contrariou a busca por um processo equitativo, pois o acesso do público e da mídia à audiência intimidou o acusado T., bem como dificultou sua compreensão acerca do procedimento – o que se relaciona, também, com o direito à efetiva participação.

Sobre a necessidade de se afastar a publicidade da audiência nesses casos, segundo Mahoney,[38] "procedural elements which are generally considered to safeguard rights of adults on trial, such as publicity, should be abrogated in respect of children in order to promote their understanding and participation".

Clara, aqui, a ligação traçada, pela Corte, entre a publicidade da audiência e a busca por um processo equitativo.

Conclui-se, portanto, que o direito à publicidade da audiência é enxergado, pela Corte, como elemento da garantia da publicidade, devendo, em regra, a audiência ser acessível ao público e à mídia, inclusive porque a acessibilidade da audiência ao público está intimamente relacionada ao controle público da administração da justiça e ao processo equitativo.

As exceções à publicidade da audiência devem ser absolutamente restritas, nos casos em que se comprove, concretamente, a existência de riscos à ordem pública, segurança nacional e para proteger determinados interesses nas situações previstas pelo próprio art. 6.° da Convenção, como, por exemplo, a proteção de crianças.

3.4 O direito à publicação da decisão

Nos paradigmáticos casos Pretto e outros *vs.* Itália[39] e Sutter *vs.* Suíça, a Corte Europeia de Direitos Humanos discorreu, longamente, a respeito deste

37. Aplicação 24724/1994 – Dezembro/1999.

38. Op. cit., p. 115.

39. Aplicação 7984/1977 – Dezembro/1983.

quarto elemento da garantia da publicidade, consistente no direito à publicação da decisão.

A versão em inglês do § 1.º do art. 6.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao mencionar a publicação da decisão, dispõe que *Judgment shall be pronounced publicly*, enquanto a versão francesa determina que *le jugement sera rendu publiquement*.

É inegável – e aceito pela Corte – que a redação da Convenção dá a entender que um anúncio público da decisão é requisito para que se atenda a exigência da publicidade quanto à decisão e esse foi um dos pontos sobre o qual se debruçou a Corte Europeia nos casos acima citados.

Rodolfo Pretto era agricultor e trabalhava em terreno locado. O proprietário vendeu a terra sem dar-lhe o privilégio da compra, violação de direito que foi reconhecida em primeira instância (Tribunal Regional de Vicenza). A decisão, porém, foi reformada pelo Tribunal de Veneza e mantida pela Corte de Cassação.

Perante a Corte Europeia, Pretto aduziu que a decisão da Corte de Cassação não foi proferida em sessão pública, o que violaria a garantia de publicidade.

No caso Sutter, já mencionado, que envolve julgamento em processo militar, houve alegação de violação da publicidade também em razão da ausência de anúncio público de decisão de Corte de Cassação, eis que a decisão de manutenção da condenação foi proferida por escrito e não pronunciada publicamente.

A Corte Europeia entendeu, nos dois casos, que muitos Estados membros do Conselho da Europa têm por tradição recorrer a outros meios, além de ler em voz alta, para tornar públicas as decisões de todos ou alguns de seus tribunais.

Para a Corte, é difícil crer que os autores da Convenção tenham se esquecido desse dado – de que existem outras formas de dar publicidade à decisão, mesmo que isso não seja tão facilmente identificável em seus documentos de trabalho, como o é nos trabalhos preparatórios do Pacto 1966.

A Corte, portanto, firmou entendimento segundo o qual ela não estava obrigada a adotar uma interpretação literal do texto da Convenção, de modo que, em cada caso, a forma de publicidade dada ao julgamento no direito interno do Estado deve ser avaliada à luz das características especiais dos processos em causa e tendo em vista o objeto e finalidade do art. 6.º, § 1.º.

Em suma, entendeu a Corte que uma interpretação literal dos termos do art. 6.º, § 1.º, sobre o pronunciamento da sentença, é demasiado rígida e não necessária para alcançar os objetivos do art. 6.º da Convenção.

Assim, nos casos Pretto e outros vs. Itália e Sutter vs. Suíça, a Corte entendeu, portanto, não ter havido qualquer violação à publicidade, eis que a decisão era acessível ao público.

No caso Sutter vs. Suíça, houve voto divergente, partilhado pelos juízes Cremona, Van der Ganshof Meerch, Walsh e Macdonald, aduzindo ter havido violação à publicidade, não em razão da ausência de anúncio público da decisão, mas porque a decisão proferida pela Corte de Cassação estava disponível, apenas, às pessoas que comprovassem relação de interesse com o processo, o que violaria o art. 6.º da Convenção. Para eles, o acesso restrito às decisões, como existiu no caso Sutter, ficaria aquém do que é exigido por essa disposição da Convenção. O conhecimento público das decisões judiciais não é assegurado, justamente, em razão do confinamento desse conhecimento a um círculo restrito de pessoas.

Van der Ganshof Meerch, em suas observações, aduziu que a Corte estaria interpretando, de modo restritivo, uma disposição concernente a direito humano, o que violaria, no seu entender, o objeto e o próprio propósito da Convenção. Aduziu, por derradeiro, que, ao contrário do precedente Pretto e outros vs. Itália, o caso Sutter envolvia questão criminal, outro motivo pelo qual a publicação da decisão deveria ser enxergada em aspecto menos restrito.

Ainda sobre o direito à publicação da decisão, a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, no caso Crociani e outros vs. Itália,[40] entendeu inadmissível petição apresentada por pessoas condenadas que não tiveram acesso, em momento adequado, às motivações das decisões condenatórias.

Os peticionários, no caso acima mencionado, eram, principalmente, parlamentares e empresários italianos, acusados de utilização de métodos corruptos na compra de aeronaves para a Força Aérea italiana. Após a instauração de uma CPI, foram eles indiciados – por crimes envolvendo corrupção ativa, passiva, fraudes, dentre outros – e foram, assim, julgados pela Corte Constitucional.

Em março de 1978, tiveram início as audiências, que se prolongaram até fevereiro de 1979. Em março de 1979, a Corte divulgou sua decisão: o dispositivo foi pronunciado publicamente naquela ocasião e todos os processados foram condenados a penas de prisão e multa. Lefebvre e Tanassi foram presos no mesmo dia. As razões do julgamento foram publicadas, apenas, em 02.08.1979, meses depois de proferida a condenação.

A Comissão Europeia entendeu que o pronunciamento da decisão havia sido "suficientemente explícito", de modo que não havia qualquer violação

40. Aplicações 8603, 8722, 8723, 8728/1979. 1980.

ao art. 6.º da Convenção: o artigo de lei infringido, a declaração de culpa, as circunstâncias agravantes e a penalidade imposta foram mencionadas, muito embora a motivação da decisão tenha sido disponibilizada apenas seis meses após a publicação do dispositivo.

O entendimento esposado pela Comissão no caso Crociani e outros *vs.* Itália parece colidir com as premissas amplamente aceitas pela Corte, de que a publicidade das decisões compõe o conceito de julgamento equitativo e de que a publicidade é essencial ao controle público da administração da justiça, eis que dois dos peticionários passaram a cumprir pena, por força de título executivo definitivo, sem que tivessem tido acesso, por pelo menos seis meses, à motivação da condenação.

Todavia, em decisão recente, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu violado o art. 6.º, § 1.º, da Convenção, em situação na qual apenas a parte dispositiva de decisão foi anunciada publicamente e a motivação foi entregue, exclusivamente, aos litigantes, em momento posterior.

Com efeito, no caso Ryakib Biryukov *vs.* Rússia,[41] a Corte entendeu ter havido violação à publicidade em razão de apenas de ter sido publicada a decisão em sua parte operativa.

O peticionário, Ryakib Biryukov, após sofrer acidente em que fraturara o braço, foi hospitalizado, tendo tido o braço amputado, em razão de alegado erro médico. Em grau recursal, o litigante alegou, dentre outros, violação à publicidade, em razão de apenas a parte operativa da sentença ter sido publicada.

A Corte, nesse caso, considerou que o objetivo perseguido pelo art. 6.º – o de garantir o controle público do Judiciário para salvaguardar o direito a um processo equitativo – não foi atingido, eis que a motivação acerca da improcedência da ação não estava acessível ao público.

Com isso, a Corte acena para a superação do entendimento antes assumido pela extinta Comissão, segundo a qual a publicação, apenas, de parte dispositiva da decisão, era suficiente para que se garantisse a publicidade da decisão, entendimento antigamente prevalecente que, de resto, parece, de fato, colidir com a proteção de direitos fundamentais.

Conclui-se, a respeito da publicação da decisão, que a Corte Europeia de Direitos Humanos adota interpretação não literal do texto da Convenção, permitindo que a publicação da decisão assuma contornos diversos de acordo com a legislação de cada Estado, desde que seja assegurado o acesso público à decisão.

41. Aplicação 14810/2002 – Janeiro/2008.

Pode-se afirmar que, atualmente, a Corte adota entendimento segundo o qual é essencial que a motivação da decisão – e não só o dispositivo – seja acessível ao público.

4. CONCLUSÃO

O trabalho buscou analisar a jurisprudência das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos acerca da interpretação da garantia processual penal da publicidade, no sentido de evidenciar a concretude de tal garantia.

Inicialmente tratou-se da publicidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir de quatro casos considerados paradigmáticos: Castillo Petruzzi x Peru, Cantoral Benavides x Peru, Lori Berenson x Peru, Palamara Iribarme x Chile.

Na análise dos casos, observou-se que a interpretação da garantia da publicidade pela Corte Interamericana baseou-se, em resumo, nos julgamentos por tribunais militares ou em estabelecimentos militares ou carcerários e na questão dos juízos e até acusadores ou advogados[42] "sem rosto". Como bem recorda Velez,[43] a publicidade se apresenta como uma dupla função "tanto proteger al imputado de una justicia sustraída al control público y mantener la confianza de la comunidad en los jueces y tribunales, constituye una de las bases del debido proceso y un pilar del Estado de Derecho".

Já quanto à análise da Corte Europeia de Direitos Humanos, pôde-se evidenciar que os temas apreciados quanto à interpretação da garantia dizem respeito ao direito à realização de uma audiência e o direito de presença; ao direito de participação efetiva na audiência; ao direito da publicidade da audiência; e ao direito à publicação da decisão, os quais, para aquela Corte, estão estritamente relacionados à garantia da publicidade.

O resultado delineado vem a confirmar o apontado no início do presente trabalho, ao citar André de Carvalho Ramos,[44] quanto o mesmo aponta que, enquanto a Convenção Europeia de Direitos Humanos tinha por base demonstrar sua diferença com ditaduras, "a Convenção Americana nasceu do esforço das ditaduras em demonstrar sua semelhança com Estados Democráticos". Nesse

42. Victor Alvarez Perez, advogado de Cantoral Benavides, afirmou, em seu depoimento à Corte, que, por vezes, foi levado ao local onde se realizariam audiências, vendado ou encapuzado.

43. VELEZ, Diego I. Palomo. Op. cit.

44. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos cit.*, p. 202.

sentido, vê-se que, de modo geral, o contexto político vivenciado na Europa, enquanto democracia consolidada e na América, que até pouco tempo era dominada por ditaduras longevas, se reflete diretamente nas discussões travadas quanto à garantia processual penal da publicidade perante as duas Cortes.

Assim, ao passo que na Corte Interamericana se discutem violações claras, sobretudo praticada em regimes de exceção (como evidenciado nos Casos Castilho Petruzzi, Cantoral e Lori Berenson), em que os mesmos foram processados e condenados pelo regime que vigorou durante o período do governo de Alberto Fujimori no Peru, observa-se que, no espaço da Corte Europeia, as discussões quanto às violações são mais estritamente relacionadas à condução do procedimento, tratando-se, assim, de questões pontuais do processo.

Apesar das diferenças históricas e culturais que marcam o contexto dos fatos levados à apreciação das Cortes Europeia e Interamericana é possível afirmar que, tanto uma como outra, buscam dar concretude à garantia da publicidade, aceitando as premissas de que a publicidade protege não só os litigantes, mas a sociedade como um todo, que pode, com isso, exercer controle sobre o sistema judicial.

A publicidade, tanto no seio da Corte Interamericana, como na Corte Europeia, está relacionada com o devido processo e com o julgamento equitativo.

Justamente porque as duas Cortes Internacionais convergem quanto à importância dessa garantia é que é possível encontrar pontos coincidentes nas decisões desses Tribunais, mesmo quando analisam situações fáticas distintas.

Assim é que, por exemplo, tanto a Corte Europeia quanto a Corte Interamericana, quando provocadas a se manifestarem a respeito de eventual violação na realização de audiências não acessíveis ao público – porque realizadas em estabelecimentos penitenciários ou militares – concluíram, de forma semelhante, pela ocorrência de violação (Cantoral *vs.* Peru e Hummatov *vs.* Azerbaijão).

Não se pode ignorar, todavia, que a jurisprudência da Corte Europeia, extensa a respeito de diferentes pontos da publicidade, já identificou direitos formadores da garantia da publicidade (direito à audiência, direito de estar presente na audiência e dela, efetivamente, participar, direito à publicidade da audiência e o direito à publicação da decisão), o que ainda não se pode identificar na jurisprudência da Corte Interamericana.

Em síntese a conhecida frase de Mirabeau,[45] em discurso perante à Assembleia Nacional denota a importância da garantia processual da publicidade "Dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi propio enemigo si deseáis; poco me importa con tal que nada pueda hacer sino a la vista del público".

45. Apud PEREIRA, Hugo, 1958. El derecho del procesado a un juicio público, proceso escrito y proceso oral. *Revista de Ciencias Penales*, t. XVII, n. 2, p. 29.

5. REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Trad. Juan Antonio de Las Casas. Madrid, MDCCLXXIV.

CARBONELL, José Carlos Remotti. *La corte interamericana de derechos humanos; estructura, funcionamento y jurisprudência*. Barcelona: Instituto Europeo de Derechos, 2003.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Publicidade na investigação criminal. *Boletim IBCCrim*. vol. 7. n. 84. p. 13, São Paulo: IBCCrim, nov. 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Dos princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1975.

HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1993. t. II.

Interights Manual for Lawyers. Right to a Fair trial under the European Court of Human Rights. 2009. Disponível em: [www.interights.org/document/106/index.html]. Acesso em: 12.06.2012.

MAHONEY P. Right to a fair trial in criminal matters – Under article 6 of the ECHR. National Judicial Conference organized by the Judicial Studies Institute in Dublin, 2001. Disponível em: [www.jsijournal.ie/html/Volume%204%20No. %202/4%5B2%5D_Mahoney_Right%20to%20a%20Fair%20Trial%20in%20Criminal%20Matters.pdf]. Acesso em: 20.06.de 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Hugo. El derecho del procesado a un juicio público, proceso escrito y proceso oral. *Revista de Ciencias Penales*. t. XVII. n. 2. p. 29. mayo-ago. 1958.

RAMIREZ, Sérgio Garcia. El debido proceso en la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: [www.ijf.cjf. gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf]. Acesso em: 12.06.2012.

RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. vol. 1.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEQUEXTLE, Gregório Romero. El juicio oral en materia penal. *Revista Perfiles*. p. 55-70. ene.-abr. 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. Princípios *e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VELEZ, Diego I. Palomo. Aportación de la convención americana de derechos humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la

tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: casos barrios altos y castillo petruzzi. *Ius et Praxis*. vol. 8. n. 2. Talca, 2002. Disponível em: [www.scielo. cl/scielo. php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200009]. Acesso em: 22.06.2012.

VITKAUSKAS D, Dikov G. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks, 2012. Disponível em: [www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/ Source/ documentation/hb12_fairtrial_en.pdf]. Acesso em: 10.06.2012.

Documentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

CIDH. Opinião Consultiva OC n. 8/87, de 30 de janeiro de 1987 o *habeas corpus* sob a suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

_____. Relatorio de Seguimiento do Cumprimento das Recomendações da CIDH Constantes do Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos do Brasil (1997). 1999.

_____. Caso Cantoral Benavides *vs.* Peru (18.08.2000). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec69.pdf]. Acesso em: 30.05.2012.

_____. Caso Castillo Petruzzi e outros *vs.* Peru (30.05.1999). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec52.pdf]. Acesso em: 30.05.2012

_____. Caso Lori Berenson Mejia x Peru. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/ docs/casos/articulos/seriec_119_esp.doc]. Acesso em: 15.06.2012.

_____. Caso Palamara Iribarme x Chile. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/ docs/casos/articulos/seriec_135_esp.doc]. Acesso em: 15.06.2012.

_____. Caso Hilaire, Benjamin e outros *vs.* Trinidad y Tobago (21.06.2002). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec94. pdf]. Acesso em: 20.05.2012.

_____. Caso Loayza Tamayo *vs.* Peru (17.09.997). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec33.pdf]. Acesso em: 20.05.2012.

_____. Caso Suárez Rosero *vs.* Equador (12.11.1997). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec35.pdf]. Acesso em: 20.05.2012.

_____. Caso Tibi *vs.* Equador (07.09.2004). Disponível em: [www.corteidh. or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.doc]. Acesso em: 20.05.2012.

Documentos da Corte Europeia de Direitos Humanos:

CEDH. Crociani, Palmiotti, Tanassi, Lefebvre D'Ovidio c. Italie, 1980. Disponível em: [www.juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEEN-NEDESDROITSDELHOMME-19801218-860379-872279-872379]. Acesso em: 13.06.2012.

_____. Case of Jussila vs. Finland, 2006. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78135]. Acesso em: 25.06.2012.

_____. Case of Pretto and others vs. Italy, 1983. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57561]. Acesso em: 10.04.2012.

_____. Case of Ryakib Biryukov vs. Russia, 2008. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84452]. Acesso em: 13.06.2012.

_____. Case of Stanford vs. United Kingdom, 1994. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57874]. Acesso em: 25.06. 2012.

_____. Case of Sutter vs. Switzerland, 1984. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57585]. Acesso em: 01.06.2012.

_____. Case of T. vs. United Kingdom, 1999. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58593]. Acesso em: 18.06.2012.

_____. Case of Timergaliyev vs. Russia, 2008. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88888]. Acesso em: 24.06.2012.

_____. Case of Zana vs. Turkey, 1997. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58115]. Acesso em: 25.06.2012.

_____. Ekbatani vs. Sweeden, 1988. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CEQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.manskligarattigheter.gov.se%2Fdynamaster%2Ffile_archive%2F020501%2F1d6e73bce7e79b383beff78e4a5b68c3%2Fekbatani.doc&ei=FIvwT6vlCYjh0wHRuaH8Ag&usg=AFQjCNGpGOe-4I4eP4C-QUfGjoc86LJrUDA]. Acesso em: 18.06.2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilidade internacional do Estado e a Corte Interamericana de direitos Humanos, de Sidney Guerra – *RDB* 1/335;
- O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, de Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RDCI* 71/345; e
- Os princípios orientadores da convenção europeia de direitos humanos, de Patricia Micheli Folador – *RDCI* 78/309.

MÍDIA E TEORIA DA PENA: CRÍTICA À TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA PARA ALÉM DA DOGMÁTICA PENAL

1

Mass media and the theory of penalty: a critical approach on the theory of positive general prevention that goes much beyond criminal dogmatics

MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ

Mestre em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Paraná com Doutorado Sanduíche na Universidade de Bolonha. Graduada em Jornalismo na Universidade Federal de Santa Maria. Professora de Direito Penal e Criminologia no Centro Universitário Franciscano (Unifra).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Partindo da constatação de que não há tema que desperte maior engajamento social no debate público do que questões ligadas ao crime, o trabalho pretende expor um enfoque crítico sobre a teoria da prevenção geral positiva da pena, a partir da interação entre mídia e sistema penal. Se a pena possui a função de estabilização social após o desafio à norma realizado pelo infrator, discute-se neste trabalho o vácuo dessa teoria a respeito do que define quais são os casos criminais que geram desestabilização, demonstrando a arbitrariedade em sua definição. Na concretude das relações sociais, um papel fundamental é desempenhado pelos meios de comunicação de massa na construção da criminalidade e nos

ABSTRACT: Assuming that there is no other subject that triggers stronger social commitment in the public realm than crime-related questions, this paper intends to propose a critical approach on the positive general prevention theory of penalty, based on the interaction between mass media and the criminal system. If punishment intends to provide social stabilization after an offender has broken the law, this paper discusses the gap that exists in the theory concerning the definition of which criminal cases generate such destabilization and points out to the arbitrariness of such decision. In the reality of social relations mass media plays a major role in the construction of criminality and creation of

pânicos morais, culminando com a reprodução social das desigualdades com a difusão de estereótipos a respeito do crime, do criminoso e da vítima.

PALAVRAS-CHAVE: Funções da pena - Mídia - Sistema penal - Criminologia crítica - Prevenção geral positiva.

moral panic. The result of all this is the social reproduction of inequalities, the dissemination of stereotypes related to crime, the offender and the victim.

KEYWORDS: Functions of the penalty - Mass media - Criminal system - Critical criminology - Positive general prevention.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A pena para a manutenção do equilíbrio social: contexto, teoria e crítica da prevenção geral positiva: 2.1 A função do direito penal nas sociedades complexas; 2.2 A prevenção geral positiva como direito penal simbólico: e o bem jurídico? - 3. A divulgação da violação da norma e o simbolismo da pena na mídia: 3.1 A propaganda do crime: 3.1.1 Mídia e construção social da criminalidade; 3.1.2 Pânicos morais e demônios do povo para além da rotina da redação; 3.2 A propaganda da pena e o linchamento simbólico dos acusados; 3.3 A propaganda do sistema penal e seus efeitos legislativos - 4. Conclusão - 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As relações entre crime e mídia vêm sendo estudadas por um número crescente de pesquisas, da comunicação social à criminologia; do processo penal à psicologia. Diferentes são, por óbvio, as perspectivas de análise. Na perspectiva dos penalistas e criminólogos, as preocupações principais que emergem são, de um lado, os efeitos do sensacionalismo midiático em julgamentos e na elaboração de leis penais; de outro lado, a construção seletiva dos estereótipos dos criminosos e suas consequências.

Esse trabalho se situa nesse vasto marco de pesquisas sobre mídia e sistema penal, com o foco nas teorias das funções da pena, estabelecendo uma análise da teoria da prevenção geral positiva como desenvolvida pelo professor alemão, Günter Jakobs.

Partindo de uma perspectiva sociológica funcionalista luhmanniana, Jakobs entende que a pena tem a função de estabilização social após o desafio à norma realizado pelo infrator. A pena não teria, então, qualquer função utilitária no sentido de prevenção especial: ela serviria para provocar um efeito simbólico de confiança nas normas a todos os demais indivíduos a elas submetidos.

A questão que se busca responder com este trabalho é se, e em que medida, podem ser os meios de comunicação de massa responsáveis pela decisão de quais são os comportamentos contra os quais o direito penal deve reagir, dado que fatos desconhecidos não geram desequilíbrio social. Ainda, que outros

papéis podem esses meios cumprir em uma concepção funcional da sociedade. Essa análise buscará estabelecer, então, críticas à teoria de Jakobs, em especial advindas de questionamentos que não provêm da própria dogmática penal, mas sim da interação entre esses dois campos de conhecimento na realidade social.

O trabalho é dividido em duas partes. Na primeira, realiza-se uma contextualização política a respeito do ressurgimento teórico da prevenção geral positiva. Busca ainda apresentar tal teoria e expor as principais críticas a este modelo desenvolvidas por penalistas e criminólogos. Na segunda parte do trabalho são apresentados três diferentes aspectos nos quais os meios de comunicação poderão protagonizar decisões políticas a respeito: (1) de quais são os casos de violação à norma que geram desconfiança no sistema; (2) de quanto será a medida da pena em concreto para que o equilíbrio social se restabeleça; (3) de quais serão as novas condutas previstas em abstrato pelo legislativo, ou mesmo para quais condutas deve haver incremento da pena em abstrato. No segundo ponto acrescenta-se ainda o desenvolvimento por parte da mídia de uma função de execração pública do condenado, de modo que a própria necessidade de punição dos infratores começa a ser saciada em castigos virtuais.

2. A PENA PARA A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO SOCIAL: CONTEXTO, TEORIA E CRÍTICA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Apesar de a década de 1970 haver indicado que o futuro seria de retração do sistema penal, em função das teorias que provocaram o que Cohen chamou de "impulso desestruturador",[1] a partir da década de 1980 a tendência se modificou. Os contextos sociais propiciaram um novo endurecimento nas leis penais e nas políticas de segurança pública das grandes cidades, provocando o paradoxo de se apostar em um órgão de reprodução da violência para contê-la.

A realidade da globalização acentuou esse paradoxo, fazendo que, com a ascensão de grupos neoconservadores de direita, tanto estes como os progressistas, passassem a exigir a ação do direito penal, com finalidades diferentes. A

1. COHEN, Stanley. *Visiones del control social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: PPU, 1988. O autor concebe o "impulso desestruturador" como sendo o conjunto de ataques ao sistema de controle penal, sendo que a partir de 1960 havia quase "um consenso ideológico em favor de inverter a direção que o sistema havia adotado em finais do século XVIII", p. 56. Estão neste grupo quatro grupos de ideologias ou movimentos desestruturadores: opostos ao Estado; opostos ao perito; opostos à instituição e opostos à mente. Idem, p. 56-57.

adoção de determinadas políticas econômicas sustentadas pela ideologia neoliberal nesse contexto condicionaram a realidade de um novo aprisionamento em massa, bem como a adoção de teorias biologicistas sobre o crime para justificá-lo.

Se a ideia de prevenção especial positiva esteve ligada a um sistema econômico intervencionista, e um pensamento criminológico de corte positivista, a queda do *welfare state* rapidamente trouxe o descrédito do correcionalismo em matéria penal. Garland qualifica tal ruptura de "inesperada" e "radical", contrariando as expectativas dos operadores e estudiosos, já que "o correcionalismo, mais que uma moda que pudesse ir e vir, era um elemento revelador da própria modernidade".[2] Tal decadência do correcionalismo, apesar de defendida por criminólogos liberais e progressistas, se transformou, segundo o autor, em uma realidade reacionária e perigosa para os mesmos grupos que antes o combatiam.[3]

A se somar no coro contra o correcionalismo, outros grupos de críticos trouxeram alternativas opostas: ao contrário de programas sociais e redistribuição econômica, defendiam um neorretribucionismo, buscando reduzir os índices criminais através de castigos dissuasivos, com pena determinada.[4] Começou-se com o estabelecimento da pena mínima obrigatória para, a seguir, fugir completamente da ideia da pena merecida, adotando um caminho que via a efetividade do encarceramento no puro castigo e incapacitação em longo prazo.[5]

O "desperdício" de dinheiro público com programas sociais relacionados à ressocialização foi o argumento mais comum desenvolvido contra o correcionalismo, de modo que, se o *welfare state* estava já em crise, nada mais previsível que a intervenção estatal tendo a pena como um bem ao prisioneiro, também acabasse sucumbindo. Uma das características centrais dessa mudança foi a compreensão das ajudas sociais como luxos custosos com os quais os contri-

---

2. GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 108.

3. Para conhecer algumas dessas críticas ao correcionalismo, cf. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004. p. 20. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

4. GARLAND, David. Op. cit., p. 117.

5. Idem, p. 119.

buintes deveriam arcar, de modo que as políticas correcionalistas do *welfare* passaram a ser vistas como indulgentes e contraproducentes.

A partir daí, diversas outras teorizações acerca da função da pena passaram a ser desenvolvidas como meio de legitimá-la, diante do "impulso desestruturador" e das mudanças econômicas. Uma delas é a retomada da chamada "prevenção geral positiva", ou prevenção-integração, cuja apresentação (1.1) e críticas (1.2) serão realizadas nos tópicos a seguir.

2.1 A função do direito penal nas sociedades complexas

O século XIX foi marcado, em termos de teorias criminológicas, pela busca de se construir uma ciência, de corte causal-naturalista, tal qual o paradigma imperante na época, a respeito do crime. Seu precursor, Cesare Lombroso, ao fundar a chamada antropologia criminal, deu início a um conjunto de pesquisas sucessivas que posteriormente foram abarcadas sob o título de Escola Positiva. Pressuposto dessa corrente é o caráter excepcional da conduta criminosa, a qual rompe com a estabilidade social e faz de seu agente um criminoso, sujeito diferenciado, senão anormal, e daninho à sociedade. Consequência dessa elaboração, a função da pena deve ser justamente a de agir sobre o indivíduo, de modo a "normalizá-lo", curá-lo de sua patologia. Essa é a origem da função de prevenção especial positiva.

Em contraponto a essa concepção, Émile Durkheim, com sua teoria funcionalista apresenta uma crítica tanto aos contratualistas, que percebiam a sociedade como sendo posterior ao contrato, e, portanto, artificial; quanto aos positivistas, na medida em que entendia o crime como um elemento funcional da sociedade. Com sua teoria, Durkheim define a sociologia como a prioridade do todo sobre as partes, ou a irredutibilidade do conjunto social à soma dos elementos, e a explicação dos elementos pelo todo.[6]

Quanto ao crime, apesar de reconhecer que todos os criminólogos da época estavam de acordo quanto ao seu caráter patológico, Durkheim pondera que tal fenômeno é observado "em todas as sociedades de todos os tipos", apresentando todos os sintomas da normalidade.[7] "Fazer do crime uma doença social seria admitir que a doença não é algo acidental, mas, ao contrário, deriva, em certos casos, da constituição fundamental do ser vivo; seria apagar toda distin-

6. ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

7. DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ção entre o fisiológico e o patológico".[8] O crime possuiria, então, uma função na sociedade: a de possibilitar a reafirmação da validade das normas sociais, através da punição.[9] A pena, por sua vez, não poderia ter por objeto curar o crime, já que ele não tem nada de patológico. Então, "sua verdadeira função deve ser buscada em outra parte".[10]

A função da pena será, pois, satisfazer a consciência comum, ferida pelo ato cometido por um dos membros da coletividade: o crime exige reparação e o castigo do culpado é esta reparação feita aos sentimentos de todos.[11] Ao apelar para o sentimento, Durkheim dirá, então, que o fundamento da pena é, de fato, a reação emocional diante do ferimento à consciência coletiva. A exigência de castigo é uma reação passional, e ele se torna necessário para apaziguar a sociedade.

Daí se percebe que Durkheim não viu na pena as funções clássicas da doutrina penal, seja a prevenção de delitos, seja um instrumento para a correção dos infratores, seja, ainda, um meio para lograr que o direito seja cumprido.[12] As reais funções do castigo não são penais, mas, "como instituição social que é, a) assegurar a coesão social, b) reforçar o sentido da autoridade, c) contribuir à reprodução moral da sociedade, e d) ser um eficaz meio de disciplinamento social".[13] A sociologia Durkheiminiana inspirou diferentes tendências dentro da sociologia do direito, dentre elas, a de Talcott Parsons, e, sob sua influência, a de Niklas Luhmann e sua Teoria Sistêmica.

Niklas Luhmann se sustenta na tese central de Parsons de que "os diversos atores, que podem dar um sentido individualmente subjetivo à sua ação, sempre que desejem atuar entre si em uma certa situação, têm que integrar as expectativas recíprocas de comportamento, e essa integração ocorre com o recurso à estabilidade de normas duráveis, compreensíveis e assimiláveis".[14]

---

8. Idem, p. 83.
9. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
10. DURKHEIM, Émile. Op. cit.
11. ARON, Raymond. Op. cit.
12. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 45.
13. Idem, ibidem. Trad. livre do original em espanhol: "(...) como institución social que es (a) asegurar la cohesión social, (b) reforzar el sentido de la autoridad, (c) contribuir a la reproducción moral de la sociedad, y (d) ser un eficaz medio de disciplinamiento social".
14. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. vol. I, p. 31.

Desse modo, para tornar possível a complementaridade das respectivas expectativas, "toda interação duradoura pressupõe normas, e sem elas não constitui um sistema".[15]

Luhmann entende que o direito pode ser definido como "estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas".[16] Nesse sentido, é o direito um instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização de expectativas. A sua função é a de garantir o modo de confiança que é possível nos sistemas sociais complexos, independentemente do conteúdo específico das normas.[17] A segurança que será garantida pelo direito, então, está mais ligada às expectativas, ficando em segundo plano a segurança do preenchimento das expectativas através do comportamento esperado.[18] Isso demonstra que a segurança existirá quando estiver presente a expectativa e não necessariamente quando a expectativa for cumprida.

A partir dessa constatação, Baratta nota que a teoria sistêmica "traslada do indivíduo ao próprio sistema o centro da subjetividade do sistema social, e com isso atribui muito mais valor, para a estabilidade do sistema social, à produção de consenso e a seus equivalentes funcionais que ao princípio crítico de valoração ética e política tanto individual como coletiva".[19] Assim, ao violar a norma, o indivíduo, mais do que lesionar bens jurídicos, quebra a confiança institucional dos membros da sociedade, e, por isso, a pena servirá justamente para recuperar essa confiança. Nas palavras de Luhmann, "a sanção ao infrator do direito torna-se então o meio mais expressivo e institucionalmente privilegiado, da manutenção das normas".[20] Nota-se daí a perfeita vinculação com a concepção de Durkheim sobre a função da pena.

---

15. Idem.
16. Idem, p. 121.
17. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: compilación in memorian*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004. p. 1-30. p. 2.
18. LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 115.
19. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica cit., p. 3. Trad. livre do original em espanhol: "En efecto, la teoría sistémica traslada del individuo al sistema mismo el centro de la subjetividad del sistema social, y con ello atribuye mucho más valor, para la estabilidad del sistema social, a la producción de consenso y a sus equivalentes funcionales que al principio critico de la valoración ética y política tanto individual como colectiva".
20. LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 116.

A partir dessa bagagem sociológica, recentemente um grupo de autores, dos quais se destaca o alemão Günter Jakobs, passaram a estabelecer uma série de críticas às teorias sobre funções da pena, concluindo que mais do que corrigir o condenado, ou prevenir crimes a partir da intimidação, sua função essencial seria de conformação social. Ao sustentar a função de prevenção geral positiva da pena, Jakobs afirma que:

"(...) a pena deve ser entendida, acima de tudo, como marginalização do fato em seu significado lesivo para a norma e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada; a pena é confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilidade normativa, e com a pena se alcança este – se se quer – fim da pena sempre."[21]

Jakobs explica que a expectativa em relação a qual ocorre um rompimento, em função da prática da conduta punível, não é apenas do direito penal, mas sim da sociedade, que diferenciou o direito penal como sistema parcial. Assim, a expectativa é social, de modo a se harmonizarem o direito penal e a sociedade.[22] Isso significa que é a pena uma ratificação da existência da norma diante de uma conduta que a desafiou.[23] É ela a expressão de recusa da sociedade em conceber uma mudança em sua configuração diante do fato punível, com isso permitindo a manutenção do *status quo*.[24]

A expressão "geral", de prevenção geral positiva, por sua vez, não teria o significado de produzir efeito em numerosas pessoas não criminosas, mas sim o de garantir o genérico, o geral, "a configuração da comunicação". Por outro lado, a expressão "prevenção" não significaria que através da pena se queira alcançar algo, mas sim que ela, "como marginalização do significado do fato em si mesma, tem como efeito a vigência da norma".[25]

---

21. JAKOBS, Günter. *Dogmática penal y la configuración normativa*. Madrid: Civitas, 2004. p. 41. Trad. livre do original em español: "La pena ha de entenderse más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedade permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este – si se quiere – fin de la pena siempre".
22. Idem, p. 77.
23. Idem, p. 76.
24. JAKOBS, Günter. Imputación jurídicopenal: desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma. In: _____; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. p. 33-54. p. 33.
25. JAKOBS, Günter. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 33.

É a vigência da norma, nessa perspectiva, equiparada, senão considerada, um bem jurídico-penal a ser protegido pelo direito penal, no intuito de garantir a identidade da sociedade.[26] A reação do direito penal deve ocorrer não diante de um fato como lesão de um bem jurídico, mas sim a um fato enquanto quebra da norma.[27] A pena não é tão somente um meio para manter a identidade social; ela já constitui essa manutenção por si própria.[28]

Evidentemente que, apesar de não ser essa uma teoria nova, sua defesa nos dias atuais, em que a tendência entre os penalistas é tentar sustentar os limites ao poder arbitrário do Estado através dos princípios liberais do direito penal, de um lado; e, de outro lado, buscar o que Baratta chamou de "garantismo positivo", é polêmica. E não é à toa, pois diversos argumentos, de diferentes matizes, trazem críticas bastante oportunas.

2.2 A prevenção geral positiva como direito penal simbólico: e o bem jurídico?

Não há dúvidas de que o retorno à prevenção geral positiva no discurso jurídico-penal da atualidade tenha decorrido da crise das demais justificativas da pena, em especial da relação entre a queda do *welfare state* e a deslegitimação da prevenção especial positiva.[29] Se, por um lado, afirma-se não ter sido a deslegitimação teórica do correcionalismo que provocou a sua decadência, mas sim a impossibilidade da sustentação de seus custos em um paradigma neoliberal,[30] a construção científica de outros discursos a legitimarem a pena partiu de ambas as frentes. Diante das pesquisas sociológicas que demonstraram o paradoxo contido nas ideologias "re" para justificar a segregação, apelou-se para uma linha de raciocínio abstrata e, sem dúvida, indemonstrável empiricamente. Se não é possível provar a pertinência de suas teses, tampouco o é contrariá-las a partir de dados sociológicos.[31] Assim, "os princípios de legi-

26. JAKOBS, Günter. Imputación jurídicopenal: desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma cit., p. 33.

27. JAKOBS, Günter. *Sociedade, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996. p. 11.

28. Idem, p. 18.

29. PAVARINI, Massimo. *Um arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006; GARLAND, David. Op. cit.

30. PAVARINI, Massimo. Op. cit.

31. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

timação preventiva do Direito Penal antes representam princípios de crença do que princípios de ciência".[32]

As críticas não irão se centrar, então, em estudos sociológicos que provem o não cumprimento, pela punição, da função de estabilização social, mas sim em outros âmbitos de análise. Em primeiro lugar, na área da dogmática, os questionamentos da teoria da prevenção-integração recaem sobre a sua adequação aos princípios do direito penal liberal. Em segundo lugar, quanto à base sociológica, questiona-se se é pertinente basear uma teoria de justificação da pena a partir de um modelo de sociedade consensual, dado o pluralismo característico das sociedades avançadas. Em terceiro lugar, o questionamento fundamental sobre o funcionamento concreto dessa teoria através das seguintes perguntas: qual será a fonte da decisão a respeito de quais comportamentos violadores da norma geram desconfiança social? Como poderá ser determinada a medida da pena de tal modo que se possa atingir a finalidade de estabilização social? Ainda, em quarto lugar, são questionadas as consequências políticas da adoção dessa teoria.

Numerosas e diversas são, portanto, as críticas que envolvem a teoria da prevenção-integração, especialmente da maneira como a formula Günter Jakobs. A primeira e mais evidente de todas elas advém da própria base sociológica de que parte: seu funcionalismo de base está preocupado antes com o sistema do que com a liberdade dos sujeitos; antes com o sistema do que com o bem jurídico lesionado pela conduta contrária à norma penal.[33]

Primeiro, em termos teóricos, é possível afirmar, junto com Zaffaroni et al, que tal concepção fere o princípio de lesividade, já que a prioridade da criminalização levará a que condutas contrárias à norma que não firam bens jurídicos, mas que, por outro lado, provoquem algum abalo na confiança da sociedade, sejam necessariamente o objeto de punição por parte do Estado, enquanto condutas que firam bens jurídicos, mas não provoquem desconfiança por parte da sociedade não venham a ser o foco da punição estatal.[34]

Por consequência, o que importará na violação da norma será o "grau de intolerabilidade funcional em direção à expressão simbólica de infidelidade

32. Idem, p. 73.

33. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica cit.

34. ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

em relação com os valores consagrados pelo ordenamento positivo",[35] o que significa dizer que não é uma lesão grave que implicará em pena elevada, mas sim uma maior intolerabilidade funcional. Dessa constatação surge a principal e mais evidente crítica criminológica a se realizar: o que determinará a maior intolerabilidade será a seletividade do sistema penal de um lado, e da opinião pública de outro lado. Crimes que se encontram já no imaginário popular, contra pessoas já também pertencentes ao estereótipo dos grupos sociais mais vulneráveis da população serão mais intoleráveis e serão, portanto, os mais perseguidos pelo sistema. De outro lado, crimes que estão fora de tal imaginário e cujos autores não pertencem ao estereótipo de criminoso, vão trazer à tona a velha discussão sobre os crimes de colarinho branco, os quais são mais graves em termos de desvalor de resultado, entretanto, contra eles há pouca ou nenhuma reação social. Nesse sentido é a crítica de Baratta de que "a posição de Jakobs não permite identificar como problema político a desigualdade na distribuição do 'bem negativo' criminalidade, em prejuízo dos grupos da população mais fracos socialmente e a exigência de uma compensação a essa desigualdade".[36] Ao não identificar tal problema, evidentemente, o legitima, na medida em que o oculta.

Além da lesividade, outro princípio liberal deslocado pela prevenção-integração é o de culpabilidade. Esse princípio busca atribuir aos violadores das normas penais as sanções correspondentes à sua estrita culpabilidade, o que fica de lado quando se mede a pena pelo abalo à norma, de modo a que ela seja capaz de restaurar a confiança dos membros da sociedade. Desse modo, a pena adequada não obedecerá ao critério da reprovabilidade, mas antes, de um lado, a uma análise sobre a intolerabilidade social da conduta contrária à norma, e, de outro lado, sobre a capacidade da pena para restaurar a confiança no sistema. A medida, entretanto, poderá ser dada através de uma diversidade de critérios, dentre os quais aparece, por exemplo, a sua repercussão nos meios de comunicação de massas, tema este analisado no próximo tópico.

35. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica cit., p. 4. "(...) el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo".

36. Idem, p. 22. Trad. livre do original em espanhol: "La posición de Jakobs no permite identificar como problema político la desigualdad en la distribución del 'bien negativo' criminalidad, en perjuicio de los grupos de la población más débiles socialmente, y la exigencia de una compensación a esa desigualdad". No mesmo sentido, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, n. 12, ano 7, p. 53-58.

Dessa crítica a respeito da posição preterida do sujeito e sua liberdade em relação à manutenção do sistema se sobressai a ideia de que não importa qual é o conteúdo das normas que estariam tendo sua validade confirmada pela pena, desde que significasse sim a manutenção do sistema. Jakobs concorda com esta crítica, porém, explicando que de fato o sujeito só existe em sociedade e que, portanto, a liberdade individual dependerá dessa sociedade mesma. Por outro lado, responde que o fato de a perspectiva funcionalista sistêmica não defender propriamente conteúdos demonstraria que "o ponto de partida funcional não muda nada, pois é neutro".[37]

É nesse sentido então que ingressa a ideia da pena como "prevenção-integração", ou seja, a pena com a função primária de "'exercitar' o reconhecimento da norma e a fidelidade frente ao direito por parte dos membros da sociedade".[38] Essa concepção parte de uma sociedade consensual, uma sociedade em relação à qual é possível determinar valores, crenças e atitudes compartilhadas. A perspectiva funcional considera, então, disfuncional qualquer desafio à ordem vigente, não interessando saber que ordem é esta, desde que ela tenha sido construída funcionalmente.

Exigir fidelidade à norma pressupõe a ausência de questionamentos macroestruturais ligados ao direito penal: o fato de as normas na sociedade capitalista serem instrumento de dominação de classe;[39] as características de sociedades patriarcais que usam o direito para subjugar as mulheres; a pluralidade cultural interna às sociedades em seus valores e crenças e a relatividade do direito penal etc. Assim, as relações de poder subjacentes ao direito não aparecem questionadas na perspectiva funcional, a qual está pronta a legitimar qualquer conteúdo, desde que a forma seja adequada a seus princípios. É justamente este o ponto de crítica de Pavarini: "o uso instrumental da teoria da prevenção-integração para relegitimar o sistema penal vigente, evadindo a questão dos conteúdos – o que se protege e como se protege penalmente – e, mais ainda, o problema de suas possíveis alternativas (que e como se poderia tutelar de outro

37. JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional* cit., p. 30. Trad. livre do original em espanhol: "(...) el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral".

38. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica cit., p. 3. Tradução livre do original em espanhol: "(...) 'ejercitar' el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad".

39. PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

modo)".[40] É ideológica, portanto, essa teoria quando defende ser esta realidade a única normalidade possível.[41]

Por outro lado, a crítica da situação preterida do sujeito na análise sobre a função da pena conclui que ele não é o destinatário de uma política de reintegração social, ele é apenas o "bode expiatório" de uma resposta penal simbólica que exerce tal função preventiva e integradora, funcionando como mero instrumento, suporte psicofísico de uma ação simbólica.[42]

Na prática está o direito penal ancorado apenas simbolicamente, já que não pretende proteger bens jurídicos, mas causar uma sensação na sociedade: a de que se pode confiar no direito. Esta teoria não deixa de estar ligada, portanto, à ideia de sensação de insegurança, tão cara a discursos políticos e midiáticos da atualidade.

Ao excluir os criminosos como bodes expiatórios, cria-se um paradoxo: se com a pena se busca o retorno ao equilíbrio social, a punição, ao provocar a desintegração social do condenado acabaria gerando uma disfunção no sistema. Como bem diz Jakobs, o cidadão não deve ser neutralizado, sua pena serve apenas para assegurar aos demais a validade da norma. Porém, dadas as pesquisas a respeito das dificuldades de reinserção social daquele que foi privado de liberdade pelo sistema penal, além das teorias sobre o desvio secundário e a formação de carreiras criminosas, a reincidência é o caminho mais provável diante da estigmatização. Desse modo, com o contato reiterado com o sistema penal, já se poderá justificar sua transformação em inimigo: aquele que possui características que importem uma segurança cognitiva insuficiente de um comportamento pessoal não poderá ser tratado como pessoa.[43]

---

40. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 78. Trad. livre do original em espanhol: "(...) el uso instrumental de esta teoría para relegitimar el sistema penal vigente, evadiendo la cuestión de los contenidos – qué se protege y cómo se protege penalmente – y, más aún todavía, el problema de sus posibles alternativas (qué y cómo se podría tutelar de otro modo).

41. Idem.

42. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica cit., p. 23. Baratta identifica aí uma semelhança entre o funcionalismo sistêmico e a teoria psicanalítica sobre a resposta penal, de modo que "La desaprobación del comportamiento y de la actitud del autor mediante la reacción simbólica de la pena representa una protección necesaria de los mecanismos inhibitorios contra el *contagio* que aparecería, si no interviene la pena, por la potencial identificación de los otros sujetos con el autor de la violación". Idem, p. 9.

43. A proposta do direito penal do inimigo, contraposto ao direito penal do cidadão foi criada por Günther Jakobs, e apresentada pela primeira vez ainda na década de 1980.

3. A DIVULGAÇÃO DA VIOLAÇÃO DA NORMA E O SIMBOLISMO DA PENA NA MÍDIA

O processo de racionalização das mais diversas esferas da vida nas sociedades modernas, identificado por Weber, atingiu sem dúvidas o sistema penal. A passagem dos suplícios à adoção de uma funcionalidade positiva para a pena, através do saber científico capacitado a transformar o homem, ocorreu junto à construção de um aparato racional-burocrático, o qual buscou também abandonar os aspectos emocionais sobre a necessidade de punir na fundamentação da pena. Segundo Garland, entretanto, jamais foi possível na prática que as formas racionalizadas monopolizassem o campo penal.[44]

Se Weber e Foucault demonstraram esse processo de racionalização que atingiu a esfera penal no século XIX, Durkheim e sua visão da penalidade como reação passional não podem ser deixados de lado. É necessário, para compreender o fenômeno da punição, pensar também sobre "as formas de interação entre o agir racional, não racional e irracional que pertencem à esfera penal e aos seus modelos disciplinares".[45]

A prevenção geral positiva, se pensada da maneira proposta por Jakobs, pode facilmente ser identificada com essa percepção irracional: pouco importa o saber científico sobre o crime, de nada servem aparatos para buscar a reintegração social do condenado. Interessa sim, o efeito simbólico que a pena causará no restante da sociedade que será determinado justamente pela saciedade dos desejos punitivos derivados da paixão coletiva. Assim, na análise do fundamento que o funcionalismo sistêmico busca conferir à punição, fica ainda mais evidente a sua filiação à concepção durkheiminiana da pena como reação passional da sociedade contra aquele que se subtraiu à sua função e gerou, com

---

Atualmente, a ideia foi revista e reapresentada pelo autor na forma de artigos, e tem como base a idéia de que "quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas". JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 42. Apesar de sua pertinência essa consequência da teoria da prevenção geral positiva de Jakobs não será tratada nesse trabalho.

44. GARLAND, David. *Pena e società moderna: uno studio di teoria sociale*. 2. ed. Milano: Il Saggiatore, 2006.

45. Idem, p. 230.

sua conduta, um desequilíbrio social. Como nota Pavarini, "a justificação do direito de punir retorna, dessa forma, a sua origem primitiva, àquela fase que precedeu a ruptura imposta pela modernidade, é dizer a uma penalidade liberada em seus conteúdos e em suas formas de todo vínculo racional. Uma sorte de regresso, então, a uma 'penologia fundamentalista'".[46]

Partindo-se desse pressuposto, o próximo questionamento diz respeito à maneira como, em sociedades complexas como as atuais, é possível para legisladores, no campo político de elaboração do direito penal abstrato, e para o Judiciário, no direito penal concreto, identificar quais são os comportamentos que geram desequilíbrio social, e através de que medida de pena será possível reequilibrar a sociedade. É nesse ponto que ingressam questões importantes, como a centralidade da comunicação de massa na sociedade atual e a potencial construção de pânicos morais a partir da espetacularização do crime.

A seguir, alguns dos aspectos determinantes dos meios de comunicação em sua relação com tais definições sobre a pena na prevenção geral positiva serão analisados. Em primeiro lugar, estuda-se o modo como a mídia pode vir a determinar o que será considerada uma violação relevante da norma; em segundo lugar, o modo como os meios de comunicação por si próprios já exercem uma função semelhante à da punição estatal, e, portanto, de afirmação da validade da norma, ao execrarem publicamente os acusados antes mesmo da conclusão do processo judicial; em terceiro lugar, busca-se analisar o modo como, ao espetacularizarem o crime, geram campanhas de reação punitiva que podem trazer consequências na própria construção da legislação penal, elevando os parâmetros de avaliação da medida da pena necessária ao restabelecimento do equilíbrio social.

3.1 A propaganda do crime

Quais são as violações à norma penal que podem vir a provocar uma desconfiança da sociedade a respeito de sua validade?

A primeira resposta a esta pergunta é óbvia: em primeiro lugar, apenas as violações que forem conhecidas. Daí a conclusão de que crimes não conhecidos – todos aqueles pertencentes à cifra negra da criminalidade – não são rele-

46. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 134. Trad. livre do original em espanhol: "La justificación del derecho de punir retorna, de esta forma, a su origen primitivo, a aquélla fase que precedió a la ruptura impuesta por la modernidad, es decir a una penalidad liberada en sus contenidos y en sus formas de todo vínculo racional. Una suerte de regreso, entonces, a una "penología fundamentalista"".

vantes para a teoria da prevenção-integração, tornando-se mais benéfico para o sistema antes o desconhecimento dos crimes do que a sua persecução. Mas dessa primeira resposta surge outra pergunta: como, em sociedades complexas e avançadas, as pessoas tomam conhecimento da violação de normas penais?

Não apenas no que tange ao crime, mas todos os âmbitos da vida social hoje são permeados por informações mediadas por meios de comunicação de massa, tais como a televisão, o rádio, jornais impressos, e sobretudo, a Internet. Não há dúvidas de que a carga de informações disponíveis, bem como sua diversidade em termos de temas, fontes e origens devem-se à proliferação de veículos de comunicação, além do acesso massivo a esses meios encontrado nos dias atuais.

Afora o trabalho e o sono, a atividade na qual as pessoas despendem a maior parte de seu dia é no contato com os meios de comunicação.[47] Uma parcela significativa do que conhecem sobre o mundo é pautado e enquadrado através de critérios sobre os quais a maioria dos receptores de mensagens mediadas jamais se questionou. Mas que critérios são esses? Como se define se um fato é digno de ser transmitido à população? E sob que enquadramento?

Esse tópico está dividido em duas partes. O primeiro busca responder aos questionamentos acima através das teorias da construção social da notícia. O segundo apresenta uma análise posterior à da construção social: a própria criação de pânicos morais decorrentes da seleção e enquadramento de casos criminais operados pelos meios de comunicação.

3.1.1 Mídia e construção social da criminalidade

Diversos métodos e teorias foram utilizados para buscar responder às questões acima colocadas. Uma linha de investigação é aquela que considera a realidade como uma construção social. Mas se a realidade não possui *status* ontológico, sendo na verdade o produto de uma construção proporcionada pelas interações sociais, o próprio jornalista está envolvido nesse processo, assim como o próprio jornal, caindo por terra a defesa da objetividade. Dessa forma, "a notícia não espelha a realidade, ajuda a construí-la como fenômeno social compartilhado, posto que no processo de descrever um acontecimento a notícia define e dá forma a esse acontecimento".[48]

---

47. BERTRAND, Claude-Jean. *A deontologia das mídias*. Bauru: Edusc, 1999.

48. TUCHMAN, Gaye. La producción de la noticia. *Estudio sobre la construcción de la realidad*. Barcelona: G. Gili., 1983. p. 197-198.

Ao mesmo tempo em que a notícia é um produto da realidade social, ao registrá-la, a notícia também a produz, através da seleção operada e dos enquadramentos realizados. Essa seleção faz parte do processo de construção das notícias, em função de que a quantidade de fatos que chegam às organizações jornalísticas, através da rede de informações,[49] é muito superior ao espaço disponível. Assim, o primeiro quesito a ser definido na construção das notícias é justamente o de quais serão os acontecimentos cujos relatos serão dignos de transmissão. É o que os autores do *newsmaking* chamam de critérios de noticiabilidade.

Nas pesquisas sobre a noticiabilidade, buscou-se determinar as tipificações, os hábitos que demonstram quais as condições os acontecimentos devem satisfazer para se tornarem notícias.[50] A essas condições, obtidas a partir de valores culturais partilhados pelos jornalistas, atribuiu-se o título de valores-notícia. Os valores-notícia buscam responder aos critérios de relevância, interesse e pertinência de acontecimentos para que se transformem em notícias,[51] e servem para rotinizar um trabalho que por si é sempre inteiramente novo.

Os acontecimentos negativos costumam ter um grau de noticiabilidade incomparável. Isso depende da existência ou não de outros valores-notícia, como envolver países ou pessoas de elite, mas, de qualquer forma o jornal sempre tem espaço para a violência e a morte. Os crimes, dentre os acontecimentos negativos, possuem características ainda mais interessantes. Propiciam a busca por um culpado, contra quem a sociedade possa se voltar, ao mesmo tempo em que geram uma trama por vezes digna da ficção, com direito a novos capítulos

49. A rede de informações, na definição de Tuchman, é constituída através da dispersão dos jornalistas a diferentes locais estratégicos de onde partirão acontecimentos noticiáveis, tudo facilitado pelo progresso tecnológico. Essa rede segue três critérios ou métodos, baseados no que se imagina serem os interesses do leitor, para o posicionamento de jornalistas. São eles a territorialidade geográfica, as atividades específicas e a especialidade tópica. Um questionamento sobre a formação da rede é a de que os locais onde os profissionais estarão posicionados determinarão quais serão os fatos a serem noticiados, sendo que esses lugares são muito comumente institucionais. "A rede informativa impõe uma ordem ao mundo social porque faz possível que os acontecimentos informativos ocorram em algumas zonas, mas não em outras". Idem, p. 36.

50. GALTUNG, Johan; RUGE, Mari Holmboe. The structure of foreign news: the presentation of the Congo, Cuba and Cyprus crises in four Norwegian newspapers. *Journal of international peace research* 2/64-91.

51. WOLF, Mauro. *Teorie delle comunicazioni di massa*. XXII ed. Milano: Bompiani, 2006. p. 185.

a cada dia. Violência e crime costumam estar, portanto, no topo de todos os valores-notícia.

Apesar de romperem com a normalidade dos acontecimentos diários, as notícias sobre crimes são também aquelas em que a rotinização do trabalho que lhes dá origem é extrema. A própria rede informativa se encontra formada de tal maneira que normalmente há um repórter responsável por verificar os informes da polícia, as operações realizadas pela mesma, assim como as prisões efetuadas, os flagrantes e objetos apreendidos. Isso significa que a própria pauta das notícias sobre crimes parte desde já de agências de controle social formal.[52] Por si só isso "provoca de entrada *um processo de seleção* a respeito da realidade (...)".[53] Assim, a principal característica das notícias sobre crimes é a quase total dependência do papel dos definidores primários.[54]

A seletividade é uma característica comum à operacionalização do sistema penal e da construção das notícias, dada pela impossibilidade de lidarem com a totalidade dos universos nos quais trabalham. Se é o sistema penal um órgão de reprodução social de desigualdades, que parte de estereótipos do crime e do criminoso localizado nas parcelas mais vulneráveis da população, a seleção operada por suas agências servirá também para os meios de comunicação, em função de sua dependência em termos de fontes. Então, ao reproduzirem o discurso das agências de controle penal sobre a criminalidade, as notícias incidem no mesmo problema: também se voltam contra uma parcela da sociedade, bem como contra uma parcela de atos cometidos: os crimes de rua.[55] Da mesma forma, a violência, ponto tão caro a se somar na configuração dos valores que conferem a noticiabilidade ao fato, é reduzida à violência individual, sendo sinônimo de crimina-

52. BUDÓ, Marília de Nardin. Entre construção social da criminalidade e delimitação do inimigo interno: o crime no jornal. *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008. p. 629-646.

53. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los medios de comunicación de masas. In: BERGALLI, R. et al (orgs.). *El pensamiento criminológico II: Estado y control*. Bogotá: Temis, 1983. p. 58. Trad. livre.

54. HALL, Stuart et al. The social production of news: mugging in the media. In: COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. *The manufacture or news: deviance, social problems & mass media*. London: Sage, 1981. p. 342. Na percepção estruturalista a que Hall et al se vinculam, a utilização de fontes oficiais é considerada como o exercício de um papel de definição primária. "A definição primária *estabelece o limite* de todas as discussões subseqüentes através do seu *enquadramento do problema*. Este enquadramento inicial fornece então critérios segundo os quais todas as contribuições subseqüentes serão rotuladas de relevantes para o debate, ou irrelevantes". Idem.

55. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit.

lidade e de insegurança dos cidadãos. A violência estrutural, conceituada como repressão das necessidades humanas fundamentais, e a violência institucional, que é provocada pelo próprio sistema penal,[56] não são compreendidas como violências, e têm baixíssima pontuação no quadro dos valores-notícia.

Nos casos de notícias sobre crimes, o termo *story* ou "estória", utilizados pelos jornalistas ingleses e portugueses para mostrar que a notícia não é o próprio fato, mas uma construção sobre ele, fica bastante evidente.[57] Normalmente busca-se a vítima e o bandido, o lado do bem e o lado do mal. É um discurso de conto de fadas, como aduz Bustos Ramírez, mas com aparência de objetividade, autoridade e o máximo de credibilidade, "e isso aumentado pelo *profissionalismo* tanto do jornalista como da fonte, a polícia".[58]

A exposição de uma evidente separação maniqueísta entre o bem e o mal, entre as pessoas naturalmente criminosas e aquelas de bem, que anteriormente era justificada pela criminologia positivista, é sustentada na atualidade pela mídia. "As produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a idéia simples – e simplista – de que há os bons de um lado e os maus de outro".[59] Dessa maneira pode-se reafirmar o consenso, "para determinar quem está dentro e quem está fora, em definitivo, para reafirmar o *status quo*".[60] Os crimes de rua costumam ser representados pela opinião pública e os meios de comunicação de massas "adotando um esquema de repartição dos papéis da vítima e do agressor que corresponde normalmente, em grande medida, à relação entre grupos sociais privilegiados e 'respeitáveis' de uma parte, e grupos marginais e 'perigosos' da outra (estrangeiros, jovens, tóxico-dependentes, pobres, sem família, desempregados ou sem qualificação profissional).[61]

Longe da ideia de que os meios de comunicação manipulam as mentes de uma massa sem discernimento, a teoria da notícia como construção social os

56. BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: compilación* in memorian. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

57. TUCHMAN, Gaye. Telling stories. *Journal of Communication*, vol. 26, n. 4.

58. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 59. Trad. livre.

59. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. p. 56.

60. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 59. Trad. livre.

61. BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *RBCCrim* 29/31.

considera "como veículos de uma ideologia de controle, dentro das características próprias de um sistema de mercado e de consumo".[62] Controle este que se reflete nas relações sociais, se modifica, mas também se reproduz através da interação, e acaba fornecendo uma imagem sobre o sistema que é ideologicamente formada, em especial no que tange a sua instrumentalidade e, simultaneamente, ineficiência.

Com efeito, se a teoria do *labbeling approach* demonstrou que o crime não tem *status* ontológico, e é, portanto, uma construção social, a mídia opera de forma decisiva nesse processo. Os meios de comunicação de massa, portanto, auxiliam as demais instâncias de controle social na construção social da delinquência "ao fundamentar sobre apenas um tipo de delinquência a informação de 'tragédias'", e na construção social do delinquente "ao conformar o estereótipo diferencial de delinquente através da edição da notícia, seu lugar na página, os caracteres utilizados, as fotos e o vocabulário particular para referir-se a ele".[63]

Como mecanismo que traduz a continuidade entre controle social formal e controle social informal, a linguagem instrumentalizada pelos meios de comunicação de massa produz uma legitimação quotidiana do sistema penal. Com isso, a atuação de seus órgãos encontra respaldo na aniquilação conceitual dos desviantes, produzida diariamente pelos meios de comunicação, em especial pelas notícias. É contra um grupo inteiro da população que as notícias costumam se voltar, e não apenas contra o provável agressor.

3.1.2 Pânicos morais e demônios do povo para além da rotina da redação

A construção social da criminalidade na interação entre mídia e sistema penal não se resume apenas a um resultado inevitável de uma seleção necessária. Não se trata apenas de uma delimitação diária das condutas violadoras da norma que serão conhecidas pelo povo; em muitas situações os meios de comunicação de massa constroem mesmo verdadeiros pânicos sociais, através do sistemático enfoque a determinados tipos de condutas violadoras da norma, e seus correspondentes perpetradores. Nessas circunstâncias particulares fica ainda mais evidente o papel da mídia na própria orientação do desejo punitivo da sociedade, principalmente após uma cuidadosa cobertura que identifica os violadores da norma com monstros insensíveis e perigosos.

---

62. Idem, p. 58. Trad. livre.

63. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005. p. 234.

Tais processos são denominados por Stanley Cohen de pânicos morais, termo criado para designar a reação social aos distúrbios juvenis, em um período de grandes mudanças culturais do pós-guerra inglês. Os meios de comunicação, então, submetem as sociedades, de vez em quando a períodos de pânico moral: "Às vezes, o objeto do pânico é absolutamente novo e outras vezes é algo que já existe, mas de repente aparece no centro das atenções. Às vezes o pânico passa e é esquecido, exceto no folclore e na memória coletiva, em outros momentos tem repercussões mais graves e de longa duração e pode produzir mudanças tais como aquelas em política jurídica e social, ou mesmo na forma como a sociedade concebe a si mesma".[64]

Cada pânico moral apresenta seus próprios bodes expiatórios, chamados por Cohen de *folk devils*, os demônios do povo, nos quais seus medos são projetados, além de seu ódio e desprezo. Não se trata de a mídia criar o comportamento que etiqueta pessoas ou grupos como *folk devils* produzindo pânicos morais, mas sim que essas pessoas ou grupos, apesar de sempre terem se comportado dessa forma não seriam *folk devils* se não fosse pelo pânico moral.[65] O problema de que se parte nesse estudo é formulado da seguinte forma por Cohen: "Porque é a reação ao fenômeno A de rejeição ou menosprezo, por ser descrito como um pânico moral, enquanto o fenômeno B, supostamente mais significativo é ignorado, sequer se fazendo um candidato à significação moral?"[66]

Os pânicos morais têm o condão de criarem as chamadas "ondas de criminalidade". Um exemplo interessante da aplicação dessa perspectiva na atualidade é a análise de Maneri sobre a criminalidade dos imigrantes na Itália. Em seu estudo, o autor aponta a excessiva atenção conferida pelos meios de comunicação de massa a crimes cometidos pelos imigrantes na Itália, apresentando

64. Cohen, Stanley. *Folk devils and moral panics*. 3. ed. London and New York: Routledge, 2002. p. 1. Trad. livre do original em inglês: "Sometimes the object of the panic is quite novel and at other times it is something which has been in existence long enough, but suddenly appears in the limelight. Sometimes the panic passes over and is forgotten, except in folklore and collective memory; at other times it has more serious and long-lasting repercussions and might produce such changes as those in legal and social policy or even in the way the society conceives itself".

65. HUNT, Arnold. "Moral panic" and moral language in the media. *The British Journal of Sociology*, vol. 48, n. 4, p. 631.

66. COHEN, Stanley. *Folk devils and moral panics* cit., p. xxi. Trad. livre do original em inglês: "Why is the reaction to phenomenon A dismissed or downgraded by being described as another moral panic, while the putatively more significant phenomenon B is ignored, and not even made a candidate for moral signification?".

uma realidade construída sob a imagem de que a maior parte dos imigrantes comete crimes, e que a maior parte dos que cometem crimes são imigrantes. A partir de alguns casos dramáticos envolvendo estrangeiros no país, os meios de comunicação de massas passaram a expor mais as notícias que envolvem esse grupo social, obscurecendo a grande quantidade de crimes cometidos por italianos.[67] Então, ondas de criminalidade estrangeira vêm sendo noticiadas diariamente, representando, porém, não o aumento do número de crimes cometidos por estrangeiros, mas um maior foco dos meios de comunicação nesse grupo de crimes e pessoas. A partir daí, os *folk devils* são definidos, e encontra-se uma série de ações sociais e medidas políticas tomadas no intuito de persegui-los e controlá-los, bem como um aumento no número de deportações e mesmo de medidas que tornam ainda mais precária a sua estada no país.[68]

Nessa mesma linha, Fishman, em seu estudo etnográfico sobre a rotina de uma televisão nova iorquina da década de 1970, pode observar um caso de pânico moral criado inteiramente pelo foco conferido a um tipo de crime: os que vitimizavam idosos. Apesar de estatisticamente não ter havido qualquer mudança no número de ocorrências de crimes contra idosos, a decisão editorial do jornal de falar sobre eles prioritariamente gerou a sensação de que estava acontecendo uma onda de crimes contra essa parcela da sociedade. Em função dessa seleção realizada pela rede de televisão em questão, várias consequências políticas e sociais sobrevieram:

"O clamor público contra esses crimes foi quase imediato. O prefeito de Nova York prometeu tornar as ruas seguras para os idosos. Ele denunciou o sistema de justiça juvenil e alocou policiais em uma esquadra da polícia especial focando a vitimização de idosos (a *Elderly Robbery Unit*). Projetos de lei foram introduzidos no Legislativo estadual para aumentar a punição para menores infratores violentos. Reuniões comunitárias foram realizadas sobre o problema. Meses depois, uma pesquisa de âmbito nacional mostrou que o medo deste novo tipo de crime havia se generalizado."[69]

---

67. MANERI, Marcello. Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza. *Rassegna italiana di sociologia*, n. 1, anno XLII, p. 5-40.

68. Idem.

69. FISHMAN, Mark. *Manufacturing the news*. Austin: Paperback, 1988. p. 5. Trad. livre do original em inglês: "The public outcry against these crimes was almost immediate. The mayor of New York vowed to make the streets safe for the elderly. He denouned the juvenile jnustice system and allocated manpower to a special police squad focusing on elderly victimization (the Senior Citizens Robbery Unit). Bills were introduced in the state legislature to increase punishment for violent juvenile offenders. Community

No Brasil não é difícil de encontrar processos semelhantes, potencializados pelo reduzido número de empresas de comunicação, e pela dominação política estabelecida no chamado "coronelismo eletrônico". Exemplos não faltam: quando do caso Isabella,[70] diversos casos semelhantes passaram a ser noticiados, quando antes do mesmo, o foco não os encontrava. Atualmente, o foco conferido ao chamado *bullying* assume as mesmas características, diante de uma prática comum nas escolas e que causam a aparência de um recrudescimento dado pelo aumento na cobertura desses casos. Na academia e no parlamento o tema já é grandemente tematizado, sendo que entre 2009 e 2010 dezessete projetos de lei foram propostos nessa área, enquanto que antes desse ano não havia qualquer menção ao termo.

Nessa perspectiva, encontra-se ainda o pressuposto de que os meios de comunicação de massa não conseguem produzir efeitos diretos no sentido de determinar como as pessoas irão pensar e agir, mas sim os assuntos sobre os quais elas o farão. "As pessoas têm tendência para incluir ou excluir dos seus próprios conhecimentos aquilo que os *mass media* incluem ou excluem do seu próprio conteúdo".[71] Esse processo diz respeito também à forma como os temas serão conhecidos, dentro de quadros ou *frames*, ou seja, categorias, esquemas de conhecimentos, quadros interpretativos aplicados a partir dos processos de produção da informação para dar sentido ao que se informa. Sendo assim, "não se trata tanto de ser persuadido pelo que dizem os meios quanto de crer que aquele assunto tem a importância que se lhes atribui".[72]

Ainda é de observar o fato de que várias das experiências com as quais as pessoas têm contato se dão através da mídia e não diretamente através das interações sociais, sendo, portanto,[73] que parte da realidade de vida dos in-

---

meetings were held on the problem. Months later, a nationwide Harris poll showed that fear of this new kind of crime was widespread".

70. Caso em que a menina Isabella Nardoni caiu da janela de seu apartamento em São Paulo, em 29.03.2008, tendo sido o pai e a madrasta condenados pelo júri popular pelo homicídio qualificado. O caso ocupou milhares de horas nas televisões e muitas páginas de jornal e revista, apresentado a partir da espetacularização do inquérito policial e execração pública dos acusados.

71. WOLF, Mauro. Op. cit., p. 140.

72. GOMIS, Lorenzo. *Teoría del periodismo: cómo se forma el presente*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1997. p. 157. Trad. livre do original em espanhol: "no se trata tanto de ser persuadido por lo que dicen los medios cuanto de creer que aquel asunto tiene la importancia que se le atribuye".

73. SURETTE, Ray. Media, crime, and criminal justice: images, realities and policies. Belmont: Thomson, 2007.

divíduos só é possível em função da atuação dos meios. Assim, os impactos sobre os destinatários da informação se dão em dois níveis como mostra Wolf, "a. a 'ordem do dia' dos temas, assuntos e problemas presentes na agenda dos *mass media*; b. a hierarquia de importância e de prioridade segundo a qual esses elementos estão dispostos na 'ordem do dia'".[74] As fases seguidas para a construção da agenda seriam a focalização, quando os meios de comunicação de massa dão relevo a determinado acontecimento; o *framing*,[75] quando é dado enquadramento ao acontecimento, a partir do problema que simboliza; uma terceira fase onde o acontecimento é relacionado a um sistema simbólico para que torne parte de um panorama reconhecido; e a fase de personificação do tema por porta-vozes.[76]

Dentro dessa perspectiva, chamada de *Agenda setting*, o público é consciente ou ignora, presta atenção ou descuida, enfatiza ou passa por cima de alguns elementos específicos dos cenários públicos por influência dos meios de comunicação.[77] Assim, apesar de as pessoas possuírem opiniões sobre uma grande variedade de assuntos, segundo essa teoria somente sobre algumas elas se importam verdadeiramente. Conforme McCombs, o papel que os meios de comunicação de massa possuem enquanto fixadores da agenda consiste em influenciar sobre a relevância de um tema, ainda que tal influência não seja premeditada.[78]

A partir da hipótese do *agenda-setting*, as relações entre mídia e crime se estabelecem da seguinte forma: a influência dos meios de comunicação é a de agendar o tema do crime prioritariamente, deixando de lado outras discussões importantes a respeito mesmo da segurança, como a segurança social. Nesse sentido, essa perspectiva reafirma os efeitos limitados das mensagens transmitidas pelos meios de comunicação de massa.[79] Porém, e verificando os questio-

---

74. WOLF, Mauro. Op. cit., p. 142

75. SCHEUFELE, D. A. Framing as a theory of media effects. *Journal of Communication*, vol. 49, n. 1, p. 101-120.

76. MCCOMBS, M.; REYNOLDS, A. News Influence on our pictures of the world. In: BRYANT, J.; ZILMANN, D. (org.). *Media effects – Advances in theory and research*. New Jersey: Lawrence Erlbaum, 2002. p. 1-18.

77. SHAW, Eugene F. Agenda setting and mass communication theory. *International Journal for Mass Communication Studies*, vol. XXV, n. 2, p. 96.

78. MCCOMBS, Maxwell. *Estableciendo la agenda: el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*. Trad. Òscar Fontrodona. Barcelona: Paidós, 2006. p. 25.

79. COLLING, Leandro. Agenda-setting e framing: reafirmando os efeitos limitados. *Revista Famecos*, n. 14. KOSICKI, Gerald M. Problems and opportunities in agenda-setting research. *Journal of Communication*, vol. 43, Iss. 2, p. 100-127.

namentos expostos acima sobre a teoria da prevenção geral positiva da pena, o *agenda setting* conduz à importante questão sobre a determinação das violações à norma que serão conhecidas e que terão justificada a punição.

Mas a mídia não se restringe a representar seletivamente as violações à norma e assim definir sobre que condutas deverá haver reação da sociedade e por consequência do Estado. Essa reação punitiva, ainda que informal, acaba muitas vezes ocorrendo através dos próprios meios de comunicação.

3.2 A propaganda da pena e o linchamento simbólico dos acusados

Ao selecionar quais serão as violações à norma repercutidas e, portanto, conhecidas pela sociedade, é muito frequente que à identificação do desviante se siga uma campanha em torno da necessidade de sua punição. Aqui aparece claramente a ideia durkheiminiana da pena como reação passional diante da violação da norma, a qual, ainda que mitigada pelos princípios constitucionais do processo e pelo tempo que decorre entre acusações, defesas e instruções, existe sim, uma espécie de punição que pode ser instantânea e que vem saciar exatamente a sede de punição, tida como necessária ao retorno do equilíbrio social.

Embora diste o tempo dos suplícios públicos, há quem os compare ao espetáculo midiático, com a execração pública de suspeitos e acusados, através de um "processo" sigiloso, desenvolvido dentro de uma redação jornalística, segundo critérios escusos. A propagação de ideias incitando ao linchamento, a ideia básica de que "bandido deve sofrer", remonta aos ideais inquisitórios daquela época. No sentido de atrair o público, as narrativas sobre a realidade tornam-se por vezes mais dramáticas, a ponto de confundirem-se com a ficção. Pessoas, apenas suspeitas em um inquérito policial, encontram-se já condenadas no foro dos jornais, além de terem a sua vida destruída, pois sua imagem, honra, privacidade e intimidade foram vilipendiadas.

Enquanto o processo judicial instituído é dotado de diversas fases e não pode ser rápido, sob pena de gerar uma decisão baseada em emoções, o processo midiático é frenético e inquisitório: o mesmo órgão investiga, acusa sem defesa, julga e executa a pena de execração pública, de destruição da honra, da vida privada, da imagem, da identidade e, é claro, da presunção de inocência.

Assim como os meios de comunicação contribuem para a difusão dessas ideias repressivas, em casos específicos trabalham no sentido de desvirtuar direitos relacionados ao devido processo, como no caso da presunção de inocência. É claro que tal atitude não deve ser vista de forma maniqueísta, afirmando-se a consciência e a inspiração maligna na abordagem destinada a suspeitos e

acusados pela mídia. Porém, os meios, já condicionados pela prática sensacionalista, não medem esforços para expor o máximo possível o que possa gerar lucros.

A estigmatização do acusado, e a crueldade com que a mídia trata o polo passivo no processo, evocam o período pré-moderno, onde eram públicos os suplícios a que as pessoas eram condenadas através de um processo inquisitório. "Se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão.[80] Se há alguns séculos atrás a intervenção penal era sobretudo infamante, de maneira que o processo era sigiloso, mas a execução da pena era pública, tem-se, nos dias atuais uma sua retomada: apenas "a berlinda e o colar de ferro hoje foram substituídos pela exibição pública do acusado nas primeiras páginas dos jornais ou na televisão, e isto não após a sua condenação, mas após a sua incriminação, ainda quando o imputado é presumido inocente".[81]

Esse segundo aspecto da relação entre mídia e direito penal vem demonstrar a continuidade entre essas duas diferentes esferas do controle social, e que, quando analisadas sob um ponto de vista funcional, servem ambas à conformação social com a ordem vigente. Se a espetacularização do crime e a exposição dos acusados pelos meios de comunicação podem ser vistos como ruptura da normalidade, simultaneamente essas apresentações são também uma maneira de retomá-la. É a reafirmação da ordem que está em jogo a cada escândalo criminal e os meios de comunicação não se limitam à sua exposição, praticam sim juízos de valor ao mesmo tempo em que julgam, condenam, executam.

Chega-se ao ponto, em programas de televisão como o extinto "Linha Direta" de a intervenção na busca de foragidos por parte dos meios de comunicação ser direta: além dos direitos afrontados pelos programas de televisão e mesmo pelos jornais, em função das câmeras ocultas, pela própria exposição pública dos foragidos (inviolabilidade da imagem, honra, as garantias da presunção de inocência, e mesmo do princípio da dignidade da pessoa humana), ainda são investidos de um poder que se consolida no corpo dos foragidos, como nos casos de assassinatos e linchamentos provocados pela incitação televisiva.[82] Dessa

80. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 588.

81. Idem.

82. Idem, p. 114.

maneira, não há mais como identificar a mídia apenas como agência de comunicação social do sistema penal. A mídia vem assumindo nesse contexto um papel de agência executiva do sistema penal, na definição de Nilo Batista, ao influenciar diretamente no curso das investigações policiais ou mesmo do processo.[83]

Diante dessa percepção, parece que a modalidade informal de execução de penas, qual seja "a execução pública de uma imagem respeitável, condenação decretada a partir de verdades instauradas não somente pela Justiça, mas também por um veículo mediático com autoridade reconhecida pela sociedade" se tornou uma prática corriqueira.[84] Muitas vezes essa execução ocorre de forma totalmente contraditória em relação às provas que estão sendo simultaneamente produzidas no processo, justamente em função da preponderância da voz do órgão acusador da ação penal nas notícias, além de ser, em regra, aquela que garante mais expectadores. Dessa maneira, "a proposta de verdade exposta na mídia por vezes se contrapõe à verdade jurídica, e diante dela consegue prevalecer".[85] A exposição das algemas, cenas de suspeitos sendo colocados violentamente em camburões, esses rituais vêm atuar no sentido de confirmação de que a punição está ocorrendo.

3.3 A propaganda do sistema penal e seus efeitos legislativos

Não são poucos os exemplos de reações sociais punitivas retratadas nos dias atuais. Se for possível mencionar uma causa que logre reunir pessoas em sua defesa, a ponto de gerar protestos públicos, apesar da grande dificuldade de mobilização política presente em um momento quando o consumismo e o individualismo caracterizam o cotidiano das sociedades avançadas, esta será a causa penal. Lado a lado com o enfraquecimento dos sindicatos, da perda de poder dos trabalhadores, da insegurança social decorrente da queda das políticas sociais nos países avançados está a reconfiguração disso em insegurança pública, de maneira que os problemas são identificados como problemas criminais.[86]

Muito embora essa legitimação seja operada nos meios de comunicação de massa cotidianamente, isso não significa que esses meios costumem propagar

83. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 12, ano 7, p. 271-288.

84. MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quartet, 2002. p. 129.

85. Idem, p. 125.

86. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. São Paulo: Jorge Zahar, 2008.

o discurso de que tudo está bem com o sistema penal. Muito pelo contrário, as críticas ao sistema também são diárias. Entretanto, mesmo essas críticas encontram-se amparadas ideologicamente por uma nova necessidade: diante da crise estrutural do sistema penal, cuidar de relegitimá-lo, transmudando tal situação em uma crise conjuntural de eficiência, cuja redenção se ancora no aumento da repressão penal.[87]

É importante ter em conta que a notícia é uma mercadoria, tornando-se necessário criar uma aparência de valor de uso, o que leva à sensacionalização da vida.[88] De qualquer forma, pode-se afirmar que o conceito de notícia é orientado pelo singular, ou seja, pelo fora do comum. O problema é que o excesso de singularização, como ocorre nos chamados jornais sensacionalistas leva ao conservadorismo de seu conteúdo. "(...) Os jornais sensacionalistas geralmente produzem um discurso de reforço dos valores, como meio para excitar não apenas as sensações como também os preconceitos morais do público".[89]

O sensacionalismo garante os lucros necessários à manutenção das empresas de comunicação. "O combate ao crime, como o próprio crime e particularmente o crime contra os corpos e a propriedade privada, dá um excelente e excitante espetáculo, eminentemente assistível".[90] Diante disso, o sensacionalismo é uma forma de transformar o acontecimento de tal forma que ele se torne mais atrativo ao consumidor.

"(...) os comunicadores tentam ganhar expectação e diversão pintando a criminalidade como algo inaudito, enigmático, sinistro, extraordinário e misterioso. O acontecimento criminal é grotesco; suscita um agradável estremecimento de horror, faz possíveis a complacência e a altivez moralizantes do não criminal, que pode destacar-se do autor do fato punível."[91]

---

87. Para uma análise sobre a relação entre a concepção da crise como conjuntural ou estrutural e suas consequências político-criminais cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Seqüência*. vol. 52, ano XXVI, p. 163-182.

88. MARCONDES FILHO, Ciro. O capital da notícia: jornalismo como produção de segunda natureza. 2. ed. São Paulo: Ática, 1989. p. 30.

89. GENRO FILHO, Adelmo. *O segredo da pirâmide: para uma teoria marxista da notícia*. Porto Alegre: Ortiz, 1997. p. 198.

90. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 126.

91. CERVINI, Raúl. Incidencia de las "mass media" en la expansión del control penal em latinoamerica. *RBCCrim* 5/46.

Através da espetacularização do crime,[92] as medidas de seu combate também devem ser espetaculares, e a política em torno das leis penais e da segurança pública se tornam propícias. Simultaneamente ao processo de exposição excessiva da violência individual, oculta-se a violência estrutural que está na sua base, além da violência institucional do sistema e, por sua vez, a própria deslegitimação do mesmo. Diante disso, a repressão penal assume uma função simbólica diante da opinião pública e "o déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão se segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada".[93] Dessa forma, quem aparece e o que aparece acabam determinando as políticas que serão exigidas pela população e, portanto, operadas pelos políticos.

Ao se produzir um medo desproporcional em relação à criminalidade, possibilita-se que os crimes mais dramáticos, e, entretanto, menos numerosos, sejam vistos como corriqueiros. A consequência acaba sendo a de se legitimar a adoção de posturas legislativas, ancoradas em políticas criminais repressivas não contra os delitos que produzem realmente os resultados de grande porte, mas sim contra a criminalidade de rua.[94] Diante disso, apenas a parcela mais frágil da população é responsabilizada pelo problema da criminalidade, sendo o sentimento de insegurança voltado contra ela. Cria-se uma rejeição a essa parcela da população, o que origina discursos reacionários, "canalizando-se contra ela a agressividade coletiva, e não contra os detentores do poder".[95]

Diante de uma sociedade insegura e amedrontada, o processo legislativo corresponde com a criação de leis penais, sendo um meio para garantir votos. Para agradar possíveis eleitores, necessária se faz a promulgação de leis que satisfaçam as suas ansiedades, e nada melhor para atingir essa finalidade do que a edição de leis de repressão penal.

---

92. O termo faz referência à sociedade do espetáculo, detectada por Guy Debord na década de 1960, como sendo uma cultura onde tudo é vivido a partir de representações, de simulacros, sendo que só existe o que é transmitido pelos meios de comunicação de massa. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

93. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *RBCCrim* 5/22.

94. HÜGEL, Carlos. La patología de la comunicación o el discurso sobre criminalidad en los medios masivos. In: FONT, Enrique A.; GANÓN, Gabriel E. H.; SAGARDUY, Ramiro (orgs). *Criminología crítica y control social. Orden o justicia*. Rosario: Juris, 2000. p. 40.

95. ANIYAR DE CASTRO, Lola. Op. cit., p. 217.

"As leis penais são um dos meios preferidos do Estado-espetáculo e de seus operadores 'showmen', em razão de serem baratas, de fácil propaganda e pela facilidade e freqüência com que enganam a opinião pública sobre sua eficácia. Trata-se de um recurso que obtém alto crédito político com baixo custo. Daí a reprodução de leis penais, a decodificação, a irracionalidade legislativa e, sobretudo, a condenação de todos os que duvidem da sua eficácia."[96]

Nesse contexto surgem percepções, como a de Zaffaroni, buscando demonstrar que essa estreita relação entre mídia e sistema penal não é fortuita. De fato, a atuação dos meios de comunicação de massa diante dos sistemas penais latino-americanos justifica o trabalho de suas agências pelo simples fato de que eles são os seus aparelhos de propaganda.[97] "Eles são as fábricas de realidade, que induzem os medos que legitimam e desencadeiam as campanhas de lei e ordem quando o poder das agências encontra-se ameaçado".[98] Desse ponto de vista, os meios de comunicação acabam assumindo importantes funções, como a fabricação seletiva dos estereótipos do criminoso, chegando a afirmar que "nossos sistemas reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa".[99] Tudo isso leva à consideração de que o exercício de poder do sistema penal não seria possível sem a propaganda estabelecida pelos meios de comunicação de massa.[100]

"A legitimação do poder político do Estado ocorre pela criação de uma aparência de *eficiência repressiva* na chamada *luta contra o crime* – definido como *inimigo comum* -, que garante a lealdade do eleitorado e, de quebra, reproduz o poder político – por exemplo, o lastimável apoio de partidos populares a projetos de leis repressivas no Brasil é explicável exclusivamente por sua conversibilidade em votos, ou seja, por seus efeitos políticos de conservação/reprodução do poder."[101]

---

96. Idem.

97. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, n. 4, ano 2, p. 63.

98. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 129.

99. Idem, p. 133.

100. Idem, p. 127.

101. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 491.

Assim, confirmando a lógica do espetáculo, pode-se afirmar que a crise da função instrumental da justiça penal demonstra que não é ela que serve para resolver conflitos,

"(...) são determinados problemas e conflitos que ao atingirem um certo grau de interesse e de alarme social no público se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada 'opinião pública'".[102]

Entretanto, é necessário ressaltar que o cumprimento de uma função simbólica por parte do direito penal não significa que a adoção de posturas punitivistas não tragam consequências muito reais sobre aqueles que são objeto do controle penal. Prova disso é a situação de superlotação dos presídios em grande parte dos países ocidentais, que passam a não dar conta da quantidade de pessoas que são objeto de controle. Ainda que as condições de vida nessas instituições sejam toleráveis, o que não é o caso das prisões latino americanas, por exemplo, o crescente encarceramento de jovens não possui qualquer finalidade que não seja a de se converterem em matéria-prima para o controle do crime,[103] e de neutralização, convertendo-se a prisão em depósito de lixo[104] ou em um campo de concentração de pobres e negros.[105]

Outro exemplo é a própria postura com a qual a polícia vem sendo orientada a atuar nas ruas, no que concerne ao Brasil, por exemplo, nas incursões em favelas e bairros pobres em geral. Assim, o incremento no número de execuções sumárias, arbitrárias e extrajudiciais, além dos relatos de torturas, lesões corporais etc., são os mais duros resultados da adoção de medidas de contenção decorrentes da chamada guerra contra o crime.

Essas posturas acabam justificadas segundo o discurso do medo, e da necessidade de contenção das ameaças à população de bem. No contexto brasileiro, a indução de medos também sempre ocorreu com o objetivo de adoção legitimada de estratégias de neutralização e disciplinamento do povo. Entretanto, na atualidade, essa difusão do medo tem a contribuição decisiva dos meios de comunicação de massa, auxiliando na adoção de práticas que geraram muitas

102. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal... cit., p. 23.

103. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

104. BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

105. CHRISTIE, Nils. Op. cit.

mortes e conflitos. Diante disso, mostra-se que "o medo é a porta de entrada para políticas genocidas de controle social".[106]

Assim, "a implantação de um sistema penal que tem tradição genocida, seletiva e hierarquizadora", encontra reforço na aliança entre a estrutura social brasileira, onde ainda permanece a herança escravocrata, aliada aos fenômenos inerentes ao capitalismo tardio.[107] O medo permite esse reforço, e o papel da mídia nesse sentido é essencial, garantindo, através de um necessário discurso moral sobre o crime, a perpetuação de "um sistema penal de extermínio".[108] No jornal residem os discursos a partir dos quais se exige a adoção de medidas, que possuem muitas vezes a característica de discursos higiênicos.[109]

Isso demonstra que a reprodução dos discursos de emergência no jornalismo pode contribuir com o genocídio quotidiano nas regiões marginais e não só nelas, demonstrando que resta pouco do ideal liberal e democrático que envolveu historicamente a imprensa. Através desse meio, os discursos mais conservadores e autoritários se reproduzem.

4. CONCLUSÃO

O ressurgimento da teoria da função de prevenção geral positiva da pena nas últimas décadas teve como objetivo legitimar um sistema por um lado já deslegitimado teoricamente pelas ciências sociais e por outro lado enfraquecido pela queda das políticas de bem-estar social com a ascensão do neoliberalismo. Mas essa teoria, diferentemente da prevenção especial, está baseada em uma concepção sociológica demasiado abstrata, o que, se por um lado dificulta – se é que não a obsta – a sua colocação prática à prova, por outro lado a impede de responder a perguntas básicas decorrentes de seus pressupostos.

Algumas dessas perguntas são as que buscaram ser realizadas neste trabalho, e, de certo modo, respondidas, através da análise crítica do papel desempenhado pelos meios de comunicação na ligação entre sua atuação prática na atualidade diante dos casos de violação a normas penais e o contexto teórico apresentado na prevenção-integração.

---

106. MALAGUTI BATISTA, Vera. Medo, genocídio e o lugar da ciência. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade* 7 e 8/135.

107. Idem.

108. MALAGUTI BATISTA, Vera. O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 106.

109. Idem.

As conclusões daí retiradas apontam para uma relação de continuidade entre sistema penal e meios de comunicação de massa, tendo em vista que estes, mesmo quando apontam falhas, defeitos nas normas penais, o fazem no sentido de sua insuficiência, e, portanto, exigem o seu recrudescimento. Essa continuidade foi apresentada em três aspectos principais. O primeiro é o da determinação de quais crimes serão apresentados ao público, e, portanto, poderão ser considerados uma ameaça à estabilidade do sistema. Pela análise da teoria da construção social das notícias, conclui-se que as notícias criminais são seletivas e se voltam contra as parcelas mais vulneráveis da população, representando o crime como sendo, preponderantemente, o de rua. Além disso, as fontes utilizadas na obtenção de informações são comumente oficiais e ligadas ao próprio sistema penal, o que também propicia uma legitimação de sua atuação. Outro dado dentro desse aspecto é aquele ligado à formação de pânicos morais envolvendo casos criminais específicos sobre os quais os meios de comunicação centram tanta atenção que é possível identificar reações irracionais por parte da população.

O segundo ponto diz respeito ao papel funcional dos meios de comunicação no sentido de propiciarem eles próprios, através da exposição pública do crime e do acusado, uma forma de punição simbólica. A execração pública da imagem dos acusados e a exploração de rituais, como o das algemas e o do camburão, vêm auxiliar esse mesmo sistema no retorno ao equilíbrio social, de modo a saciar os desejos passionais de punição, algo semelhante ao ritual das "cadeias" descrito por Foucault, e que remetem, portanto, aos suplícios públicos.

O terceiro ponto compreende as situações nas quais a punição institucional é exposta como insuficiente: por trás de uma aparente contrapropaganda do sistema penal por meio de críticas à sua ineficiência reside o apelo ao seu recrudescimento, através de uma linguagem eficientista. É assim que o direito penal simbólico, apresentado de modo abstrato é levado ao legislativo, e costuma obter êxitos, tendo em vista os rendimentos em termos de votos que o apelo à insegurança pública representa.

Desse modo, às críticas gerais fundadas por penalistas a respeito da função de prevenção geral positiva da pena soma-se essa crítica baseada na comunicação social: dada a sua importância na própria construção da realidade e, portanto, da criminalidade, corre-se o risco de, com a defesa da prevenção-integração, aceitar-se que as decisões mais importantes a respeito da punição estejam à mercê dos interesses de grupos econômicos que atuam na formação da opinião pública.

4. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Seqüência.* vol. 52. ano XXVI. p. 163-182. Florianópolis: UFSC, 2006.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação.* Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* 3 ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 5. p. 5-24. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1994.

_____. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: compilación* in memorian. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: compilación* in memorian. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. La política criminal y el derecho penal de la constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* n. 29. ano 8. p. 27-52. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2000.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade.* n. 12. ano 7. p. 271-288. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2. sem. 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Medo líquido.* São Paulo: Jorge Zahar, 2008.

_____. *Vidas desperdiçadas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BERTRAND, Claude-Jean. *A deontologia das mídias.* Bauru: Edusc, 1999.

BUDÓ, Marília de Nardin. Entre construção social da criminalidade e delimitação do inimigo interno: o crime no jornal. In: SCHÜNEMANN, BERND; KINDHAUSER, Urs (orgs.). *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos.* Lima: Ara, 2008.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los medios de comunicación de masas. In: BERGALLI, R. (orgs.). *El pensamiento criminológico II: Estado y control*. Bogotá: Temis, 1983.

CERVINI, Raúl. Incidencia de las "mass media" en la expansión del control penal en latinoamérica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 5. p. 37-54. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1994.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COHEN, Stanley. *Folk devils and moral panics*. 3. ed. London/New York: Routledge, 2002.

_____. *Visiones del control social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: PPU, 1988.

COLLING, Leandro. *Agenda-setting* e *framing*: reafirmando os efeitos limitados. *Revista Famecos*. n. 14. Porto Alegre: ediPUCRS, abr. 2001.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FISHMAN, Mark. *Manufacturing the news*. Austin: The University of Texas Press, 1988.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

GALTUNG, Johan; RUGE, Mari Holmboe. The structure of foreign news: the presentation of the Congo, Cuba and Cyprus crises in four Norwegian newspapers. *Journal of International Peace Research*. vol. 2. p. 64-91. Norwich: Sage, 1975.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

_____. *Pena e società moderna: uno studio di teoria sociale*. 2. ed. Milano: Il Saggiatore, 2006.

GENRO FILHO, Adelmo. *O segredo da pirâmide: para uma teoria marxista da notícia*. Porto Alegre: Ortiz, 1997.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GOMIS, Lorenzo. *Teoría del periodismo: cómo se forma el presente*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1997.

HALL, Stuart et al. The social production of news: mugging in the media. In: COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. *The manufacture or news: deviance, social problems & mass media*. London: Sage, 1981.

HÜGEL, Carlos. La patología de la comunicación o el discurso sobre criminalidad en los medios masivos. In: FONT, Enrique A.; GANÓN, Gabriel E. H.; SAGARDUY, Ramiro (orgs.). *Criminología crítica y control social. Orden o justicia.* Rosario: Juris, 2000.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas. O sistema penal em questão.* 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

HUNT, Arnold. 'Moral panic' and moral language in the media. *The British Journal of Sociology.* vol. 48. n. 4. p. 629-648. London: LSE, Dec. 1997.

JAKOBS, Günter. *Dogmática penal y la configuración normativa.* Madrid: Civitas, 2004.

_____. Imputación jurídicopenal: desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma. In: JAKOBS, Günter; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno.* Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

_____. *Sobre la teoría de la pena.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.* Madrid: Civitas, 1996.

_____. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. *Direito penal do inimigo: noções e críticas.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KOSICKI, Gerald M. Problems and opportunities in agenda-setting research. *Journal of Communication.* vol. 43. issue 2. p. 100-127. Washington: International Communication Association, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. vol. I.

MALAGUTI BATISTA, Vera. Medo, genocídio e o lugar da ciência. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade.* n. 7 e 8. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1.º e 2.º sem. 1999.

_____. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MANERI, Marcello. Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza. *Rassegna Italiana di Sociologia.* n. 1. anno XLII. p. 5-40. Il Mulino, gen.-mar. 2001.

MARCONDES FILHO, Ciro. *O capital da notícia: jornalismo como produção de segunda natureza.* 2. ed. São Paulo: Ática, 1989.

MCCOMBS, Maxwell; REYNOLDS, A. News Influence on our pictures of the world. In: BRYANT, J.; ZILMANN, D. (org.). *Media effects – Advances in theory and research.* New Jersey: Lawrence Erlbaum, 2002.

_____. *Estableciendo la agenda: el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento.* Trad. Oscar Fontrodona. Barcelona: Paidós, 2006.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quartet, 2002.

PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, n. 12, ano 7, p. 53-58.

SCHEUFELE, D. A. Framing as a theory of media effects. *Journal of Communication*. vol. 49. n. 1. p. 101-120. Washington: International Communication Association, 1999.

SHAW, Eugene F. Agenda setting and mass communication theory. *International Journal for Mass Communication Studies*. vol. XXV. n. 2. p. 96. 1979.

SURETTE, Ray. *Media, crime, and criminal justice: images, realities and policies*. Belmont: Thomson, 2007.

TUCHMAN, Gaye. *La producción de la noticia. Estudio sobre la construcción de la realidad*. Barcelona: G. Gili., 1983.

_____. Telling stories. *Journal of Communication*. vol. 26. n. 4. Washington: International Communication Association, 1976.

WOLF, Mauro. *Teorie delle comunicazioni di massa*. XXII ed. Milano: Bompiani, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*. n. 4. ano 2. p. 25-36. Rio de Janeiro: Relume Dumará, jul.-dez. 1997.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A cidade, a violência e a mídia, de Silvia Leser de Mello – *RBCCrim* 21/189;
- A publicidade opressiva dos julgamentos criminais, de Simone Schreiber – *RBCCrim* 86/336;
- Discurso midiático penal e exasperação repressiva, de Luciano Anderson de Souza e Regina Cirino Alves Ferreira – *RBCCrim* 94/363;
- Mídia e processo penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988, de Luana Magalhães de Araújo Cunha – *RBCCrim* 94/199;
- Mídia e sistema penal no capitalismo tardio, de Nilo Batista – *RBCCrim* 42/242; e
- Publicidade no processo penal: a mídia e o processo, de Flavia Rahal – *RBCCrim* 47/270.

1 Assistência transdisciplinar aos presos estrangeiros: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo

Transdisciplinary assistance provided to foreign prisoners: a practical approach based on the experience of the Federal Public Defender's Office in São Paulo

Ana Luisa Zago de Moraes

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Defensora Pública Federal em São Paulo (DPU-SP). Membro do Grupo de Assistência a Presos Estrangeiros do Estado de São Paulo, tendo coordenado os trabalhos do Grupo até outubro de 2011.

Área do Direito: Penal

Resumo: A assistência aos presos estrangeiros foi um desafio assumido pela Defensoria Pública da União no ano de 2011, que instituiu Grupo de Trabalho para sistematizar iniciativas em prol dessa população carcerária. O trabalho narra a situação dos presos estrangeiros em São Paulo e as ações da DPU no decorrer do ano: visitas periódicas às Penitenciárias de Itaí e Feminina da Capital; contato interinstitucional e a realização de eventos e cartilhas para divulgar a causa; o acompanhamento dos interrogatórios em inquéritos de expulsão; as transferências de presos ao país de origem; a defesa da isonomia em relação aos brasileiros durante o cumprimento da pena, inclusive através da progressão de regime aos

Abstract: The assistance to foreign prisoners was a challenge taken up by the Federal Public Defender's Office in 2011. It established a working group to organize efforts on behalf of the prison population. This article analyzes the situation of foreign prisoners in São Paulo and the Office's actions throughout the year: the regular visits made to Prisons (Itaí Prison and a Women's Prison in the Capital city); the contact made with other institutions; events and leaflets created to promote the cause; transfers of prisoners to their country of origin; the defense of equality in relation to Brazilian prisoners during the execution of their sentence, including the reduction of sentences, as well as

detentos com decreto de expulsão, além da luta pela da melhora da situação desses estrangeiros de uma forma geral.

PALAVRAS-CHAVE: Presos estrangeiros - Defensoria Pública da União - Assistência transdisciplinar - Expulsão - Execução penal.

other actions taken to improve the situation of these foreigners in general.

KEYWORDS: Foreign prisoners - Federal Public Defender's Office - Transdisciplinary assistance - Expulsion - Criminal penalties.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Das penitenciárias para estrangeiros: 2.1 Penitenciária de Itaí: o universo de uma prisão exclusiva para estrangeiros; 2.2 A penitenciária feminina da capital e as mulheres estrangeiras - 3. Das implicações jurídicas da condição de estrangeiro durante a persecução e execução penal: 3.1 Inquérito policial de expulsão e a busca de novas alternativas: antecipação, deportação e transferência; 3.2 Da execução penal: os direitos dos presos estrangeiros durante o cumprimento da pena - 4. Considerações finais: os rumos para a construção de um novo paradigma - 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública da União (DPU)[1] atua na defesa dos réus em processos criminais, dentre eles os denunciados, perante a Justiça Federal, pelo crime de tráfico transnacional de drogas,[2] como os estrangeiros que atuam como "mulas", transportando drogas do exterior para o Brasil, sendo presos em flagrante, principalmente, em aeroportos internacionais.[3]

No Estado de São Paulo há o maior número de prisões em flagrante de estrangeiros, merecendo destaque as ações no Aeroporto Internacional de Guarulhos. Consequentemente, é o Estado em que há maior concentração de pre-

1. A DPU é prevista no art. 134 da CF/1988 como instituição essencial à função jurisdicional do Estado e regulamentada pela LC 80/1994. Atualmente, possui 481 Defensores Públicos Federais, com unidades instaladas em todas as capitais dos Estados, e em alguns Municípios do interior. Atua perante o Poder Judiciário da União: Justiça Federal, Justiça Militar da União, Justiça do Trabalho e Justiça Eleitoral.
2. Arts. 33 e 40, I, da Lei 11.343/2006, competência da Justiça Federal fixada pela Constituição da República Federativa do Brasil, art. 109, V. Sobre a transnacionalidade, esta é conceituada como "ultrapassagem das fronteiras do território nacional, com saída ou ingresso da mercadoria entorpecente ilícita" (CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).
3. Isso sem olvidar as rotas rodoviárias, como a no sentido Bolívia-São Paulo, findando no Terminal Tietê.

sos estrangeiros no Brasil, número que vem crescendo significativamente há uma década.[4]

A questão dos presos estrangeiros implica na atuação de todos os entes federativos, através das mais diversas instituições: a Polícia Federal, com operações nos aeroportos; a Polícia Civil e Militar, efetuando abordagens em terminais rodoviários, ônibus intermunicipais; o Ministério Público Federal; a Justiça Federal, em que tramita o processo de conhecimento; a Justiça Estadual, em que tramita a execução penal; o Ministério Público Estadual; as Penitenciárias Estaduais; as Defensorias Públicas da União e do Estado; os albergues municipais e centros de assistência ao estrangeiro, dentre outros. Não se olvida, ainda, a interferência dos próprios países de origem, através dos consulados e embaixadas.

Diante desse problema social e institucional, bem como da necessidade de efetivar os direitos desses presos, muitas vezes restringidos pelo abandono e pela falta de comunicação entre os atores processuais, e motivada por pedido formulado pela ONG Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), no mês de dezembro de 2010, a DPU deu início às atividades do "Grupo de Assistência Transdisciplinar aos Presos Estrangeiros do Estado de São Paulo".[5]

Paralelamente ao objetivo geral de prestar assistência aos cidadãos estrangeiros encarcerados em Penitenciárias e Centros de Detenção localizados no

4. Acerca da distribuição espacial dos presos estrangeiros, pesquisa realizada no ano de 2004 demonstrou que 51,5% do universo da população carcerária do Brasil estavam em São Paulo, seguida do Estado do Rio de Janeiro (10,4%) e do Mato Grosso do Sul (9,6%). Nessa época, os presos estrangeiros em São Paulo totalizavam 837, de um total global de 1626 (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 61). No ano de 2009, somente no Estado de São Paulo havia 1.742 presos estrangeiros, sendo 1.295 homens e 447 mulheres (SAP – SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Presos estrangeiros no Estado de São Paulo. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br/common/noticias/0400-0499/not470.html]. Acesso em: 10.12.2010). Em agosto de 2011, o número de homens estrangeiros presos somente na Penitenciária de Itaí correspondia a 1.443 (dados obtidos com a Administração Penitenciária e também divulgados na Revista Veja: VEJA. Os presos que vêm de fora. *Revista Veja*. Disponível em: [http://vejasp.abril.com.br/revista/edicao-2229/penitenciaria-itai-condenados-estrangeiros]. Acesso em: 28.04.2012.

5. O Grupo foi inicialmente formado por Defensores Públicos Federais da Unidade de São Paulo (Ana Luisa Zago de Moraes, Gustavo Ambrust Virginelli, João Freitas Castro Chaves, José Mendes da Silva Neto, Leonardo Henrique Soares e Nara de Souza Rivitti) e da Unidade de Guarulhos (Fernando de Souza Carvalho e Maria do Carmo Goulart Martins), bem como pela assistente social Estefânia Reis. Na época, a ONG ITTC era presidida por Michael Mary Nolan.

Estado de São Paulo, foram traçados objetivos específicos, dentre eles: visitas periódicas à Penitenciária Feminina da Capital (PFC) e à Penitenciária de Itaí; acompanhamento dos interrogatórios em inquéritos de expulsão e otimização das defesas; contato interinstitucional, de forma a conscientizar, informar e interagir em prol da efetivação dos direitos dos detentos em referência; realizar eventos e produzir cartilhas para divulgar a causa; formalização de um plano de trabalho no intuito de alcançar a progressão de regime aos presos com decreto de expulsão, expulsão antes do cumprimento da pena e, por fim, a transferência de reeducandos ao seu país de origem.

A atividade inaugural, realizada em 10.12.2010, foi uma visita à Penitenciária Feminina da Capital, estabelecimento em que conviviam presas brasileiras com, aproximadamente, 400 mulheres estrangeiras. Depois disso, o trabalho foi sendo desenvolvido no intuito de alcançar os objetivos traçados acima, que foram sendo, paulatinamente, atingidos no ano de 2011, consoante a experiência abaixo narrada.

2. DAS PENITENCIÁRIAS PARA ESTRANGEIROS

2.1 Penitenciária de Itaí: o universo de uma prisão exclusiva para estrangeiros

A Penitenciária "Cabo PM Marcelo Pires da Silva" está situada no Município de Itaí, há pouco mais de 300 km da capital do Estado de São Paulo e tornou-se exclusiva para estrangeiros em outubro de 2006, devido a uma determinação administrativa da própria Secretaria da Administração Penitenciária (SAP). Segue a motivação para a exclusividade dos detentos estrangeiros:

"A Secretaria de Administração Penitenciária esclarece que existe cerca de 900 presidiários de origem estrangeira, de diversas nacionalidades, distribuídos nas unidades prisionais do Estado. A grande maioria foi presa por tráfico de substância entorpecente, muitos deles conhecidos como 'mulas'.

Realizados alguns estudos sobre o assunto, a SAP entendeu a necessidade de se destinar um só estabelecimento para abrigar presos estrangeiros, com o objetivo de lhes prestarem a devida assistência, que é bastante comum nesses casos, além de atender pedidos de alguns consulados.

Após sucessivas análises, concluiu-se que o melhor local seria a Penitenciária 'Cabo PM Marcelo Pires da Silva' de Itaí, pelo fato de possuir disposição física adequada e também porque conta com corpo funcional melhor preparado para trabalhar com esse perfil diferenciado de preso.

As transferências dos estrangeiros para a Penitenciária de Itaí iniciaram nesta data e tem o término previsto para 31 deste mês. Hoje, já existem 25 presos de nacionalidade estrangeira na Unidade.

A medida não resultou em despesas para o erário público. Serão mantidos contatos com os Consulados solicitando colaboração no sentido de:

• Doação de livros dos países de que são originários os presos, para a constituição de uma biblioteca, para que eles não percam a cultura e a história do país de origem, para onde, certamente, voltarão após o cumprimento de suas penas;

• Instalação de uma sala própria (custo zero para o Governo) para a recepção dos Cônsules e de seus representantes legais, obedecendo-se os padrões de segurança."[6]

Desde a inauguração, a Penitenciária possui o mesmo Diretor Técnico, Mauro Henrique Branco, e uma equipe de assistentes sociais e agentes prisionais que tem se especializado empiricamente no enfrentamento das dificuldades comunicacionais,[7] culturais e religiosas, além de outras peculiaridades como o maior isolamento social do preso estrangeiro e a necessidade de garantir a assistência consular.[8] Exemplo disso é a existência de uma biblioteca com acervo de 11.320 exemplares impressos em línguas como alemão, russo,

6. SAP – SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota à Imprensa – 16.10.2006. Penitenciária de Itaí abrigará presos estrangeiros. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br/common/nota_imp/0001-0099/ni033.html]. Acesso em: abr. 2011.

7. O sistema prisional brasileiro não dispõe de tradutores em seus quadros, tampouco são oferecidos cursos de línguas aos agentes penitenciários. A previsão de tradutores ocorre apenas no âmbito do processo criminal, que são nomeados apenas para o ato da audiência de instrução e julgamento (o art. 281 do CPP prevê expressamente o intérprete, equiparando-o ao perito para todos os fins). No sistema prisional, a tradução é feita pelos próprios presos, que se auxiliam mutuamente. Em interrogatório em inquérito de expulsão, que são realizados no interior das Penitenciárias, a DPU se depara com isso constantemente, principalmente em línguas não lecionadas universalmente, como búlgaro e grego.

8. A Assistência Consular está prevista no art. 5.º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, e se trata de um direito do preso. Este tem direito de receber auxílio moral e material de seu respectivo Consulado sempre que se encontrarem privados de sua liberdade de locomoção. O art. 36 da referida Convenção consagra o direito de correspondência e de visita do estrangeiro pelo Consulado na prisão, seja ela preventiva ou para cumprimento de pena. Além disso, o estrangeiro tem o direito de solicitar às autoridades brasileiras que, por ocasião de sua prisão, seja comunicada a repartição consular mais próxima, bem como de ser defendido nos Tribunais por um profissional custeado pelo Consulado, caso assim deseje e o Consulado tenha interesse.

islandês, dentre outras, e de um local destinado ao armazenamento malas, no limite de sua capacidade, uma vez que muitos dos presos vêm acompanhados das bagagens com as quais estavam prestes a embarcar rumo a outros países no Aeroporto Internacional de Guarulhos.

Durante uma das visitas realizadas pela DPU,[9] entre os dias 30 e 31.03.2011, constatou-se que a capacidade da Penitenciária era para 792 detentos, sendo que, no dia da estada, havia aproximadamente 1400, ou seja, quase o dobro da capacidade. Além dessas vagas, havia mais 108 que eram destinadas à ala de progressão penitenciária (regime semiaberto), sendo que a progressão, mesmo que decretada, somente era efetivada após o surgimento de vaga.

Do número total de presos, cerca de apenas 600 tinham trabalho, seja na oficina de costura inaugurada pela Funap (Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel), seja em atividades de marcenaria, confecção de bolas de futebol, além das funções inerentes à manutenção da unidade prisional e à alimentação. Tais nichos não empregam sequer metade da população encarcerada, problema comum às demais prisões da região.[10] A carência de postos de trabalho, aliás, torna a população carcerária ociosa e sem direito à remição da pena.[11]

Além da falta de trabalho, o isolamento social é uma característica marcante desses detentos: a distância dos familiares torna as visitas quase inexistentes; a falta de interação com a comunidade local ilide o interesse no Conselho da

9. As Defensoras Públicas Federais responsáveis pela visita foram Nara de Souza Rivitti e Ana Luisa Zago de Moraes, que elaboraram relatório conclusivo, que foi entregue à Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara de Deputados (CDHM). Os detalhes sobre a visita se encontram disponíveis no endereço eletrônico: [www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4125:vistoria-constata-problemas-na-custodia-de-presos-estrangeiros&catid=79:noticias&Itemid=220]. A Comissão, através do Deputado Federal Domingos Dutra e Ricardo Quirino, dando continuidade aos trabalhos da CPI do Sistema Carcerário, visitou a Penitenciária de Itaí no dia 27.05.2011, também acompanhada pela Defensoria Pública da União, através dos Defensores Públicos Federais Edson Júlio de Andrade Filho e Leonardo Henrique Soares.

10. A falta de postos de trabalho nas Penitenciárias da região ocorre pelo desinteresse dos empresários locais em instalar oficinas no interior das unidades prisionais, bem como pela distância da capital, dentre outros fatores.

11. O trabalho do condenado é direito do preso, bem como dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva (arts. 28 e 41, II, da LEP). A remição por trabalho ocorre na proporção de um dia de pena para três dias trabalhados (art. 126, § 1.º, I, da LEP).

Comunidade;[12] a carência de assistência consular é constantemente narrada pelos detentos. Nesse sentido, a Diretora do Cras, Cláudia Abras, salientou que a única referência social externa de auxílio aos presos estrangeiros em Itaí é a Pastoral Carcerária, sendo que "o Pároco e os membros da Igreja Católica prestam assistência no interior da Penitenciária", ressaltando que "também há, em menor escala, apoio da Igreja Adventista e pela Congregação Cristã".[13]

O isolamento social, aliás, é agravado pela restrição de visitas e correspondências: as visitas passam por rigoroso controle pela assistência social da Penitenciária – devem ser documentalmente familiares ou demonstrar vínculo de união estável, através do procedimento denominado pela SAP de *entrevista de convalidação de vínculo*. Somente depois dessa "triagem" é que poderão fazer visitas e enviar correspondências aos presos (salvo correspondências oriundas do exterior, que podem ser recebidas de quem for anteriormente cadastrado junto ao Cras – Centro de Referência em Assistência Social). As medidas restritivas são justificadas pela necessidade de ilidir a formação de uma rede de prostituição no entorno da Unidade Prisional, bem como a continuidade das práticas criminosas após a prisão.

Nesse sentido, mencionou a assistente social Marli Terezinha Furlan, em entrevista conferida à DPU: "O preso somente pode receber correspondência de quem está incluído no rol de visitas, ou seja, de quem já veio na Penitenciária e já passou pela entrevista de convalidação de vínculo, fazendo a ressalva de que 'o mesmo não ocorre com correspondências vindas do exterior', já que isso impossibilitaria totalmente o contato dos estrangeiros com seus familiares".[14]

Quanto aos consulados, tanto os presos quanto a assistente social e o próprio Diretor Técnico afirmaram que alguns países são mais presentes do que outros. Exemplificaram afirmando que os consulados dos países europeus e norte-americanos são mais presentes do que os dos países sul-americanos e

12. O Conselho da Comunidade está previsto no art. 61, VII, da LEP, e é de instituição obrigatória pelo Juiz da Execução Penal. O que ocorre em relação aos presos estrangeiros é a própria falta de vínculos com a comunidade local, que culmina no desinteresse desta em relação aos detentos, seja para verificar a situação estrutural da unidade prisional, seja para aferir a gestão de pessoas (profissionais de saúde etc.) e fomentar a criação de novos postos de trabalho.

13. Entrevista conferida às Defensoras Nara Rivitti e Ana Luisa, constante no relatório conclusivo mencionado na nota de rodapé n. 9, juntamente com a do Diretor Técnico da Penitenciária, da assistente social, do Advogado da Funap, dos Defensores Públicos do Estado e 15 presos.

14. Idem nota 13.

africanos, que acabam se comunicando mais por e-mail e comparecendo menos à penitenciária. Existem vários países que não possuem consulado sediado em São Paulo, mas apenas embaixada em Brasília, como é o caso da Nigéria que, conforme dados da SAP de 2011, possuía 136 nacionais presos em Itaí.[15]

A presença do consulado repercute na garantia da saída temporária dos presos, uma vez que, se este se compromete a garantir um local para os detentos ficarem, bem como recursos materiais para possibilitar esta saída, esta possui maiores chances de ser autorizada.[16] A assistente social Marli Terezinha Furlan referiu que "os presos que não têm para onde ir não saem", e que isso depende muito dos consulados: "tem consulado que acolhe, mas tem consulado que não". Nesse sentido, aliás, a saída temporária é um dos tópicos em que os estrangeiros se sentem mais discriminados, referindo um entrevistado, ao falar sobre o assunto: "a lei para todos tem que ser igual, porque para mim tem que ser diferente?".[17]

A psicóloga Cláudia Abras, em entrevista, referiu que somente o Consulado da Áustria, que possui dois cidadãos presos em Itaí, se comprometia a receber seus pares, abrigá-los e providenciar atividades durante a saída, e isso estava funcionando. Acrescentou a existência do Projeto "Despertar para a Reintegração Social", cujo um dos objetivos era atribuir aos consulados maior responsabilidade na tarefa de "reintegração social" dos presos estrangeiros, dentre outras que, nas saídas temporárias, desenvolvessem trabalhos junto a seus nacionais com esse escopo.

Além da assistência material, da intermediação com as famílias, do auxílio para garantir as saídas temporárias, os consulados também podem auxiliar na transferência de presos ao país de origem. Exemplo disso é a atuação do Consulado da Espanha que, além de enviar auxílio pecuniário aos seus nacionais, tem formulado pedidos de transferência, sendo que, no ano de 2011, foram dois presos de Itaí trasladados à Espanha, estando outros cinco aguardando efetivação.[18]

---

15. Dados obtidos através do Ministério da Justiça, planilha entregue pela Chefe do Departamento de Estrangeiros, Izaura Miranda, em 18.04.2011.

16. A saída temporária está regulamentada pelos arts. 122 a 125 da LEP, e exige como requisitos o "fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício", bem como o "recolhimento à residência visitada, no período noturno". Daí porque é necessário que a família ou o consulado forneçam endereço, à Administração Penitenciária, e se responsabilizem por acolher o detento durante o período da saída.

17. Idem nota 13.

18. A informação dos dois presos já trasladados foi obtida com o Diretor Técnico Mauro Henrique Branco. A informação dos autorizados e aguardando a efetivação foi obtida

Não se olvida, ainda, o importante papel dos consulados em relação aos egressos do sistema prisional: caso não expulsos do país, devem obter a regularização migratória, além de auxílio para inserção no mercado de trabalho. Assim, além de buscar departamento específico da SAP denominado "Centro de Apoio ao Egresso",[19] também devem recorrer ao consulado ou à DPU para auxiliar na obtenção do visto de permanência junto à Polícia Federal. Caso expulsos ou queiram retornar voluntariamente ao país de origem, países como o Uruguai oferecem o traslado e assistência material até a efetiva saída.

Levando em conta a importância dos consulados, seja durante o cumprimento da pena, seja para os egressos, a DPU efetuou trabalho de divulgação institucional e da própria situação dos presos, junto aos consulados do Mercosul, durante o ano de 2011, visitando todos os consulados dos países do Mercosul. Finalmente, no mês de outubro de 2011, período que coincidiu com a repercussão do óbito de duas estrangeiras presas na Penitenciária Feminina da Capital e com o Mutirão Carcerário do CNJ, o GT de Presos Estrangeiros convocou a maioria dos consulados para debater a situação dos detentos e formalizar fluxo de comunicação, resultando em maior troca de informações entre as instituições.[20]

A diversidade religiosa tem implicado na necessidade de adaptação do meio prisional, de forma a não violar a liberdade de crença e a fomentá-la, uma vez que é garantida constitucionalmente a prestação de assistência religiosa nas entidades de internação coletiva (art. 5.º, VI e VII, da CF/1988), bem como pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), em seu art. 24. Exemplo de diversidade são os presos muçulmanos, que não podem comer carne de porco e seus derivados (inclusive óleo de cozinha feito da gordura do porco), tam-

---

em reunião com o Ministério da Justiça, planilha entregue pela Chefe do Departamento de Estrangeiros, Izaura Miranda, em 18.04.2011.

19. O acompanhamento dos egressos é feito por este setor especializado da SAP, que possui o "Pró-egresso", que é o "Programa Estadual de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário", não havendo trabalho específico em relação aos estrangeiros egressos de Itaí que não forem expulsos. O que existe é uma referência de apoio ao migrante, que é a Casa do Migrante, mantida pela Igreja Católica, mas que tem sofrido pela superlotação, não conseguindo mais atender à demanda dos estrangeiros egressos do sistema prisional, bem como dos migrantes recém-chegados em São Paulo, como os haitianos.

20. A reunião com os Consulados foi organizada pelo Defensor Público Federal João Freitas de Castro Chaves, e evidenciou a preocupação dos agentes consulares com os seus nacionais principalmente em relação à situação da saúde no interior do sistema prisional.

pouco ingerir álcool (o mesmo com alimentos cozidos no álcool), jejuam no Ramadan, dever orar cinco vezes ao dia voltados a Meca e devem ter acesso ao Corão.

A psicóloga Cláudia Abras, nesse sentido, referiu que, em Itaí, "a única dificuldade encontrada é com os muçulmanos, mas a Penitenciária tenta conduzir a situação evitando servir carne e se adequando às solicitações destes presos".[21] Na ocasião, foi apresentada a ela "Cartilha de Direitos Religiosos, Deveres e Costumes de Presos Muçulmanos em Penitenciárias" (elaborada pelo GT de Presos Estrangeiros).[22]

A política prisional de priorizar a colocação, em um único estabelecimento prisional, da maioria dos estrangeiros presos no Estado, culmina em prejuízo a, principalmente, duas situações específicas: os estrangeiros que estão há muitos anos no Brasil, uma vez que não há diferenciação entre estes e os "recém-chegados", para fins de classificação e deslocamento para Itaí; os estrangeiros condenados por crimes contra a liberdade sexual, uma vez que, ao invés de serem deslocados para a Penitenciária de Iaras (exclusiva para criminosos sexuais), são alocados em Itaí.

Aos estrangeiros que tinham direito à permanência com base na reunião familiar, para garantir seu direito de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos (art. 41, X, da LEP), bem como para facilitar a saída temporária, deveriam ser transferidos para a Penitenciária mais próxima ao local de residência de seus familiares. Exemplo foi nacional português que, entrevistado, demonstrou imenso descontentamento por estar em Itaí, uma vez que residia no Brasil há 34 anos, e sua família residia em Campinas, dificultando as visitas. Da mesma forma, um nacional uruguaio salientou que sua família residia na capital do Estado e que, por isso, não tinha condições econômicas para ir visitá-lo. Além disso, em visita realizada pela DPU entre os dias 12 a 15.09.2011,[23] um assistido paraguaio relatou que a família residia em Ponta-Porã, fronteira com o Paraguai, e outro boliviano mencionou que sua família morava em Corumbá (tríplice fronteira: Brasil, Bolívia e Paraguai), impossibilitando o contato familiar.

---

21. Idem nota 13.

22. Disponível em: [www.dpu.gov.br/images/stories/arquivos/PDF/cartilha%20muculmanos.pdf]. Acesso em: 29.04.2012.

23. Visita realizada pelas Defensoras Públicas Federais Lutiana Valadares Fernandes e Ana Luisa Zago de Moraes para acompanhar interrogatórios em inquéritos de expulsão.

Os condenados por crimes sexuais, em razão de sofrerem ameaças de outros presos, são retirados dos "raios" (ou galerias, que são quatro, onde se situam as celas comuns, os pátios e as oficinas de trabalho) e ficam alocados no "seguro", lugar com um pátio pequeno de concreto, sem interação com os demais presos e sem acesso às oficinas.[24] Por estarem no "seguro", não conseguem acesso a trabalho (nas oficinas), a estudo (salas de aula), bem como a qualquer atividade que demande introdução às áreas comuns da Penitenciária. Um dos presos entrevistados estava há dois anos no "seguro", e já tinha solicitado a transferência para a Penitenciária de Iaras, exclusiva para criminosos sexuais, e "disse que não conseguia por ser estrangeiro". Referiu que queria a transferência para que pudesse "trabalhar, uma vez que não há possibilidade de trabalho no seguro".[25]

Com relação à assistência à saúde, cuja carência é uma característica do sistema prisional brasileiro,[26] na Penitenciária de Itaí não é diferente. Apesar dos esforços da equipe de enfermeiros, há muitos casos de presos necessitando de cirurgias, e o atendimento médico é insuficiente para atender à demanda prisional. Exemplo disso era um reeducando de nacionalidade boliviana, que estava há muito tempo aguardando uma cirurgia para tratamento de Litíase Biliar, sem que houvesse o respectivo agendamento. Diante do relato, contatamos imediatamente a enfermeira chefe do turno da tarde e esta mostrou o prontuário, evidenciando que o agendamento da cirurgia foi, de fato, realizado, mas que havia falta de especialistas na região, o que tornava enorme a "fila" para qualquer procedimento cirúrgico. A enfermeira informou que procedia a informação de que, "se não for operado logo, não irá sobreviver".[27]

---

24. No dia da visita, verificamos que havia 29 presos no seguro, que não têm acesso a rádio ou TV. Os presos do seguro ficavam apenas duas horas no banho de sol, que era no próprio pátio de concreto em frente às celas, sendo um local pequeno e com pouca luz.

25. Em relação ao entrevistado, verificamos que este e outros presos em situação semelhante, após a formalização dos pedidos pela Defensoria Pública do Estado, foram transferidos à Penitenciária de Iaras. Na visita seguinte da DPU, o preso já havia sido transferido.

26. Nesse sentido é relatório da CPI do Sistema Carcerário que, ao qualificar a saúde no sistema prisional, definiu a situação como "falta tudo" (CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados – Edições Câmara, 2009. p. 202-211. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=1]. Acesso em: 29.04.2012).

27. A cirurgia foi realizada apenas no mês de setembro de 2011 (a entrevista ocorreu em 31.03.2011).

A Diretora do Cras mencionou que o problema da saúde é agravado pela unidade prisional estar distante da capital, em uma região com quatro penitenciárias. Referiu que "os maiores problemas são externos: não há anestesista no Município, a fila para cirurgias é enorme, mesmo nos casos encaminhados para São Paulo". A carência de assistência médica culmina em óbitos que poderiam ser evitados, como o caso de um detento acometido de uma infecção urinária. Em relação a este caso, a Diretora referiu que "há lista, inclusive, para conseguir internações". Da mesma forma, em relação a um preso de nacionalidade uruguaia que "tem diabetes e que há um ano e meio não vai em um 'cardiovascular' porque não há mais em Itaí", sendo que "o próprio médico da Penitenciária pediu essa consulta há mais de um ano e meio".[28]

O caso mais paradigmático foi de um detento sul-africano, ouvido na visita do mês de setembro de 2011, que estava com "a coluna quebrada" e uma "perna amputada", não podendo fazer uso de cadeira de rodas por questões de segurança, sendo transportado pelos próprios presos quando necessitava dirigir-se ao vaso sanitário e ficando, o dia inteiro, deitado em um colchão fino, de esponja (padrão "SAP"), em uma cela comum. E, mesmo assim, não havia sido transferido para o hospital penitenciário, situado na capital. Após atuação conjunta da DPU e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), na posse de cópia do prontuário médico fornecido pela Unidade, o detento foi transferido para tratamento.

A assistência jurídica aos reeducandos, quando este não dispõe de advogado particular, durante a execução penal, é feita pela DPESP, que atua perante a Vara de Execuções Penais de Avaré, que dista aproximadamente 30 km da Penitenciária, e nela tramitam os processos de execução de todas as quatro Penitenciárias da região (uma quinta unidade prisional está sendo construída). Há um Defensor Público do Estado responsável por todos os processos de execução penal, motivo pelo qual é firmado convênio com a Funap, que aloca um advogado em cada Penitenciária, inclusive em Itaí, para ter contado direto com os detentos e coletar os pedidos.

Em razão da existência de apenas uma vara de execuções criminais, há demora na apreciação dos pedidos de progressão de regime, livramento condicional, dentre outros. A Defensora Pública do Estado Cristina Son referiu que, pela experiência na atuação em Avaré, os pedidos de progressão de pena para presos estrangeiros normalmente são concedidos pelo Juiz, mas o Ministério

28. Idem nota 13.

Público do Estado agrava e muitas vezes o Tribunal de Justiça reforma, sob o fundamento de que não cabe progressão ao estrangeiro expulso.[29]

O processo de conhecimento, muitas vezes, coincide com a execução penal, uma vez que aos estrangeiros acusados de tráfico de drogas, em regra, é negada a liberdade provisória, motivo pelo qual é expedida guia de execução provisória inicia antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e os processos demoram anos para serem julgados pelos tribunais. Quando o processo tramita na Justiça Federal de Guarulhos (caso dos presos em flagrante no Aeroporto Internacional), de São Paulo, Campinas, Sorocaba ou outro local em que a DPU possui unidade instalada, quem realiza a defesa criminal é a própria DPU. Da mesma forma, o preso é assistido pela DPU e pela DPESP, paralelamente, uma no âmbito do processo criminal e outra na execução penal.

Além da atuação perante o Poder Judiciário, também há a defesa no âmbito administrativo, no inquérito de expulsão, que tramita perante o Ministério da Justiça, motivo pelo qual a atribuição da defesa técnica é da DPU. Nesse procedimento, que será explanado mais adiante, é realizado interrogatório pela Polícia Federal, em que o preso é questionado sobre a intenção de permanecer no Brasil e se tem filhos ou cônjuge brasileiro (causa de inexpulsabilidade). O interrogatório é feito na própria Penitenciária, e não há necessidade da presença do defensor. A DPU, por outro lado, tem iniciado paulatinamente o acompanhamento dos inquéritos, deslocando-se até Itaí periodicamente, o que é restringido pela carência de recursos materiais e humanos (o deslocamento exige veículo da Administração, bem como o afastamento de dois Defensores da atividade-fim, durante uma semana, em curtos períodos, por exemplo, bimensalmente).

Da experiência relacionada às visitas,[30] bem como da interação com uma diversidade de atores (DPESP, DPU, Funap), evidenciou-se que a efetiva assistência jurídica só é possível se houver interação entre as Defensorias, através de constante troca de informações e repasse de pedidos (às vezes os presos solicitam informações sobre o inquérito de expulsão à DPESP, e sobre a execução penal à DPU), a resposta às cartas dos assistidos, o fornecimento de

29. Reunião com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo em Avaré, em 31.03.2011, para tratar sobre a atuação conjunta da DPU e da DPESP em prol dos presos estrangeiros.

30. No ano de 2011 foram cinco visitas realizadas pela Defensoria Pública da União em São Paulo, sendo duas de inspeção, um acompanhando o Ministério Público Federal e outra própria, e três para acompanhamento de interrogatórios em inquéritos de expulsão.

informações quanto ao andamento dos processos criminais e dos inquéritos de expulsão. O desconhecimento do andamento do processo criminal na Justiça Federal, o motivo da demora e a necessidade, ou não, de interpor recurso, foram problemas relatados pelos assistidos. Por outro lado, alguns agradeceram imensamente o contato feito pelo Defensor e os esclarecimentos prestados.

2.2 A penitenciária feminina da capital e as mulheres estrangeiras

A penitenciária feminina da capital, ao contrário de Itaí, ainda não é uma prisão exclusiva para estrangeiros, mas a tendência é que se torne, uma vez que tem aumentado paulatinamente o número de presas das mais diversas nacionalidades.[31] Está situada no "Complexo do Carandiru", na própria capital, e é atendida pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, através do "Projeto Estrangeiras".[32]

O "Projeto Estrangeiras" consiste em um trabalho com as mulheres estrangeiras em situação de cárcere, no intuito de observar as peculiaridades do aprisionamento dessas mulheres, bem como de encaminhar questões jurídicas aos órgãos competentes (dentre eles a Defensoria Pública), além de prestar assistência social às detentas,[33] e fomentar o debate e as políticas públicas relacionadas ao encarceramento feminino. As visitas da equipe são semanais, e a DPU, através do GT de Presos Estrangeiros, das áreas cível e criminal da Unidade de São Paulo, além da DPU de Guarulhos, no ano de 2011, acompanhou bimensalmente as visitas destinadas à elucidação e tentativa de solução de questões jurídicas.

Desde a primeira visita, constou-se a grande necessidade de assistência jurídica a estas detentas, mediante atuação conjunta da DPU, da DPESP, do Delegado Federal responsável pelos inquéritos de expulsão e do juízo da execução penal, além, claro, da própria Administração Penitenciária. Exemplificativa-

---

31. Na data da primeira visita da DPU-SP, no dia 10.12.2010, havia aproximadamente 400 presas estrangeiras na Penitenciária.

32. INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA – ITTC. Projeto estrangeiros. Disponível em: [www.ittc.org.br/web/estrangeiros.asp]. Acesso em: 27.04.2012. Esse projeto, aliás, ficou em primeiro lugar no 1.º Prêmio Nacional de Boas Práticas em Políticas Criminais e Penitenciárias, cujo tema foi "Diálogo: Comunidade e Cárcere".

33. Segundo o Projeto, "os atendimentos sociais abrangem desde questões relacionadas à família, aos filhos, à saúde e contatos com consulados e embaixadas. Outra parte do atendimento individual é o auxílio na comunicação entre as mulheres e suas famílias, através de correspondências (e-mails e cartas) enviadas e recebidas pela equipe". Idem.

mente, as presas não estavam obtendo progressão de regime quando já havia decreto de expulsão; algumas foram apenadas com falta disciplinar em virtude de não terem assinado os interrogatórios nos Inquéritos Policiais de Expulsão; reclamam que não estavam remindo a pena a despeito de estarem trabalhando; informaram que não conseguem contato com os familiares; suscitaram dúvidas acerca da existência, ou não, de Inquérito Policial de Expulsão (IPE) em seu nome, dentre outras questões.

Após reunião com a DPESP, estabeleceram-se meios de garantir a celeridade da comunicação entre as Defensorias (e-mails específicos para tal finalidade), a DPU realizou evento para tratar da temática e fortalecer os laços com a DPESP,[34] e participou da capacitação da segunda etapa do Projeto "Mulheres encarceradas",[35] instruindo os Defensores Públicos do Estado a encaminhar à DPU demandas de transferência e questões relacionadas ao inquérito de expulsão. Posteriormente, o GT de Presos Estrangeiros levou a questão ao Mutirão Carcerário do Conselho Nacional de Justiça, e acompanhou as ações relacionadas às presas estrangeiras, inclusive a visita de inspeção à Penitenciária.[36]

---

34. Evento em homenagem ao Dia da Mulher, Do mundo feminino em expansão ao encarceramento em massa, organizado pelas Defensoras Públicas Federais Nara de Souza Rivitti e Ana Luisa Zago de Moraes, no dia 21.03.2011, com participação da DPESP e do ITTC. Disponível em: [www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3940:dpusp-promove-seminario-em-homenagem-ao-dia-da-mulher&catid=79:noticias&Itemid=220]. Acesso em: 30.04.2012.

35. O projeto "Mulheres encarceradas" é uma iniciativa da Defensoria Pública de São Paulo em parceira com a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência de República, e teve como objetivo atender, em um ano (2011), as cerca de 11 mil mulheres encarceradas – provisória ou definitivamente – do Estado. O projeto estava dividido em duas etapas. Nos primeiros seis meses, 37 estabelecimentos prisionais femininos foram visitados. Na segunda etapa, cerca de 50 unidades receberam as visitas dos Defensores. Disponível em: [www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=34032&idPagina=3086]. Acesso em: 30.04.2012. A DPU-SP participou da capacitação para a segunda etapa do projeto, justamente a que englobaria a Penitenciária Feminina da Capital.

36. A visita ocorreu no dia 03.08.2011, e foi realizada por membros do CNJ, da Defensoria Pública Estadual, do Ministério Público Estadual e de entidades da sociedade civil, como o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), do Conselho da Comunidade e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Além da troca de informações durante as inspeções, ocorreram entrevistas reservadas com presas selecionadas aleatoriamente para melhor conhecer as condições dos estabelecimentos prisionais. Participaram os Defensores Públicos Federais Ana Luisa Zago de Moraes e João Freitas de Castro Chaves, que apontaram as peculiaridades e dificuldades de execução

Da observação da mulher presa fora de seu país, verifica-se que os obstáculos enfrentados por estas são inúmeros: a assistência à saúde no interior da prisão é precária, com relatos de mortes por falta de atendimento médico;[37] o isolamento social é maior do que os homens, uma vez que as mulheres são mais frequentemente abandonadas pela família e pelo cônjuge durante o cumprimento da pena;[38] subsiste a ausência de vínculos aptos a possibilitar saídas temporárias; há dificuldade em obter a transferência ao país de origem;[39] as diferenças culturais e religiosas são as mesmas narradas em relação aos homens estrangeiros; a questão linguística também se repete, e gera prejuízos na interação no ambiente prisional, na compreensão da dinâmica do processo criminal, da execução penal, da disciplina na prisão e, por fim, durante a própria assistência médica. Além disso, a questão dos filhos é uma peculiaridade digna de nota.

As presas "mães", quando não estão afastadas dos seus filhos – que frequentemente estão no país de origem, aos cuidados de outros familiares –, estes são gestados durante ou cumprimento da pena e, ao nascer, somente podem permanecer com as mães até os seis meses de idade. Decorrido esse período,

---

da pena privativa de liberdade das presas estrangeiras. Disponível em: [www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5428:visita-inspeciona-situacao-de-penitenciaria-feminina&catid=79:noticias&Itemid=220]. Acesso em: 30.04.2012.

37. No mês de agosto de 2011, duas detentas estrangeiras morreram em situação de provável demora no atendimento médico, sendo uma natural do Quênia e outra da África do Sul. O curto lapso temporal entre as mortes e a existência de pedido de providências, formulado pela Defensoria Pública da União, em relação a uma das presas, chamou a atenção das autoridades, principalmente do CNJ, que, a pedido da Defensoria Pública da União, passou a investigar os casos.

38. Trata-se de uma as conclusões do Projeto "Mulheres encarceradas" (idem nota 35).

39. Apesar de haver um esforço para a realização de acordos bilaterais para a transferência de presas, eles ainda são pouco numerosos. Em seis anos de trabalho com presas estrangeiras, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania acompanhou apenas duas transferências, uma para o Canadá e outra para a Argentina, até o ano de 2007 (*Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. Fevereiro de 2007. Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional, Cejil; Associação Juízes para a Democracia, AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, ITCC; Pastoral Carcerária Nacional/CNBB; Instituto de Defesa do Direito de Defesa, IDDD; Centro Dandara de Promotoras Legais Popular; Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude – ASBRAD; Comissão Teotônio Vilela, CTV; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCCrim. Disponível em: [www.asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio_oea.pdf]. Acesso em: 30.04.2012).

ou a genitora indica o pai ou outro responsável pela criança, que a ele deverá ser entregue com segurança pelo consulado outra instituição; ou o diretor do presídio deve fornecer creche para crianças maiores de seis meses e menores de sete anos que estejam desamparadas.

O nascimento do filho durante o aprisionamento gera muito sofrimento à mãe, principalmente quando esta não possui familiares capazes de cuidar da criança: têm consciência de que o filho deverá ser entregue provisoriamente a parentes ou a uma instituição, até o término do cumprimento da pena privativa de liberdade, mas também temem que o filho seja entregue à adoção. Nesse sentido, uma das presas atendidas pelo ITTC, que posteriormente teve seu filho entregue aos familiares que residiam na Colômbia,"com o rosto inchado e o nariz vermelho de tanto chorar, contou que estava há dias sem comer e trabalhar e passava o dia chorando", desabafou:

"Parece que a minha vida acabou! Não queria me separar do meu bebê. É muito sofrimento, muito! Vocês não fazem ideia. Nos últimos oito meses não me separei dele nem um minuto, a gente tomava banho junto todos os dias, abraçados. Acordava e dormia com ele e agora vou ficar sem ver meu filho por quatro ou cinco anos. Não vou poder acompanhar o crescimento dele, não vou poder criar ele. É muito tempo longe! Ele nem vai me reconhecer, não vai saber que eu sou a mãe dele."[40]

A DPU, em uma das visitas, atendeu uma romena que recém havia dado à luz a um menino, e estava desesperada, temendo que este fosse entregue à adoção, uma vez que não tinha mais contato com o genitor da criança, tampouco com outro familiar apto a cuidar do menor durante o seu aprisionamento. Ocorre que, com a entrada em vigor da Lei 12.403,[41] a Defensora Pública Federal Alessandra Alves de Oliveira, responsável pelo processo, requereu a prisão domiciliar da assistida e sugeriu que ela e seu filho fossem abrigados na Casa de Acolhida Nossa Senhora Aparecida, instituição que aceitou o pedido. Em virtude disso, o Tribunal Regional Federal da Terceira Região, em decisão até então inédita, determinou à estrangeira, condenada em primeira instância

40. BUMACHAR, Bruna. Por meus filhos: a maternidade entre as presas estrangeiras. *Revista Fazendo Gênero*. n. 9. Diásporas, Diversidades, Deslocamentos. 23 a 26.08.2010. Disponível em: [www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1277937323_ARQUIVO_Pormeusfilhos_fazendogenero2.pdf]. Acesso em: 02.05.2012. p. 4-5.

41. A referida Lei, de 04.05.2011, alterou Código de Processo Penal, introduzindo medidas cautelar alternativas à prisão, dentre elas a constante no art. 318, III, consistente na prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva nos casos em que for "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade".

por tráfico de drogas, a mudança de prisão em regime fechado por prisão domiciliar. [42]

3. DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA CONDIÇÃO DE ESTRANGEIRO DURANTE A PERSECUÇÃO E EXECUÇÃO PENAL

3.1 Inquérito policial de expulsão e a busca de novas alternativas: antecipação, deportação e transferência

O IPE é um procedimento administrativo que tem por objetivo verificar se um estrangeiro pode ou não ser expulso do Brasil. A expulsão, por sua vez, é uma das hipóteses de retirada compulsória do estrangeiro do território nacional. Está prevista no art. 65 da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), como destinada àquele que "de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais".

A regulamentação legal da expulsão viola o princípio da legalidade, devido à sua amplitude, que não permite antever quais condutas são passíveis de gerar tal medida administrativa.[43] Na prática, o que ocorre é a abertura de inquérito de expulsão em face dos estrangeiros condenados pela prática de crimes, por determinação do Ministro da Justiça, que recebe do Ministério Público cópia da sentença condenatória,[44] iniciando o trâmite do procedimento na Delegacia de Polícia Federal que tenha atribuição territorial no domicílio do expulsando.

Instaurado o inquérito mediante Portaria, o expulsando é intimado com antecedência mínima de dois dias úteis para ser interrogado, podendo constituir advogado para acompanhar o interrogatório ou ser acompanhado da DPU, nos locais onde houver unidade instalada. Para isso, a Polícia Federal deverá comunicar com antecedência a DPU, que possui prerrogativa de intimação pessoal de todos os atos processuais, inclusive na esfera administrativa.[45] Não

42. Notícia disponível em: [www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7010:decisao-substitui-pena-em-regime-fechado-por-prisao-domiciliar&catid=79:noticias&Itemid=220]. Acesso em: 02.05.2012.

43. DORINI, João Paulo de Campos. Considerações sobre a expulsão. *Revista da Defensoria Pública da União*. n. 1. p. 42-61. Brasília: DPU, jan.-jun. 2009.

44. Conforme previsão do Dec. 86.715/1981, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro e discrimina o procedimento do inquérito de expulsão.

45. Art. 4.º, V, da LC 80/1994.

encontrado o expulsando, este será intimado por edital, e será constituído curador especial para promover a sua defesa.

O interrogando, caso não fale a língua portuguesa, deve ser acompanhado de intérprete, sob pena de nulidade, consoante previsão do art. 8.º da Convenção Americana de Direitos Humanos.[46] Como a Polícia Federal não dispõe de intérpretes para tal finalidade, o que ocorre na prática é a habilidade de o agente responsável pelos interrogatórios falar português e espanhol e, em relação às demais línguas, a seleção de presos mais antigos e da mesma nacionalidade do expulsando para fazer a tradução. Tal praxe não é aconselhável, uma vez que os intérpretes devem ser equiparados aos peritos, ou seja, serem dotados de fé pública ou prestarem juramento.[47]

A importância do interrogatório consiste na possibilidade de alegar e provar, seja documentalmente, seja mediante o fornecimento de nomes e endereços, as causas impeditivas da expulsão, previstas no art. 75, II, do Estatuto do Estrangeiro: (a) cônjuge brasileiro, desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos e não haja separação de fato; (b) filho brasileiro sob guarda e dependência econômica, desde que tenha sido registrado antes do fato que motivou a expulsão.

Comprovada a existência de cônjuge – extensível à união estável por expressa equiparação constitucional (art. 226, § 3.º, da CF/1988) –, cabe à defesa técnica questionar a constitucionalidade da exigência dos cinco anos de casamento, uma vez que esta vai de encontro à proteção da família prevista no art. 226 do texto constitucional. Da mesma forma, no prazo destinado à defesa técnica deve ser suscitada a inconstitucionalidade da exigência do nascimento do filho antes do ato criminoso, bem como da necessidade de comprovar dependência econômica, uma vez que tais requisitos vão de encontro aos princípios da prioridade absoluta, da proteção integral e do reconhecimento da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (arts. 226 e 227 da CF/1988, combinados com os arts. 1.º, 4.º e 6.º da Lei 8.069/1990).[48]

---

46. A Convenção integra o ordenamento pátrio por força do Dec. 678/1992. Cumpre transcrever a previsão do art. 8.º, *a*: "direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou falar o idioma do juízo ou tribunal".

47. O art. 281 do CPP prevê expressamente o intérprete, equiparando-o ao perito para todos os fins.

48. DORINI, João Paulo de Campos. Op. cit., p. 54. Nesse sentido, ainda: "Havendo descendência brasileira, não se pode simplesmente expulsar o estrangeiro, ainda que o filho dele não dependa economicamente, pois o critério financeiro já não é norteador

Após a apresentação de defesa técnica pelo advogado constituído ou por Defensor Público Federal, o inquérito será relatado e remetido à Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, ocasião em que será analisada, motivadamente, a conveniência e oportunidade da medida. Se determinada, o será por Decreto de Expulsão, de competência do Presidente da República (art. 66 do Estatuto do Estrangeiro),[49] em face do qual cabe pedido de reconsideração, no prazo de 10 dias a contar da publicação no Diário Oficial da União, devendo ser observada, da mesma forma que durante o trâmite do inquérito, a prerrogativa de intimação pessoal da DPU.

A motivação dos atos administrativos é determinação constitucional (art. 37 da CF/1988) e também se aplica ao ato expulsório, que deve obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e é passível de controle jurisdicional no que se refere à obediência a esses princípios, principalmente ao da legalidade. Exemplo disso é a inobservância de uma das causas da inexpulsabilidade previstas em lei, que pode ensejar a declaração judicial da nulidade do Decreto de Expulsão. Logo, apesar de não caber ao Poder Judiciário analisar a conveniência e oportunidade do ato, incumbe a este o controle de legalidade em sentido amplo (que abrange a constitucionalidade).[50] Nesse sentido, já decidiu o STJ:

"1. Em situações como a que se apresenta nos presentes autos, a jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido da impossibilidade de expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, desde que evidenciada a dependência econômica ou afetiva. Verifica-se a juntada aos autos de certidão de nascimento de dois filhos, comprovando que o ora paciente é genitor dos menores em questão. Além disso, consta dos autos documentos que demonstram a existência de efetiva dependência econômica dos menores em relação ao paciente. 2. *Desimportante o fato de os nascimentos dos filhos ter ocorrido após a condenação penal e o ato expulsório. (...) 4. Ordem concedida, nada obstante o parecer ministerial, com arrimo no art. 75, II,* b, *da Lei 6.815/1980, para revogar a*

---

das relações filiais, como era no revogado Código de Menores de 1972. A única medida que atende o interesse do infante é a manutenção de seu pai no território pátrio, ainda mais justificável quando mantém estreitos vínculos afetivos". Idem, p. 56.

49. Houve delegação ao Ministro da Justiça pelo Dec. 3.447/2000.

50. "Assinala Politis que, no plano do direito das gentes, o ato expulsivo deve obedecer a motivos sérios, em correspondência com uma verdadeira necessidade, isento de um rigor inútil, não bastando, como acrescenta Pontes de Miranda, para servir-lhe de fundamento, meras presunções, tampouco opinião pessoal das autoridades" (CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 196).

Portaria Ministerial de expulsão 1.030/03 (publicada no *DJ* 09.07.2003). Agravo regimental interposto contra o deferimento da liminar julgado prejudicado"[51] – Grifos nossos.

Além do controle jurisdicional do ato expulsório, a defesa técnica também deve atentar ao controle da prisão do expulsando. Isso porque há previsão, no art. 69 do Estatuto do Estrangeiro, da decretação da prisão, pelo Ministro da Justiça, por noventa dias, para conclusão do inquérito de expulsão ou assegurar a execução da medida, podendo ser prorrogada por igual prazo. Trata-se, no entanto, de prisão revogada pela Constituição da República Federativa do Brasil, que não admite prisão administrativa, inclusive a prisão para fins de expulsão, mesmo que decretada por juiz, uma vez que a judicialização não descaracteriza a natureza da prisão, já que derivada de um procedimento administrativo, e não para fins de cautelaridade penal. Nessa linha, já ementou o Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

"*Habeas corpus* – Prisão preventiva para fins de expulsão do estrangeiro – Pena privativa de liberdade cumprida – Ilegalidade reconhecida. 1. *Após a Constituição de 1988, a prisão só pode ser decretada por autoridade judiciária competente.* Tal ocorre nos casos de extradição, quando a prisão do extraditando é decretada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal sorteado, como medida cautelar preparatória ou incidental ao processo extradicional, para o qual fica prevento para processamento do feito. Precedentes do STF. 2. *Não subsiste no ordenamento jurídico, dispositivo que autorize Juiz Federal a decretar prisão preventiva com fins administrativos, já que não é a autoridade judiciária competente, não há processo em andamento, e nem a hipótese vem prevista entre as que autorizam a prisão preventiva. 3. O sistema constitucional vigente não admite o recurso à analogia para coartar-se a liberdade de ir e vir, cuja restrição deve atender ao princípio da estrita legalidade.* 4. Ordem concedida"[52] – Grifos nossos.

A tese da inconstitucionalidade da prisão para fins de expulsão não prevaleceu nos tribunais pátrios, que entendem que, com a Constituição de 1988, o que houve foi a destituição da competência do Ministro da Justiça, com a atribuição exclusiva do Poder Judiciário para decretá-la.[53] Dessa for-

51. STJ, HC 212.454/DF, 1.ª Seção, j. 28.09.2011, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 26.10.2011.

52. TRF-3.ª Reg., HC 200103000077175, 2.ª T., Des. Federal Sylvia Steiner, *DJU* 22.08.2001, p. 397.

53. Exemplificativamente: STJ, HC 134.195/DF, 1.ª Seção, j. 24.06.2006, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, *DJe* 03.08.2009.

ma, é mais eficaz aos assistidos presos para fins de expulsão a impetração de *habeas corpus* sob o fundamento do excesso de prazo, quando excedidos 90 dias da prisão, bem como a alegação da ilegalidade da prisão quando o expulsando já se encontrava preso em decorrência da condenação criminal e, após o término do cumprimento da pena, ainda não havia sido concluído o IPE. Nesse caso, a demora na conclusão do inquérito não pode justificar o cerceamento da liberdade do assistido, devendo este aguardar a retirada do país em liberdade.[54]

A atenção à liberdade do expulsando, à ampla defesa durante o inquérito e à legalidade do Decreto de Expulsão têm sido complementadas por outras três medidas defensivas, em prol dos assistidos que declaram, de forma inequívoca e consciente, a intenção de retornar imediatamente ao país de origem: o pedido de antecipação da expulsão, a deportação sumária e a transferência do condenado ao país de origem.

A antecipação da expulsão consiste na efetivação da expulsão antes do término do cumprimento da pena, e demanda autorização do juízo condenatório, que pode fazer constar na sentença a autorização para que o Ministério da Justiça efetive a expulsão antes do efetivo cumprimento da sentença.[55] Após essa autorização, que tem sido dada por alguns juízes em razão de pedido formulado pela DPU, é solicitada, na própria defesa do inquérito de expulsão, a celeridade ao IPE, bem como decretação de expulsão não condicionada ao término do cumprimento da pena.[56] Com a decretação de expulsão, é postulado ao juízo da execução penal a autorização de que, cumprida a pena no regime

54. "Em resumo, quando o expulsando cumpriu pena privativa de liberdade, a Administração teve tempo suficiente, desde a prisão do estrangeiro, para finalizar o procedimento expulsório e, em sendo o caso, providenciar a execução do decreto de expulsão" (DORINI, João Paulo de Campos. Op. cit., p. 45).

55. Importante atentar à impossibilidade de a medida expulsória ser decretada pelo juízo singular na sentença condenatória proferida contra o estrangeiro, por delito aqui praticado, uma vez que compete privativamente ao Presidente da República (CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 197).

56. Sentença proferida no TRF-3.ª Reg., Ap 000896-45.2010.403.6119, 5.ª Vara Federal de Guarulhos, 19.ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, Seção Judiciária de São Paulo, Juíza Federal Renata Coelho Padilha: "Oficie-se ao Ministério da Justiça para que seja avaliada a pertinência da instauração de processo administrativo para expulsão do réu, ressaltando que a efetiva expulsão somente poderá ser concretizada após o trânsito em julgado, cabendo ao juízo da Execução Penal eventual apreciação acerca da efetivação da expulsão, durante o prazo do cumprimento da pena e após o período do regime fechado".

fechado, no momento da progressão para o regime semiaberto seja autorizado o retorno ao país de origem.[57]

A efetiva antecipação da expulsão exige, portanto, a comunicação entre diversos atores, uma vez que ao juiz não é autorizada a decretação de expulsão e ao Ministério da Justiça não é possível a soltura do executado para fins de expulsão.[58] E, além disso, a saída do Brasil demanda atuação da Polícia Federal, que deve propiciar o deslocamento do estrangeiro, sendo a verba destinada à compra de passagens oriunda do orçamento da União. Daí porque uma solução defendida pela DPU é a reserva do valor da passagem que seria utilizada para sair do território nacional (no caso das "mulas"), pela companhia aérea, para que esta seja utilizada no momento do retorno ao país de origem.

A deportação sumária consiste na substituição da expulsão pela deportação, prevista no art. 57, § 2.°, do Estatuto do Estrangeiro, procedimento menos gravoso ao estrangeiro, uma vez que não está condicionado ao término do cumprimento da pena (caso assim autorizado pelo juízo da condenação) e o deportado, caso retorne ao Brasil, não cometerá o crime de reingresso de estrangeiro expulso (art. 338 do CP). Trata-se de uma tese defensiva nova, desenvolvida pelo Defensor Público Federal Gustavo Henrique Ambrust Virginelli, no sentido de ser o estrangeiro deportado pela Polícia Federal após a condenação, após ter sido dispensado pelo juízo criminal de cumprir pena no Brasil. Essa tese é fundamentada nos princípios da ofensividade, da proporcionalidade e do próprio interesse nacional em imediatamente deportar autores de delitos em território nacional, proporcionando solução aos casos de condenados a penas restritivas de direito que, ao mesmo tempo em que não conseguem trabalho em território brasileiro, não podem ser expulsos antes do término do cumprimento da pena. Ademais, o estrangeiro, no final do cumprimento da pena, não é reintegrado à sociedade, mas dela retirado compulsoriamente, motivo pelo qual não há razoabilidade na execução penal de um cidadão não nacional.[59]

---

57. O juízo da execução pode determinar, inclusive, que seja concluído o término da pena no país de origem.

58. Esse tópico tem sido tratado em diversas reuniões do GT de Presos Estrangeiros com as instituições afetas à persecução e à execução penal, inclusive aproveitando a presença do "Mutirão Carcerário" no Estado de São Paulo no ano de 2011. Para solucionar o problema, foi sugerida por membro do CNJ a criação de um canal de comunicação entre todos os envolvidos na execução penal e nos processos de expulsão e deportação, o que tem sido implementado paulatinamente.

59. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Op. cit., p. 256.

A medida em referência já foi efetivada, no mês de outubro de 2011, em relação a um peruano que teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e, em seguida, autorizada e efetivada a imediata deportação para o Peru, com auxílio do Consulado Peruano e da Casa do Migrante.[60]

A transferência é possibilidade de o estrangeiro, condenado definitivamente, de cumprir o restante da pena imposta pela Justiça brasileira no seu país de origem. Trata-se de mecanismo de cooperação penal internacional de caráter humanitário, que visa à aproximação do condenado de seus familiares e, por outro lado, implica na imediata decretação de expulsão do território brasileiro. Somente é efetivada se houver tratado bilateral em vigor ou por promessa de reciprocidade com o país que receberá o preso, de forma a comprometer-se a transferir os nacionais brasileiros que nele estiverem.[61]

O GT de Presos Estrangeiros, após reunião com o Secretário Nacional de Justiça sobre o tema, no mês de abril de 2011,[62] tem enviado requerimentos de trans-

60. Deportação de peruano dá nova solução para réu estrangeiro – São Paulo, 11.10.2011 – "(...) Para resolver o caso, Gustavo Virginelli procurou integrar todos os órgãos ligados à questão do estrangeiro preso no Brasil – Ministério da Justiça, Polícia Federal, Justiça Federal, Consulado Peruano e Casa do Migrante –, de maneira a garantir a retirada do cidadão peruano do país o mais rápida possível. A integração entre os órgãos é de suma importância de maneira a minimizar a desigualdade processual pela qual passa o réu estrangeiro, ressaltou o defensor". Disponível em: [www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6203:deportacao-de-peruano-da-nova-solucao-para-condenado-estrangeiro&catid=79:noticias&Itemid=220]. Acesso em: 02.05.2012.

61. O Brasil possui tratados bilaterais com Argentina, Bolívia, Canadá, Chile, Espanha, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido, além dos Estados signatários da Convenção Interamericana sobre o cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (Canadá, Chile, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai e Venezuela). Todos os acordos bilaterais se encontram disponíveis em: BRASIL. *Transferência de pessoas condenadas*. 2. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Presos Estrangeiros, 2010.

62. São Paulo, 29.04.2011: "A reunião ocorreu a pedido do GT de Presos Estrangeiros da DPU/SP e teve como primeiro resultado a decisão de fortalecer o papel da Instituição na tramitação dos processos de transferência dos presos estrangeiros no Ministério da Justiça. Foi definido que os Defensores Públicos Federais ficarão encarregados de reunir a documentação necessária para instruir processos de presos estrangeiros que não possuam assistência de advogados". Disponível em: [www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4315:secretario-nacional-de-justica-mantem-entendimento-com-dpusp&catid=79:noticias&Itemid=220]. Acesso em: 01.05.2012.

ferência ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, tendo sido o primeiro aprovado pelo Brasil, estando aguardando a aprovação pela autoridade central da Bolívia. Trata-se de um processo demorado em virtude da necessidade de instruir o pedido com documentação (certidão de execução criminal, prontuário médico, atestado de conduta, sentença condenatória), da aprovação do pedido no Brasil e no exterior, com a respectiva tradução dos documentos.

3.2 Da execução penal: os direitos dos presos estrangeiros durante o cumprimento da pena

O preso estrangeiro tem os mesmos direitos que o brasileiro,[63] dentre eles a garantia constitucional de acesso à justiça e às Defensorias Públicas, a presunção de inocência, o trabalho e a remição pelo trabalho,[64] e estudo e a remição pelo estudo, a liberdade religiosa e de culto, a saúde e à higiene, a saída temporária, a visitação, inclusive visita íntima, a tradução em sua língua de origem, a assistência consular, consoante já explanado quando da análise da situação dos estrangeiros nas Penitenciárias de Itaí e Feminina da Capital. Os estrangeiros possuem direito, ainda, à progressão de regime e ao livramento condicional.

O que ocorre na prática, no entanto, é a projeção dos efeitos da decretação de expulsão sobre o cotidiano do cumprimento da pena de indivíduos não nacionais, afetando o direito de usufruírem do sistema progressivo de cumprimento da pena e, ainda, antecipando seu cumprimento e violando o princípio da presunção de inocência ao negar a liberdade provisória.[65] A posição clássica

63. Não há distinção entre nacionais e estrangeiros pelo art. 5.º da CF/1988. Além disso, o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque que, em seu art. 2.º, registra que os Estados-partes comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e sujeitos a sua jurisdição os direitos ali reconhecidos "sem discriminação alguma" e, entre outras, especialmente, em razão da origem nacional. No art. 14 convencionou-se que "todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça". Na mesma linha desta e de outras disposições, também há no Pacto de San José da Costa Rica (art. 1.º), vedação à discriminação do indivíduo em razão de sua nacionalidade. De igual forma, a não discriminação é um dos princípios essenciais das Regras Mínimas do Tratamento de Prisioneiros (UNITED NATIONS. *Human Rights and Prisons: Trainer's Guide on Human Rights Training for Prison Officials*. Nações Unidas: Nova Iorque e Geneva, 2005).

64. Nas unidades prisionais em que não há oficinas de trabalho, qualquer outra atividade diária, constante e com horário deve ser considerada para fins de remição, uma vez que é dever do Estado disponibilizar trabalho.

65. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Op. cit., p. 206.

do STF e do STJ, aliás, é justamente no sentido da impossibilidade de concessão de qualquer forma de progressão na execução da pena em benefício do estrangeiro condenado criminalmente no aguardo de eventual expulsão já decretada ou no curso de processo expulsório em tramitação, sob pena de frustrar-se a própria ordem de expulsão (utilizando-se de uma "presunção de fuga") e de garantir a progressão a quem não pode trabalhar licitamente no Brasil.[66]

O juízo da Vara de Execuções Criminais de Avaré, em regra, tem deferido a progressão de regime aos presos estrangeiros de Itaí que preenchem os requisitos para obtenção do benefício (bom comportamento carcerário e cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, conforme art. 112 da LEP), sendo que, na prática, tem havido poucos casos de fuga.[67] Na capital do estado, acolhendo a posição majoritária no TJSP,[68] era recorrente, em primeira instância, muitas decisões negando a progressão, nos casos em que havia expulsão decretada. Atualmente, prevalece o deferimento em primeira instância, mas, havendo recurso pelo Ministério Público, a tendência é a reforma das pelo

66. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 218. O autor traz diversos julgados do STF e do STJ nesse sentido. Da mesma forma, Artur de Brito Gueiros Souza comenta, dentre outros julgados, o HC 56.311, em que o STF decidiu que "o estrangeiro deve aguardar o integral cumprimento da pena, sem direito à progressão ao regime semiaberto". Acrescentou, quanto ao livramento condicional, que um dos fundamentos do indeferimento é o Dec.-Lei 4.865/1942, que veda o livramento aos estrangeiros. Ocorre que tal Decreto foi tacitamente revogado pela Constituição de 1946, e também em razão da posterior legislação do estrangeiro (Dec.-lei 941/1969, posteriormente revogado pela Lei 6.815/1980), legislação que nada previu de restrição quanto à obtenção do livramento ou qualquer outro instituto assemelhado (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Op. cit., p. 207-227).

67. Durante o ano de 2011, pelo menos até o final do mês de setembro (data da última visita do ano pela DPU à Penitenciária), foi registrada apenas uma fuga do regime semiaberto, no mês de janeiro.

68. Exemplificativamente, desfavoráveis à progressão de regime aos estrangeiros expulsos ou com inquérito de expulsão em trâmite decisões encontradas da 2.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 8.ª, 14.ª e 15.ª Câmara. Cite-se, por oportuno, trechos de decisão da 14.ª Turma: "É entendimento desta Colenda Câmara que o estrangeiro, sem comprovação de situação irregular no pais, não faz jus a progressão de regime (...). As condições do regime intermediário são incompatíveis com a situação do estrangeiro irregular, eis que, além da impossibilidade de trabalho na forma legal, a possível a frustração da execução penal é real, máxime se considerar a ausência de qualquer vínculo do forasteiro com o Brasil. Demais, ao Estado Nacional interessa, em relação ao emigrante irregular, principalmente, o cumprimento integral da pena imposta, com posterior expulsão para o Estado de origem" (TJSP, Ag em Execução Penal 0307399-27.2011.8.26.0000, 14.ª Câm., rel. Des. Marco de Lorenzi, j. 28.04.2012).

Tribunal de Justiça, "fechando" o regime. Contrariando esta tendência, há recentes julgados favoráveis à progressão de regime dos presos estrangeiros.[69] Vejam-se os argumentos utilizados:

"O simples fato de ser estrangeiro, por si só, não constitui obstáculo a que, preenchendo os requisitos legais, faça jus à progressão de regime.

Nesse caso, considerar sua condição de estrangeiro como óbice à progressão fere o princípio da isonomia insculpido no *caput* do art. 5.º da CF/1988, bem como o art. 3.º, parágrafo único, da LEP, que proíbe qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política na execução da pena."

"(...) o decreto expulsório, ato administrativo que é, não invade a esfera penal, não dispondo sobre o regime da execução da pena, sob pena de criar-se, administrativamente, nova forma de regime integralmente fechado."[70]

"Risco ao se conceder progressão de regime sempre existe seja o condenado nacional ou estrangeiro, este em situação regular ou não, mas nem por isso se pode impedir a progressão do regime fechado para o semiaberto, quando preenchidos os requisitos legais."[71]

"Nem se argumente ser despicienda a reintegração do estrangeiro no seio social, posto que a finalidade ressocializadora da pena visa diretamente à reestruturação da personalidade do reeducando, pouco importando se irá residir ou não no país após o término da sanção. Se assim não fosse, constituiria exigência para o benefício que reeducando prestasse o compromisso de residir, pelo resto da vida, no país em que a pena foi cumprida."[72]

Recentemente, o STJ, flexibilizando sua posição tradicional, manifestou-se no sentido de que "a situação irregular de estrangeiro no País não é circunstância, por si só, apta a afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros" e "a possibilidade de fuga e, consequentemente, de frustração do decreto de expulsão não justifica o indeferimento do pedido da progressão ao regime semiaberto". Citou decisão do STF no sentido de que o fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país

69. Favorável à progressão de regime para estrangeiros, foram encontradas decisões proferidas pela 3.ª, 7.ª e 16.ª Câmaras.

70. TJSP, Ag em Execução Penal 0271797-72.2011.8.26.0000, 16.ª Câm., rel. Des. Borges Pereira, j. 17.04.2012.

71. TJSP, Ag em Execução Penal 0259120-10.2011.8.26.0000, 3.ª Câm., j. 17.04.2012, rel. Des. Luiz Antonio Cardoso.

72. TJSP, Ag em Execução Penal 0297816-18.2011.8.26.0000, 13.ª Câm., j. 14.04.2012, rel. Des. França Carvalho.

e ser objeto de processo de expulsão não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena. No caso julgado, o estrangeiro possuía filho brasileiro, mas a fundamentação serve para evidenciar a tendência a uma mudança de paradigma: da diferença para a igualdade entre estrangeiros e brasileiros no cumprimento da pena.[73]

O livramento condicional exige mais requisitos do que a progressão, dentre eles "obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho" (arts. 131 e 132 da LEP), motivo pelo qual, em regra, é negado pelos tribunais pátrios sob o argumento de que não há possibilidade de o estrangeiro exercer ocupação lícita e firmar residência por estar irregular no País. Para reverter tal posicionamento, é necessária, além da conscientização dos Poderes através da realização de eventos,[74] a interação entre diversas instituições, no intuito de abrigar os estrangeiros em locais apropriados, que forneçam atividades equiparadas à "ocupação lícita" e que o possibilitem prover seu próprio sustento (assistência transdisciplinar). É o que vem ocorrendo em razão da atuação do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) – "Projeto Estrangeiras" –, quem vem alocando algumas mulheres na "Casa de Acolhida"; da Pastoral Carcerária e da "Casa do Migrante", que recebe estrangeiros para fins de livramento condicional.[75] Para aqueles que pretendem retornar ao país de origem, a efetivação da expulsão no momento do livramento condicional é uma medida mais favorável ao estrangeiro e atinge muito mais a função ressocializadora do que a permanência em território nacional, dificultada pela falta de visto de permanência e, por conseguinte, da documentação necessária à obtenção de emprego.

Antes disso, durante o processo de conhecimento, a concessão de liberdade provisória e a substituição da pena privativa e liberdade por restritiva de direitos são um desafio para os atores processuais e a sociedade como um todo, uma vez que são, em regra, negadas pelos juízes monocráticos e tribunais brasileiros nos casos de estrangeiros acusados de tráfico de drogas. O STF decidiu,

---

73. Precedente citado do STF: HC 97.147-MT, *DJe* 12.02.2010. Precedente do STJ: HC 219.017/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 15.03.2012, noticiado no informativo 493, período: 12 a 23 de março de 2012.

74. Exemplo foi o "Seminário Presos Estrangeiros" promovido pelo CNJ, que teve a participação da Defensoria Pública da União. O evento ocorreu na Escola Paulista da Magistratura em 09.03.2012 e contou com a contribuição de representantes do Poder Executivo, do Ministério Público, do Poder Judiciário e de agentes consulares.

75. Vide nota 19. No mais, subsiste a necessidade de um local para abrigar estrangeiros em livramento condicional a ser mantido pelo próprio Estado, uma vez que os instituídos e mantidos pela sociedade civil se encontram no limite da capacidade.

recentemente, que cabe pena restritiva de direitos para o delito em referência e, no caso de um estrangeiro condenado por este delito, declarou: "*in casu*, restou comprovado o direito do estrangeiro ao benefício, máxime porque (a) a ele foi fixado o regime aberto para iniciar o cumprimento da pena; (b) inexiste decreto de expulsão em seu desfavor; e (c) na visão das instâncias inferiores, preenche os requisitos do art. 44".[76] Assim também foi declarado no caso que resultou na deportação sumária pela atuação da DPU.[77] No que concerne à liberdade provisória, a Unidade de Guarulhos, através do Defensor Público Federal Fernando de Souza Carvalho, obteve recente vitória, relatando que "para a obtenção da decisão favorável foi necessário que o estrangeiro comprovasse residência fixa em São Paulo",[78] refletindo que, para a obtenção de mais vitórias, é necessária a atuação e comunicação entre diversas instituições.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: OS RUMOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA

No decorrer do trabalho, verificou-se que a assistência aos presos estrangeiros do estado de São Paulo, no ano de 2011, implicou, inicialmente, em visitas às Penitenciárias de Itaí e Feminina da Capital, o que resultou no conhecimento da situação dessas unidades prisionais, bem como propiciou a ciência acerca dos problemas enfrentados pelos assistidos e a busca de divulgação e da solução. Muitas vezes, tal solução não demanda a atuação direta da DPU, como é o caso da execução penal, da assistência material e do contato com a família. Daí porque a interação interinstitucional, inclusive com os consulados, no intuito de efetivar fluxo de comunicação com os agentes que atuam durante a estada do estrangeiro acusado criminalmente no Brasil foi, pois, imprescindí-

76. STF, HC 103311, 1.ª T., j. 07.06.2011, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 29.06.2011, p. 86.

77. Acerca do caso que resultou na deportação sumária, vide nota 59.

78. Guarulhos, 27.12.2011 – "A Defensoria Pública da União em Guarulhos (DPU/Guarulhos) conseguiu a liberdade provisória do assistido estrangeiro P.D.G., angolano, acusado de tráfico internacional de entorpecentes. O defensor Fernando de Souza Carvalho, responsável pelo processo, obteve êxito na petição. A decisão foi pronunciada na sexta-feira (16), data da entrada do pedido em que foi concedida a liberdade liminar. P.D.G. havia sido interrogado um dia antes e o processo aguardava diligências requeridas pela defesa. Segundo Carvalho, "apesar de ser indiscutível o cabimento da liberdade provisória para os acusados de tráfico, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, na prática, tem sido muito difícil ou quase impossível consegui-la", afirmou. Disponível em: [www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7072:dpuguarulhos-consegue-liberdade-provisoria-para-estrangeiro&catid=79:noticias&Itemid=220]. Acesso em: 03.05.2012.

vel, assim como a realização de eventos e cartilhas para divulgar a causa, como a Cartilha de Presos Muçulmanos.

A atuação em prol dos estrangeiros implicou também no aprimoramento do trabalho da própria DPU, em suas diferentes áreas de atuação: em busca de novas teses defensivas nos interrogatórios em inquéritos de expulsão (área cível *lato sensu*) e nos processos criminais (área criminal), inclusive através de alternativas como a deportação sumária e a transferências de presos ao país e origem (GT de Presos Estrangeiros). Isso sem olvidar o envolvimento do Serviço Social da Unidade, que buscou acompanhar as visitas à Penitenciária Feminina, principalmente para auxiliar as presas mães e futuros egressos (busca de albergues e de atividade laborativa).

Por fim, a defesa da isonomia em relação aos brasileiros e a luta pela da melhora da situação desses estrangeiros de uma forma geral foi uma bandeira assumida, somada ao repúdio à exigência do cumprimento integral da pena em regime fechado, à vedação da liberdade provisória, à carência de assistência consular, à falta de assistência aos libertos e ao isolamento social do preso estrangeiro. Estamos certos, no entanto, de que caminhamos rumo a uma mudança de paradigma: da diferença para a igualdade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Transferência de pessoas condenadas*. 2. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Presos Estrangeiros, 2010.

_____. *Atuação Parlamentar 2008: CPI do Sistema Carcerário*. Brasília: Centro de Documentação e Informações. Coordenação de Publicações, 2009.

_____. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados – Edições Câmara, 2009. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=1]. Acesso em: 29.04.2012.

BUMACHAR, Bruna. Por meus filhos: a maternidade entre as presas estrangeiras. *Revista Fazendo Gênero*. n. 9. Diásporas, Diversidades, Deslocamentos. 23 a 26 de agosto de 2010. Disponível em: [www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1277937323_ARQUIVO_Pormeusfilhos_fazendogenero2.pdf]. Acesso em: 02.05.2012.

BUSATO, Paulo César. Ejecución penal y ciudadanía global: la discriminación en el régimen progresivo de cumplimiento de pena para el extranjero en Brasil. *Revista General de Derecho Penal*. vol. 11. 2009. Disponível em: [www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=407635]. Acesso em: 26.04.2012.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Cartilha de direitos religiosos, deveres e costumes de presos muçulmanos em penitenciárias. Disponível em: [www.dpu.gov.br/images/stories/arquivos/PDF/cartilha%20muculmanos.pdf]. Acesso em: 29.04.2012.

DORINI, João Paulo de Campos. Considerações sobre a expulsão. *Revista da Defensoria Pública da União*. n. 1. p. 42-61. Brasília: DPU, jan.-jun. 2009.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA – ITTC. Projeto estrangeiros. Disponível em: [www.ittc.org.br/web/estrangeiros.asp]. Acesso em: 27.04.2012.

UNITED NATIONS. *Human rights and prisons: trainer's guide on human rights training for prison officials*. Nações Unidas: Nova Iorque e Geneva, 2005.

SAP – SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota à Imprensa – 16.10.2006. Penitenciária de Itaí abrigará presos estrangeiros. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br/common/nota_imp/0001-0099/ni033.html]. Acesso em: abr. 2011.

_____. Presos estrangeiros no Estado de São Paulo. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br/common/noticias/0400-0499/not470.html]. Acesso em: 10.12.2010.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. O condenado estrangeiro e a progressão de regime prisional. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10891-10891-1-PB.htm]. Acesso em: 01.05.2012.

VEJA. Os presos que vêm de fora. *Revista Veja*. Disponível em: [http://vejasp.abril.com.br/revista/edicao-2229/penitenciaria-itai-condenados-estrangeiros]. Acesso em: 28.04.2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos, de Ela Wiecko V. de Castilho, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*, organizada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 6, p. 463; e
- Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito, de João Marcello de Araújo Júnior, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 1, p. 807.