61859

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 99 • nov.-dez. / 2012

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 99 • nov.-dez. / 2012

Presidência
Marta Saad

Coordenação
Helena Regina Lobo da Costa

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Helena Regina Lobo da Costa.

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Bruno Shimizu, Heloisa Estellita e Mariângela Lopes.

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 Messuti, André Augusto Mendes Machado, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, 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, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Giovani Agostini Saavedra, 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, Maira Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho Araujo, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Sánchez Rios e Sérgio Salomão Shecaira.

COLABORADORES PERMANENTES

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

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

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

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

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 99 • nov.-dez. / 2012

Coordenação

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

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.

100 ANOS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 99 • nov.-dez. / 2012

Presidência
MARTA SAAD

Coordenoção
HELENA REGINA LOBO DA COSTA

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: [11-2012]
Profissional
Fechamento desta edição: [09.11.2012]



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2011/2012

Diretoria Executiva

Presidente
Marta Saad

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Ivan Martins Motta

1.º Secretária
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2.º Secretária
Helena Regina Lobo da Costa

1.º Tesoureiro
Cristiano Avila Maronna

2.º Tesoureiro
Paulo Sérgio de Oliveira

Assessor da Presidência
Rafael Lira

Conselho Consultivo

Alberto Silva Franco
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Fernanda Regina Vilares

Comunicação e Marketing
Cristiano Avila Maronna

Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Vico Mañas

Cursos
Fábio Tofic Simantob

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Fernanda Carolina de Araújo

Mesas de Estudos e Debates
Eleonora Nacif

Monografias
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Núcleo de Pesquisas
Fernanda Emy Matsuda

Pós-Graduação
Davi de Paiva Costa Tangerino

Publicações do Site
Bruno Salles Pereira Ribeiro

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tibyriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Helena Regina Lobo da Costa

Revista Liberdades
João Paulo Martinelli

Presidentes das Comissões Especiais

Amicus Curiae
Heloisa Estellita

Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira

Convênios
André Augusto Mendes Machado

Cooperação Jurídica Internacional
Antenor Madruga

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Ana Lúcia Menezes Vieira

Direito Penal Econômico
Pierpaolo Cruz Bottini

Doutrina Geral da Infração Criminal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

História
Rafael Mafei Rabello Queiroz

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Novo Código de Processo Penal
Maurício Zanoide de Moraes

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

16.º Concurso de Monografia de Ciências Criminais
Diogo Malan

18.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Coordenadorias Regionais

1.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Luis Carlos Valois

2.ª Região (Maranhão e Piauí) – Roberto Carvalho Veloso

3.ª Região (Rio Grande do Norte e Paraíba) – Oswaldo Trigueiro Filho

4.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Mohamad Ale Hasan Mahmoud

5.ª Região (Mato Grosso e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

6.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

Coordenadorias Estaduais

1.ª Estadual (Ceará) – Adriano Leitinho Campos

2.ª Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

3.ª Estadual (Bahia) – Wellington César Lima e Silva

4.ª Estadual (Minas Gerais) – Gustavo Henrique de Souza e Silva

6.ª Estadual (São Paulo) – João Daniel Rassi

7.ª Estadual (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8.ª Estadual (Amapá) – João Guilherme Lages Mendes

9.ª Estadual (Pará) – Marcus Alan de Melo Gomes

10.ª Estadual (Alagoas) – Ivan Luís da Silva

11.ª Estadual (Sergipe) – Daniela Carvalho Almeida da Costa

12.ª Estadual (Espírito Santo) – Clecio Jose Morandi de Assis Lemos

13.ª Estadual (Rio de Janeiro) – Marcio Gaspar Barandier

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 99 • nov.-dez. / 2012

Diretora Responsável
GISELLE TAPAI

Diretora de Operações Editoriais Brasil
ORIENE PAVAN

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: Amanda Queiroz de Oliveira, Eloá de Medeiros Araújo, 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 Capassi

Capa: Chrisley Figueiredo

Coordenação Administrativa
RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS

Assistentes: Cibele Souza Mendes, Karla Capelas e Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Coordenação
ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

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

Produção gráfica: Caio Henrique Andrade

SUMÁRIO

Teoria Geral

1. Antecipação da tutela penal e Estado de Direito – A punibilidade dos actos preparatórios em Cabo Verde
   Jorge Carlos Fonseca 13
2. O problema do direito penal no *dealbar* do terceiro milénio
   Jorge de Figueiredo Dias 35
3. O Projeto Sarney de Código Penal
   René Ariel Dotti 53
4. Perspectiva para novos modelos de "investigação tecnológica" e proteção de direitos fundamentais na Era da Internet – O chamado "ciberterrorismo" como um primordial exemplo, em conjunto a problemas de definição e a luta contra terrorismo e os crimes cibernéticos
   Roberto Flor
   Traduzido por Marcelo Almeida Ruivo e Cássio Chechi de Assis 69
5. Responsabilité des personnes morales et principe de culpabilité: obstacle ou opportunité pour l'harmonisation pénale européenne?
   Stefano Manacorda 101

Parte Especial

1. Genocídio no Anteprojeto de Código Penal
   Carlos Eduardo Adriand Japiassú 127

Legislação Penal Especial

1. Il controllo del traffico di droghe tra politica criminale e dogmatica: l'esperienza italiana
   Antonio Cavaliere 147

Crime e Sociedade

1. Cultural criminology: crime, meaning, and power
   Jeff Ferrell 173
2. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*
   Sald de Carvalho 187

SISTEMA PRISIONAL

1. Desafios da execução penal frente aos processos de construção da imagem do *inimigo*
ALVINO AUGUSTO DE SÁ 215

DIREITO INTERNACIONAL

1. U.S.-Brazil and International Evidence Gathering: the need for better procedural due process
BRUCE ZAGARIS 241

2. La problemática internacional de la prevención de la tortura
EMILIO GINÉS SANTIDRIÁN 275

3. A prevenção do crime de tortura no cenário do direito internacional
SYLVIA HELENA STEINER 299

DIREITO PENAL ECONÔMICO

1. Teoría del delito y Derecho penal económico
JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ 327

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

Penal - Controle de constitucionalidade da lei - Princípio da legalidade - Direito constitucional da saúde - Política de saúde pública - Drogas/entorpecentes - Tráfico de drogas/entorpecentes - Porte de drogas/entorpecentes para uso próprio - Ilícito de mera ordenação social - Substituição da pena - Coima - Inconstitucionalidade da lei
Resenha por HELENA REGINA LOBO DA COSTA 359

Direito processual penal - Cooperação jurídico-penal internacional - Extradição - Princípio da especialidade
Resenha por HELENA REGINA LOBO DA COSTA 398

RESENHA

1. *Fundamentos do direito penal*, de Günther Jakobs
Resenha por PEDRO AUGUSTO SIMÕES DA CONCEIÇÃO 431

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 437

TEMAS 438

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 443

1

Antecipação da tutela penal e Estado de Direito – A punibilidade dos actos preparatórios em Cabo Verde

Anticipation of the applicability of criminal law and the Rule of Law – Punishability of preparatory acts in Cape Verde

Jorge Carlos Fonseca

Presidente e Professor Auxiliar do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde (2006 a Agosto de 2011). Director residente e Professor Associado Convidado da Universidade da Ásia Oriental, Macau (1989-1990). Professor Convidado do Instituto de Medicina Legal de Lisboa (1987). Fundador e director da Revista *Direito e Cidadania*, desde 1997. Assistente Graduado da Faculdade de Direito de Lisboa (1985-1989). Autor material dos Projectos de novo Código Penal e de novo Código de Processo Penal de Cabo Verde (1994-1999).

Área do Direito: Penal, Processual penal; Constitucional

Resumo: Este artigo tem por objectivo estabelecer um quadro genérico de definição de actos preparatórios e dos critérios de sua punibilidade, feito com base em diferentes perspectivas teóricas e doutrinárias e com referência especial ao direito penal cabo-verdiano. A análise que se faz dos critérios e limites da punibilidade dos actos preparatórios integra uma abordagem particular às chamadas incriminações autónomas de actos (materialmente) preparatórios e sugere uma mais adequada distinção entre uma realidade e outra, com reflexos nomeadamente no domínio da admissibilidade e punibilidade da tentativa.

Com suporte no princípio de intervenção penal mínima, o texto traz aproximações críticas à

Abstract: The goal of this article is to establish a general picture of definition for preparatory acts and criteria of its punishability, based on different theoretical and doctrinarian perspectives and with special reference to Cape Verdean Law. The analysis which is made in relation to criteria and limits of punishability of preparatory acts is part of a particular approach of the so called autonomous incrimination of (materially) preparatory acts and suggest a more appropriate distinction between one reality and the other, with reflections made in the realm of admissibility and punishability of an attempt. Based on the minimal criminal intervention principle, the text addresses the

tendência de se alargar o âmbito de punibilidade dos actos preparatórios, em nome da eficácia no combate a fenómenos criminais, em medida e grau que ultrapassam as exigências próprias à noção de Estado de Direito e de democracia e da função que nestes cabe ao direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Acto preparatório - Tentativa - Desistência - Incriminação autónoma de acto preparatório - Punibilidade.

tendency to widen the scope of punishability of preparatory acts in detriment of the efficacy to fight criminal phenomena in measures and levels that go beyond the notion of the Rule of Law and Democracy and the role that both of them have in relation to Criminal Law.

KEYWORDS: Preparatory act, Attempt, Giving up, Incrimination, Autonomy of preparatory act, Punishability.

SUMÁRIO: 1. Definição legal e direito penal do facto - 2. Excepcionalidade da punição (art. 20.º, n. 1) - 3. Enumeração de casos de punição (excepcional) de actos preparatórios: arts. 373.º e 374.º do CP - 4. Limite máximo da pena aplicável - 5. Actos preparatórios *a se* e incriminações autónomas de actos (materialmente) preparatórios - 6. Tentativa de acto preparatório? - 7. Desistência e arrependimento activo nos actos preparatórios puníveis - 8. Punição de acto preparatório e *ne bis in idem* - 9. Incriminações autónomas de actos (materialmente) preparatórios - 10. Actos preparatórios excepcionalmente puníveis são crimes públicos (art. 380.º).

Permitam-me, antes de mais, exprimir a minha grande satisfação por estar aqui hoje, envolvido de novo nas questões atinentes ao "crime", objecto que, até ser eleito Presidente da República do meu país, Cabo Verde, há cerca de um ano, andava comigo por todos os lados; como costumava dizer, tinha o crime sempre debaixo do braço.

Infelizmente, as minhas novas funções obrigam a que limite minha dedicação e o meu interesse pelo direito penal e, neste preciso sentido, o convite que me foi dirigido pelo IBCCrim, para estar presente neste 18.º Seminário Internacional, ganha significado ainda maior; torna-se uma aprazível, rara e rica oportunidade para me "desempoeirar" nestes assuntos e, sobretudo, concede-me o privilégio de rever mestres e colegas cujos trabalhos são já amplamente reconhecidos, conhecer e aproximar-me das ideias dos estudiosos de diversos países aqui presentes.

Assim, ao IBCCRIM, na pessoa do seu Presidente, dirijo um profundo agradecimento pela lembrança e aproveito a oportunidade para exaltar o trabalho que este Instituto vem realizando ao longo destes vinte anos de existência, contribuindo de modo excepcional para fortalecer a área das ciências criminais, desenvolvendo pesquisas e alicerçando intervenções profissionais mais adequadas e justas, sobretudo quando, naquilo que ao crime diz respeito há sempre o espectro, diria, a tentação, de ofensivas contrárias a visões mais pluralistas e democráticas, particularmente em circunstâncias, como a actual, de alguma exacerbação dos conflitos sociais, potenciadoras do discurso (e das práticas) do autoritarismo.

Objectivamente, uma questão central que se coloca actualmente, para Cabo Verde e para grande parte do mundo, é o que fazer para controlar a criminalidade e a violência, a níveis comunitariamente suportáveis, que tendem a alastrar-se, ao mesmo tempo em que se garante o núcleo essencial e irredutível do Estado de Direito Democrático.

É, logo, desde este campo da defesa dos princípios do Estado Democrático de Direito, para o qual sempre procurei contribuir, e ciente da responsabilidade que é falar a partir deste território que é expressão de militância democrática e lugar de grandes pensadores, é que vos venho sugerir algumas considerações sobre "actos preparatórios e as chamadas incriminações autónomas de actos preparatórios, uma abordagem teorética sumária e genérica e uma aproximação sobretudo direito penal cabo-verdiano".

1. DEFINIÇÃO LEGAL E DIREITO PENAL DO FACTO

O Código Penal de Cabo Verde vigente manteve (art. 19.º), quase *ipsis verbis*, a definição de actos preparatórios que vinha do antigo Código (art. 14.º). Definição que, igualmente, constava do Anteprojecto do actual Código (art. 20.º).[1-2-3] Uma opção – a de uma definição legal –[4] que, não parecendo de todo

1. Cfr. Jorge Carlos Fonseca, *Reformas penais em Cabo Verde – Um novo Código Penal para Cabo Verde (estudo sobre o Anteprojecto seguido do correspondente articulado)*, Praia, IPC, 2001, vol. I, p. 57 e 133. Sobre o Anteprojecto de Código Penal, cfr. a mesma obra, passim.
2. "(...) actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do facto punível, que não constituem ainda começo de execução nos termos do art. 21.º."
3. Já não ficou na versão aprovada do código um dispositivo constante do anteprojecto que explicitava a ideia de que a não punição do acto preparatório não excluía a punibilidade dos actos que, *a se*, já consubstanciassem legalmente um crime. Tal como existia, aliás, no Código de 1886 (art. 14.º, segunda parte). Uma Comissão Técnica de Acompanhamento da Reforma do Código Penal (CTARCP), entendeu ser dispensável o dispositivo (n. 3 do art. 21.º do Anteprojecto). No entanto, enquanto autor do Anteprojecto considerávamos que as dúvidas e os equívocos que tinha gerado a interpretação de dispositivo correspondente ao n. 1 do art. 20.º do Anteprojecto ("(...) salvo disposição em contrário") poderiam justificar aquela explicitação. Cfr., sobre esta concreta questão, Jorge Carlos Fonseca, op. cit., p. 57 e nota 70. Jorge Carlos Fonseca, *Crimes de empreendimento e tentativa*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 78-88.
4. Em Espanha, o Código Penal, nos arts. 17 e 18, nomeadamente, define "espécies" de actos preparatórios (*proposición, conspiración e provocación*). Sobre os fundamentos da definição e os limites à punibilidade de actos preparatórios, cfr., a título exemplificativo, na doutrina espanhola, Gonzalo Quintero Olivares, autor que fala em "forma

inútil para a compreensão do conceito, balizado e demarcado por "exclusão de partes"[5] nas legislações em que uma tal definição não existe[6] ou nem existe regra geral (explícita numa parte geral) sobre punibilidade,[7] terá procurado acentuar duas ideias com algum sentido explicativo: uma, a de que não tem cabimento, num *direito penal do facto*[8] ou, indo um pouco além nos seus fun-

---

genérica de tipicidade", exigida pelo *nullum crimen, nulla poena* –, *Parte general del derecho penal*, 3. ed., Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, p. 583 ss. Veja-se, ainda, particularmente, e de forma crítica, sobre a responsabilidade penal por "conspiración", José Luis Serrano González Murillo, Fundamento y alcance de la responsabilidad penal por conspiración, in: *Un derecho penal comprometido – Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1071 ss.; Bernardo del Rosal Blasco, La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995, in: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Thompson-Civitas, 2005, p. 949 ss., onde se refere a estas três espécies, de natureza e características típicas muito díspares, que têm em comum "el ser prévios o anteriores a la ejecución del delito y, por outro, el ser actos de naturaleza colectiva (...)" (951); Rafael Alcácer Guirao, La proposición como inducción frustrada, Actualidad dogmática y político-criminal, in: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008, t. I, p. 693 ss., autor que situa criticamente a problemática no âmbito do fenómeno crescente de antecipação da tutela penal fundamentada por exigências da "sociedade de risco".

5. Assim nos referíamos no nosso *Crimes de empreendimento...* cit., p. 79. Actos preparatórios que se situariam "(...) entre a mera decisão ou resolução criminosa e os actos de execução (...)", bem que não necessariamente numa ordem ou perspectiva cronológica – idem, p. 79.

6. Não existia no CP de Portugal de 1982, mantendo-se ainda tal opção. Também não existe no CP de Macau.

7. Assim em Códigos como o alemão, o brasileiro, o colombiano, o uruguaio, o mexicano ou o argentino. No entanto, no Brasil, o art. 31 do CP estatui que se o crime não chegar ao estádio da tentativa, não são puníveis, salvo disposição expressa em contrário, "o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio". O que se traduz, afinal, em regra sobre punibilidade de formas concretas de actos preparatórios – cfr., por exemplo, René Ariel Dotti, *Curso de direito penal – Parte geral*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 325; Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal – Parte geral 1*, 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 397, autor que acaba por fundamentar a impunibilidade dos actos preparatórios pela falta de "tipicidade" e de "antijuridicidade", "características essenciais de todo fato punível". Enfim, pelo princípio da legalidade. Cfr., ainda, no direito brasileiro, Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 241; Damásio Evangelista de Jesus, *Código Penal anotado*, 8. ed., rev. e actual., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 129. Tal regra existe em Portugal e em Macau.

8. Veja-se Maria Fernanda Palma, *Da "tentativa possível" em direito penal*, Coimbra, Almedina, 2006. Para a autora, com a expressão "direito penal do facto" pretende-se

damentos, num direito penal próprio de um Estado de Direito (Democrático e Liberal),[9] punir, mesmo que excepcionalmente, actos que não tenham exterioridade, actos meramente *internos*, uma acção ou omissão "como mero momento mental e íntimo, sem expressão comunicativa e objectiva",[10] e/ou susceptíveis de violar singelos valores morais que, de nenhuma forma, podem fazer perigar bens jurídicos merecedores de tutela;[11] a segunda ideia, a de que os actos preparatórios deixam de o ser quando estamos já perante "actos de execução", que integram a figura da tentativa.[12]

---

acentuar "a relação estreita entre a garantia concedida pelo princípio da legalidade e o conceito de crime (...)," já que, se esse princípio com assento constitucional assegura que não há crime sem proibição prévia de uma acção ou omissão, "constituiria um desvirtuamento dessa garantia conceber a acção ou omissão como mero momento mental e íntimo, sem expressão comunicativa e objectiva" (p. 29).

9. Diríamos, usando caracterização curiosa mas historicamente certeira de Paulo de Sousa Mendes, direito penal próprio do "par formado pelo liberalismo e o constitucionalismo" – *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*, Coimbra, Coimbra Ed., 2007, p. 262. Num sentido essencialmente afim, Maria Fernanda Palma, ob. cit., p. 29 ss. Veja-se, ainda, a título ilustrativo, Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, II, Buenos Aires, Tea, 1992, contextualizando o problema da punibilidade ou não do acto preparatório no confronto entre o Estado autoritário e o Estado de Direito (248); Elena Farré Trepat, *La tentativa de delito – Doctrina y jurisprudência*, 2. ed., Buenos Aires, Edisofer, 2011, p. 165 ss. ("(...) la distinción entre actos preparatórios y ejecutivos, considerando conformadores de la tentativa sólo a los segundos, mientras los primeiros permanecen impunes, es, pues, coerente com las ideas del Estado liberal del Derecho, sobre todo la seguridade jurídica de los ciudadanos ante el poder del Estado (...)". (p. 169).
10. Maria Fernanda Palma, ob. cit., p. 29.
11. Cfr., a título simplesmente indicativo, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal – Parte geral – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*, 2. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007, t. I, p. 681-682, cap. 27; Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito, *Direito penal brasileiro – Parte geral – Princípios fundamentais e sistema*, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 571.
12. Não cabe no escopo deste trabalho a discussão sobre o que é a tentativa e o que são actos de execução. Sobre a noção legal de tentativa e de actos de execução, cfr. art. 21.º do CP de Cabo Verde ("Há tentativa quando o agente pratica, com dolo, actos de execução de uma infracção, sem que esta se consuma"). No âmbito estrito do direito cabo-verdiano, cfr. Jorge Carlos Fonseca, *Reformas penais...* cit., p. 57-59; Jorge Carlos Fonseca, *Elementos para o estudo do Código Penal de Cabo Verde – Cadernos: 2 – Sucessão de leis no tempo – Erro sobre a ilicitude – Actos preparatórios, tentativa e desistência – Obediência devida*, Praia, Fundação Direito e Justiça, 2004, p. 70 ss. No geral, a bibliografia é inesgotável praticamente. Cfr., por todos, Jorge

2. EXCEPCIONALIDADE DA PUNIÇÃO (ART. 20.º, N. 1)

O artigo seguinte (20.º) refere-se à punibilidade dos actos preparatórios, estabelecendo a regra da excepcionalidade da punição ("(...) salvo disposição da lei em contrário" – n. 1), enquanto, designadamente, exigência do princípio da intervenção mínima do Estado ou, se quisermos, da "ofensividade",[13] entendido este princípio como exigindo a intervenção penal como meio – e meio subsidiário – de prevenir lesões de bens jurídicos. Num estádio tão afastado do da efectiva lesão do bem jurídico – entre a mera decisão ou resolução criminosa (não punível, segundo o velho princípio *cogitationes poenam nemo patitur* e de acordo com a função do direito penal de protecção, e protecção subsidiária de bens jurídicos fundamentais) e os actos de execução que, com outros elementos, caracterizam a tentativa – só se justifica a punição de actos preparatórios quando, por um lado, eles apontem inequivocamente para a realização do crime e, por outro lado, tratando-se de situações em que a particular essencialidade ou especial modelação do bem jurídico exigem uma tal intervenção do direito penal.[14] Segundo Jakobs, e num importante texto (com tradução para o castelhano) sobre a criminalização nos estádios prévios à lesão de um bem jurídico, "(...) una pena solo puede ser legitimada como pena

---

de Figueiredo Dias, ob. cit., p. 688 ss., cap. 28; Claus Roxin, Resolução do facto e começo da execução na tentativa, in: *Problemas fundamentais de direito penal*, Lisboa, Veja, 1986, p. 295 ss.; Jorge Carlos Fonseca, *Crimes de empreendimento...* cit., p. 92-110; Cezar Roberto Bitencourt, ob. cit., p. 397-398; Damásio Evangelista de Jesus, ob. cit., p. 40-42.

13. Expressão corrente na doutrina italiana, de alguma forma correspondente à anglo-saxónica *harmprinciple*. Neste exacto sentido, Maria Fernanda Palma, ob. cit., p. 30, nota 21.

14. Assim, Jorge Carlos Fonseca, *Crimes de empreendimento...* cit., p. 79; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal...* cit., p. 683, cap. 27, § 6 (o autor fala em situações tais que os actos preparatórios "apontem já *com alto grau de probabilidade* para a realização do tipo de ilícito (...)"); Jorge de Figueiredo Dias, Direito penal – Formas especiais de aparecimento da infracção penal, *Sumários e notas das Lições ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1976, p. 10; José de Faria Costa, Formas do crime, *Jornadas de direito criminal – O novo Código Penal português e legislação complementar*, Lisboa, CEJ, 1983, p. 159; Günther Jakobs, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnunslehre*, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, p. 585 ("(...) e que não sejam socialmente irrelevantes (...)"). Heleno Cláudio Fragoso diz curiosamente que a punição de actos preparatórios seria "perigosa", pois tornaria "incertos os limites da ilicitude" – ob. cit., p. 241.

correspondiente a un acto preparatorio (...) en los casos en los que el autor, al efectuar la preparación opera, ya de un modo significativo en un ámbito ajeno de organización (...)".[15] É que, na grande maioria dos casos, os actos de preparação de crimes são condutas que estão de acordo com a ordem social ou representam um "(...) insuficiente contenido delictivo" e apresentam uma mitigada "intelegibilidade real". Welzel diz, singelamente, que quem, para falsificar uma letra de câmbio, compra letras de câmbio e a tinta e a pluma apropriadas "ciertamente transforma ya su decisión en un hacer externo, pero este hacer es todavía incoloro";[16] Maurach acentua e acrescenta o facto de que o direito confia fundadamente na tomada de consciência e no voltar atrás ("(...) entre 'los labios y el borde del vaso' existen aún algunas dificultades e inhibiciones, de modo que numerosas acciones preparatorias llevadas seriamente a cabo no desembocan, sea por una mejor comprensión posterior, o por obstáculos externos, siquiera en una tentativa (...)").[17] Enfim, poderíamos ainda referir a portuguesa Maria Fernanda Palma, para quem a justificação da excepcional punibilidade dos actos preparatórios é dada pela "(...) conexão entre a elevada perigosidade de certas condutas e a caracterização de alguns comportamentos antecedentes (...) como típicos, logo em sentido social (...)". De uma outra forma, a autora lusa assinala que aquela justificação tem de preencher duas condições, quais sejam: (a) não corresponderem a meras intenções sem documentação em comportamentos externos, (b) a existência de uma imagem social de elevada perigosidade dos actos e a intensa previsibilidade da ocorrência de dano para os bens jurídicos.[18]

Deve ser dito, porém, que se verifica, principalmente nos últimos tempos, uma tendência para alargar o âmbito de punibilidade destes actos, em nome da eficácia no combate a fenómenos criminais recentes como o terrorismo e o chamado crime organizado, amiúde numa medida e grau que ultrapassam as exigências ou conaturais à própria noção de Estado de Direito e de democra-

15. Günther Jakobs, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, in: *Estudios de Derecho penal*, Madrid, UA Ediciones/Editorial Civitas, 1997, p. 305. Autor que define o seguinte critério crítico geral face à antecipação da intervenção penal: "(...) Sin un comportamiento externo perturbador no se puede hacer responder a un sujeto de lo que le es interno, abarcando lo interno el entero ámbito privado, no sólo los pensamientos (...)" (p. 313).

16. Hans Welzel, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica do Chile, 1987, p. 260.

17. Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel e Heiz Zipf, *Derecho penal – Parte general 2*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 2-8.

18. Maria Fernanda Palma, ob. cit., 39 e 132.

cia.[19] Alargamento e antecipação da tutela penal para estádios prévios e por vezes muito distanciados da eventual lesão de bens jurídicos, vale dizer, de interesses socialmente relevantes e significativos, que se inscrevem num âmbito mais vasto de propostas de um direito penal absolutamente *funcionalista* ou *funcionalizado*.[20]

3. ENUMERAÇÃO DE CASOS DE PUNIÇÃO (EXCEPCIONAL) DE ACTOS PREPARATÓRIOS: ARTS. 373.º E 374.º DO CP

Numa técnica pouco habitual noutros Códigos, mas que nos pareceu segura e prática – também utilizada a propósito de outras matérias (elenco de crimes semi-públicos e particulares; casos de punição excepcional da tentati-

19. Veja-se sobre a questão Jorge Carlos Fonseca, Direitos, liberdades e garantias individuais e os desafios impostos pelo combate à "criminalidade organizada" – Um périplo pelas reformas penais em curso em Cabo Verde, com curtas paragens em Almagro e Budapeste, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Ed., 2003, p. 157 ss., particularmente p. 171-174; Jorge Carlos Fonseca, Crime policy and public security confront – The Challenges imposed by "new criminality" – The impacts on the penal law system, from the perspective of fundamental rights, in: F. I. P. P., *A relação entre a segurança pública num Estado de direito e os desafios impostos pela sociedade de risco* (direcção de Anabela Miranda Rodrigues e Jorge Carlos Fonseca), Coimbra, Coimbra Ed., 2006, p. 17 ss. E a vasta bibliografia citada em tais artigos. Cfr., igualmente, José Hurtado Pozo, *Droit pénal – Partie générale II*, Zurich, Schulthess, 2002, p. 204-205; Rosal Blasco, loc. cit. O autor assinala a circunstância de ser este (o dos actos preparatórios e sua não punibilidade como regra) um domínio simbólico, que permite que, a partir do modo como ele é tratado pelo legislador ao longo da história, aquele seja considerado como progressista ou reaccionário. Lembra ainda o autor que o CP de 1944, e posteriormente através do Texto Refundido de 1973, vigorava um regime de punição geral, pelo que a nova regulação contida no diploma de 1995 representava uma das mais significativas novidades trazidas pela reforma (p. 949-950), Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, *Derecho penal – Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 776-777. Cfr., ainda, Sebastián Soler, ob. cit., p. 247, referindo-se já à extensão da punibilidade a tais actos no domínio do nacional-socialismo.

20. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, O direito penal na "sociedade do risco", *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra, Coimbra Ed., 2001, p. 155 e ss. O autor refere-se a outros aspectos a que tem conduzido a ideia de um direito penal absolutamente *funcionalizado* "(...) às exigências postas por uma tutela, que assim se espera efectiva, dos mega-riscos que ameaçam a subsistência da humanidade (...)", designadamente a: "(...) alteração do modo próprio de produção legislativa em matéria penal, retirando cada vez mais aos Parlamentos a reserva de competência (...) para atribuir aos Executivos (...); alterações dogmáticas básicas, no sentido do 'enfraquecimento' ou 'atenuação' de princípios como os que classicamente presidem à individualização da responsabilidade, à imputação objectiva, à culpa, à autoria (...)".

va) –, o CP de 2004 enumera, em dois artigos (373.º e 374.º) das Disposições Finais e Genéricas, os actos preparatórios excepcionalmente puníveis. E fá-lo em dois artigos, distinguindo entre "actos preparatórios não tipificados" e "actos preparatórios de falsificação tipificados", fazendo uso de uma expressão utilizada por Jakobs que nos pareceu sugestiva:[21] nos primeiros, a lei não descreve os actos puníveis, limitando-se a dizer que, relativamente a certos crimes, excepcionalmente punem-se os actos de preparação; no segundo caso, a lei concretamente descreve em que devem consistir os actos de preparação puníveis.[22] O art. 373.º manda punir os actos preparatórios dos crimes previstos nos arts. 268.º (genocídio), 306.º (traição), 307.º (sabotagem contra a defesa nacional), 308.º, n. 1 (provocação à guerra ou à represália), 309.º, n. 1 e 2 (violação de segredo de Estado), 313.º (rebelião) e 315.º, n. 1 (fundar organização terrorista);[23] o art. 374.º manda punir actos preparatórios de crimes de falsificação ou alteração de moeda, de valores e títulos públicos e de outros como os de falsificação de selos, cunhos, marcas ou chancelas de autoridade pública, mas não manda punir quaisquer actos de preparação – *apenas os que consistam em "fabricar, adquirir, fornecer (...) possuir, transportar, depositar ou guardar máquinas, aparelho, instrumento ou qualquer objecto especialmente destinado à falsificação ou alteração de moeda, de valores e títulos públicos (...)*".[24]

Ainda que não contenha, como já deixámos ver, uma regra geral na Parte Geral do Código, a legislação alemã prevê, na Parte Especial, casos excepcionais de actos preparatórios puníveis, utilizando igualmente as duas formas acima descritas. Assim, por exemplo, no § 83 (preparação de empreendimento de alta traição) ou no § 234 a III (preparação de crime de exposição de terceiro a ser objecto de represálias), o StGB limita-se a mandar punir qualquer acto que se considere de preparação de um crime (consumado *formalmente*), já no caso, por exemplo, do § 316 c III (preparação de ataque a aeronave, através

21. Günther Jakobs, ob. cit., p. 585.

22. Teresa Pizarro Beleza refere-se às duas técnicas como comportando "(...) diferente desrespeito do princípio da legalidade no seu aspecto de exigência de precisão da norma incriminadora" – *Direito penal – A.A.F.D.L.*, Lisboa, 1983, vol. 2, p. 381, nota (264).

23. Como exemplos no CP português de 1982, dávamos como referências os arts. 288.º, n. 6 (acto preparatório de "organização terrorista"); 380.º (actos preparatórios de traição á Pátria, ajuda a forças armadas inimigas, sabotagem contra a defesa nacional e outros crimes contra o Estado) – hoje, correspondente, com diferenças, ao art. 344.º.

24. No CP português de 1982 havia dispositivo próximo, o art. 250.º (hoje, correspondente ao art. 271.º, com formulação diferente). Bastante semelhante ao disposto nos arts. 291 e 294, conjugado com o art. 293 do CP brasileiro.

de fabrico, custódia ou entrega a outro de armas de fogo, explosivos), o acto preparatório punível é "tipicizado", mas ainda é acto de preparação punível enquanto fase do *iter criminis*, enquanto *extensão não-autónoma de certos tipos* ("unselbständige Ausdehnung").[25]

4. LIMITE MÁXIMO DA PENA APLICÁVEL

A excepcionalidade da punição de actos preparatórios leva a que o Código defina um limite máximo da pena aplicável – 3 anos; mas a pena nunca poderá ser superior a um terço do limite máximo da pena cominada ao crime cuja execução se pretendeu preparar (n. 2 do art. 20.°), *sem prejuízo do limite máximo de 3 anos, bem entendido.*

5. ACTOS PREPARATÓRIOS A SE E INCRIMINAÇÕES AUTÓNOMAS DE ACTOS (MATERIALMENTE) PREPARATÓRIOS

Deve ser dito que, quando falamos de actos preparatório puníveis (excepcionalmente) estamos perante actos que consubstanciam uma fase do *iter criminis*, de certos actos de preparação de outros crimes (consumados ou tentados), previstos estes em tipos próprios. Mesmo quando demos os exemplos de certos actos ("tipicizados", digamos) de preparação de crimes de falsificação, estamos no âmbito de punição de actos preparatórios enquanto tais, e, não, do que se chama *incriminação autónoma de actos preparatórios* ou actos preparatórios como *crimes sui generis*, ou, ainda, *crimes de preparação-consumação* (Vorbereitungs-Vollendungsdelikte), como, erradamente, por exemplo, consideraram Maia Gonçalves[26] face ao art. 250.° do CP português de 1982, a comissão de Revisão do Código português, perante o art. 270.° (actos pre-

25. Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, *Lehrbuch de Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 472; Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal – Parte general*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5. ed., Granada, Comares Editorial, 2002, p. 712. Outro exemplo dado pelo autor é o do § 96 I (espionagem para revelar segredos de Estado). Wessels dá outro exemplo: o § 149 (preparação da falsificação de dinheiros e outros valores). Também aqui se trataria de acto preparatório "tipicizado" – Johannes Wessels, *Derecho penal – Parte general*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, p. 172.

26. Dispositivo próximo do contido no art. 374.° do CP cabo-verdiano) – Cfr. Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código Penal português anotado e comentado e legislação complementar*, 2. ed., Coimbra, Almedina, 1984, p. 356.

paratórios de crimes incêndio, explosões e outras condutas perigosas),[27] ou, ainda, Maurach,[28] que falava de *delito especial* face ao § 83 do *StGB* (preparação do crime de empreendimento de alta traição). Estaríamos, quando muito, no dizer de Jescheck,[29] Jakobs[30] ou Vogler,[31] de *extensão não-autónoma de certos tipos*. Ou, no dizer de Zaffaroni, de *delitos más amplios que la tentativa*.[32]

6. TENTATIVA DE ACTO PREPARATÓRIO?

Assim, *em tais casos não pode haver tentativa, ela não é sequer pensável*; não porque tal seria a própria preparação (FINCKE ou JAKOBS)[33-34] ou a *tentativa de uma tentativa* (BAUMANN)[35] ou uma tentativa impossível, no dizer de Schmidhäuser.[36] Nem será totalmente adequada a justificação da não punibilidade com a circunstância de tal constituir "uma antecipação inadmissível da tutela penal".[37]

---

27. Dizia-se que o artigo estava sob a forma de interrogação "(...) dado parecer estar a protecção penal a ser levada longe de mais", concluindo-se – e aí está o nosso reparo crítico, pois, claramente, se estava perante um caso de punição de acto preparatório enquanto tal, ainda que com a descrição das condutas susceptíveis de consubstanciar a preparação – que "trata-se de um crime autónomo de dano" – Ministério da Justiça, *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Lisboa, Rei dos Livros, 1993, p. 356.
28. Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel e Heiz Zipf, *Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. ed., Karlsruhe, Verlag C.F. Muller, 1971, p. 489 (Cfr., no mesmo sentido, em tradução em castelhano, Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel e Heiz Zipf, ob. cit., p. 10, onde se fala em "tipos penales autónomos").
29. Cfr. Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, ob. cit. (supra nota 25).
30. Günther Jakobs, *Strafrecht...* cit., p. 585.
31. Theo Vogler, Vorbemerkung zu den §§ 22 ff, in: *Strfgesetzbuch – Leipziger Kommentar*, Grosskommentar, 33. Lieferung, §§ 22-24, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1983, p. 25.
32. Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, ob. cit., p. 776.
33. Martin Fincke, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1975, p. 44.
34. Günther Jakobs, *Strafrecht...* cit., p. 585.
35. Jurgen Baumann, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, unter Mitwirkung von Prof. Ulrich Weber, 8. ed., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner, 1977, p. 509.
36. Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2. ed., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, p. 342-343.
37. Como refere Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica, 2008, p. 112, comentário ao art. 22.º.

Não pode haver tentativa porque ela não é sequer concebível no caso, enquanto categoria formal, enquanto *começo de execução*. "*Não se pode executar (...) o que é, por definição, a (...) ainda não-execução, um momento anterior ao início de execução*".[38] O que, de alguma forma, é expresso por Figueiredo Dias, quando diz que punir actos preparatórios enquanto tais implica designadamente "que se não deve punir a *tentativa de acto preparatório*, mesmo que ela fosse em geral punível se o acto preparatório constituísse um crime autónomo (...),[39] ou A. M. Almeida Costa, em comentário a preceito do Código Penal português vigente que se refere a crimes de falsificação de moeda.[40]

7. DESISTÊNCIA E ARREPENDIMENTO ACTIVO NOS ACTOS PREPARATÓRIOS PUNÍVEIS

7.1. Já será concebível, em nosso entender, fazer relevar a desistência, seja como causa de isenção da pena, seja como causa de livre atenuação ou isenção da pena (se for caso disso, nos termos concretos da lei). Facto que se justifica, por relação à correspondente relevância da desistência da tentativa, como uma reforçada exigência de política criminal face a comportamentos, excepcionalmente punidos, que acabam por preservar os bens jurídicos cuja tutela (muito antecipada) se pretende garantir.[41]

---

38. Cfr., sobre a matéria, Jorge Carlos Fonseca, *Crimes de empreendimento...* cit., 79 ss., e bibliografia ali citada.

39. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal – Parte geral...* cit., p. 683, cap. 27, § 6; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal – Formas especiais...* cit., p. 10.

40. A. M. Almeida Costa, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial*, Coimbra, Coimbra Ed., 1999, t. II, p. 756 (comentário "antes do art. 262.º).

41. Cfr. Jorge Carlos Fonseca, *Crimes de empreendimento...* cit., p. 176-177, nota 206, Rodríguez Mourullo, Delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal español, *ADPCP*, t. XXIV, fasc. II, p. 389, 1971. Não se entende, pois, a hesitação de Helena Moniz, quando, face ao art. 271.º, n. 3, do Código português, considera que "(...) estas situações são normalmente designadas de desistência relevante, designação, no entanto, só compreensível quando estamos no âmbito da tentativa, ou melhor, quando a tentativa (...) é punível. Ora a tentativa não é aqui punível (...)". No entanto, acaba por concluir que "(...) o certo é que as situações previstas (...) constituem casos em que a não verificação do crime se deve ao agente justificando-se, pois, por razões de política criminal, a sua não punição (...)" (Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense...* cit., p. 862, comentário ao art. 271.º).

7.2. Convém referir que o actual Código cabo-verdiano prevê expressamente uma tal possibilidade no n. 4 do art. 24.º, mandando aplicar correspondentemente o disposto nos n. 1 a 3 do artigo (que se refere à desistência e arrependimento activo na tentativa). Já, por exemplo, o Código português não contém um dispositivo genérico mas prevê regra de desistência (no n. 3 do art. 271.º) para casos específicos de actos preparatórios, como, por exemplo, os de um conjunto de crimes de falsificação. E fá-lo de uma forma vinculada, isto é, descrevendo a conduta de "abandono" susceptível de levar à não punibilidade ("(...) abandonar a execução do acto preparado e prevenir o perigo, por ele causado, de que outra pessoa continue a preparar o acto ou o execute, ou se esforçar seriamente nesse sentido, ou impedir a consumação" ou, ainda, "destruir ou inutilizar os meios ou objectos referidos nos números anteriores, ou der à autoridade pública o conhecimento deles ou a elas os entregar").

7.3. Opção (do diploma português) que, contrariamente ao que se fez no CP de Cabo Verde, obriga a ponderar, por um lado, se o regime aparentemente mais apertado de relevância da desistência previsto na lei portuguesa (por relação ao regime regra previsto para a tentativa) constitui um desvio (regra especial face a regra geral) – solução que nos parece a defensável –[42] e, por outro, se, não havendo regra especial de relevância de desistência de acto preparatório, poderá defender-se a aplicação, por analogia, do regime – regra previsto no art. 24.º da lei portuguesa. Solução que nos parece de advogar, como o faz, por exemplo, Pedro Caeiro.[43]

---

42. Face a preceito do CP português *materialmente* afim (abandono voluntário de actos de terrorismo – art. 301.º), Figueiredo Dias, invocando, aliás, o nosso *Crimes de empreendimento...* cit., entre outros elementos de apoio, advoga uma solução de alargamento do texto, na defesa da aplicação da regra geral sobre desistência, apesar de, numa primeira visão das coisas, surgir como intenção do legislador precisamente a solução contrária – cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense...* cit., p. 1185 (comentário ao art. 301.º). No entanto, em trabalho anterior, o autor parece defender posição algo diferente; aliás, assume-se particularmente crítico face à solução legal (na altura, o n. 4 do art. 287.º do CP português de 1982), considerando-a "(...) uma regulamentação inútil, contraditória e em definitivo imprestável" – Jorge de Figueiredo Dias, *As "associações criminosas" no Código Penal português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra, Coimbra Ed., 1988, p. 71.

43. Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense...* cit., t. III, p. 192 (comentário ao art. 325.º): "(...) Se o agente voluntariamente desistir de *dar início à execução do crime*, nada parece obstar a uma aplicação analógica (*favor reum*) da primeira parte do art. 24.º, n. 1, e, em consequência, à não-punibilidade, nesse caso, dos actos preparatórios (...)".

8. PUNIÇÃO DE ACTO PREPARATÓRIO E *NE BIS IN IDEM*

Seria equacionável dizer que tal não poderá acontecer, sob pena de violação do *ne bis in idem*,[44] que a mesma conduta seja punida como acto preparatório e, ao mesmo tempo, como crime autónomo, qualquer que seja a forma que este venha a assumir.[45] A solução de uma tal hipótese obedecerá às regras do chamado concurso de normas ou concurso legal. Compulsando o nosso Código: no art. 374.º punem-se os actos preparatórios de falsificação de moeda; no art. 251.º pune-se, como crime consumado, a "detenção de equipamentos de falsificação". Ora bem: a punição, pelo art. 251.º, de quem detenha equipamento de falsificação (pena de prisão de 1 a 5 anos) afasta a punição enquanto acto preparatório, nos termos do art. 374.º[46] (e 20.º, n. 2: limite máximo de 3 anos). Trata-se aqui da singela aplicação de um dos critérios habituais do concurso de normas (*consunção*).

9. INCRIMINAÇÕES AUTÓNOMAS DE ACTOS (MATERIALMENTE) PREPARATÓRIOS

Diferentemente se passam as coisas, em situações em que a conduta proibida, apesar de constituir materialmente um acto de preparação de um outro (aparentemente ou realmente), é constituída em crime (formalmente) consumado, isto é, o acto preenche a totalidade dos elementos do tipo de ilícito objectivo;[47] nestes casos é que terá sentido falar em crimes *a se*, *crimes autónomos* ou *sui generis* ou, ainda, em *incriminações autónomas de actos preparatórios* ou ainda, na linguagem do penalista brasileiro Cezar Bitencourt, verdadeiras "figuras delituosas".[48]

9.1. Não cabe aqui uma abordagem minuciosa da questão, mas já vimos que ela tem sido objecto de alguns equívocos. Vimos exemplos de casos que se tradu-

44. Cfr. art. 32.º, n. 5, da CRCV.

45. Assim, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal – Parte geral*... cit., p. 683, cap. 27, § 6; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal – Formas especiais*... cit., p. 10.

46. O mesmo acontece no direito brasileiro em relação aos arts. 289 e 291 do CP brasileiro.

47. Neste sentido formal contrapõe-se a um outro possível de *consumação material* ou de exaurimento ou, ainda, de terminação, numa tradução do alemão (*Beendigung*). Sobre a questão e os conceitos, veja-se Jorge Carlos Fonseca, *Crimes de empreendimento*... cit., particularmente p. 59 (e nota 24), p. 70 (e nota 42), p. 115 (e nota 114), p. 159-160; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal – Parte geral*... cit., p. 686-687, cap. 27, § 11 e 12; Germano Marques da Silva, *Direito penal português – Parte geral II – Teoria do crime*, 2. ed., Lisboa/São Paulo, Verbo, 2005, p. 252-254.

48. Ob. cit., p. 396, referindo-se aos crimes previstos nos arts. 291 (apetrechos para falsificação de moeda) e 238 do CP do Brasil (atribuir-se falsamente autoridade para celebração do casamento). Parece claro, no pensamento do autor, que nos exemplos que dá não estão em causa verdadeiros actos preparatórios enquanto fase do *iter criminis*.

zem inequivocamente em actos de preparação e que foram caracterizados como sendo de delitos *sui generis* ou incriminação autónoma de actos preparatórios, provavelmente por se ter adoptado a técnica da tipicização daqueles actos.

(Também por vezes se apontam casos de verdadeiros *crimes autónomos* e que consubstanciam, de um ponto de vista material, ou incriminações autónomas de actos preparatórios ou crimes autónomos *a se* – sem que possam sequer ser considerados preparação (formal ou material de outro crime, como exemplos de excepcional punibilidade de actos preparatórios, como se fossem expressão da fase de preparação do *iter criminis*. A título ilustrativo, autores indicam os arts. 288 e 291 do CP brasileiro como exemplos de actos preparatórios excepcionalmente puníveis.[49-50]

Podíamos acrescentar os casos previstos nos arts. 277 e 294 do CP brasileiro. Mas não o são em rigor, como mais à frente tentaremos explicar melhor.

Outrossim, não se trata de hipótese de punição excepcional de acto preparatório a situação – referida, por exemplo, por Eduardo Correia – em que o aparente acto surge como preparatório havendo "(...) unidade de sujeito criminoso", mas que pode "estruturar-se, no quadro da comparticipação, como efectiva execução do crime").[51]

9.2. Noutros casos, apontam-se como exemplos de incriminação autónoma de actos preparatórios crimes, sim, *autónomos*,[52] no sentido de que asseguram a pro-

---

49. René Ariel Dotti dá tais exemplos como excepções ao princípio da não punibilidade. Cfr. ob. cit., p. 325. O mesmo exemplo do art. 288 surge em Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito, *Direito penal brasileiro – Parte geral – Princípios fundamentais e sistema*, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 571. Outro exemplo dado é o do § 2.º do art. 15 da Lei 7.170, de 14.12.1983 que pune os actos preparatórios do crime de sabotagem. Assim, René Ariel Dotti, ob. cit., p. 325 e Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., p. 241-242, autor que considera tal facto como gravíssimo, "inclusive porque a lei não define o que deve entender pela acção delituosa". Exemplos afins são-nos dados face ao direito argentino (detenção de instrumentos para falsificação ou conspiração para alta traição) – cfr., por exemplo, Sebastián Soler (ob. cit., p. 246), se bem que considerando tais casos como actos preparatórios erigidos à figura de delitos *sui generis*.

50. No mesmo sentido, Damásio Evangelista de Jesus defende que o crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do CP brasileiro, não é um acto preparatório em si mesmo mas sim "(...) ato preparatório que o legislador entendeu constituir crime autônomo", cfr. Damásio Evangelista de Jesus, ob. cit., p. 794.

51. Eduardo Correia, *Direito criminal II*, Coimbra, Almedina, 1971, p. 226.

52. Sobre o conceito e sua utilidade dogmática e/ou sobre o seu valor relativo ou meramente indicativo ou de critério ordenatório, veja-se Jorge Carlos Fonseca, *Crimes de empreendimento...* cit., particularmente a p. 85-86, nota 66; Volker Hassemer, *Delictum sui generis*, Berlin. München, Carl Heymann Verlag KG, Köln, 1974, p. 88 ss.;

tecção de bens jurídicos autónomos ou contra formas particularmente perigosas para a sua integridade, mas que, de modo nenhum, consubstanciam uma qualquer preparação... de outro delito. Não são pensados e modelados no quadro da preparação, *como preparação de outro crime em termos da estrutura subjectiva do tipo.*

Um exemplo: o crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288.º do Código Penal brasileiro ou o crime de organização criminosa (designação do novo Código Penal cabo-verdiano – art. 291.º, mas bem serviria o exemplo de um crime afim previsto noutro Código); ou o do crime de "fabrico de gazuas" previsto no art. 444.º do antigo Código. Em qualquer um desses casos não se pode dizer que se trata de um acto preparatório de um outro (determinado) crime; a quadrilha, o bando ou a organização criminosa poderão ser um instrumento para a prática de delitos muito diferentes, contra a vida, contra a propriedade ou fiscais aduaneiros, por exemplo. Não serão, pois, casos de incriminações autónomas de actos preparatórios de outros crimes, não tendo, nomeadamente, qualquer referência, em termos de elemento subjectivo do tipo, ao crime relativamente ao qual seriam uma preparação.[53-54]

Já Frank, de alguma maneira, fazia a distinção, quando separava o *crime de preparação* do crime *sui generis*, dizendo que este apenas se afirmaria se o dolo não houvesse de se estender para além do tipo de crime em questão; a sua essência estaria em que a acção se veria ameaçada por uma pena, não em virtude de uma sua relação com um crime principal, mas, sim, pelo seu "próprio significado independente".[55]

Bernhard Haffke, Delictum *sui generis* und Begriffsjurisprudenz, in *JuS*, Heft 3, 406-407, 1973; Claus Roxin, *Derecho penal – Parte general – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 340-341; Joaquin Cuello Contreras, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito *sui generis*, in *ADP*, fasc. I, particularmente p. 45 ss., 1978.

53. Utilizando claramente um tal critério, veja-se Karl Sauermann ("(...) o dolo exigido (...) não precisa de se estender para além da realização deste tipo não autónomo (...)") – *Der Versuch als* delictum sui generis, Breslau, Inaugural Dissertation, 1927, p. 62.

54. Face ao antigo tipo de crime de "associação criminosa", previsto no CP português de 1982, no art. 287.º (hoje, no art. 299.º), Figueiredo Dias esclarecia que bastaria o argumento de que em tal caso o dolo não se estendesse para além do quadro objectivo de referências exigido no tipo respectivo (ao jeito de Sauermann) para que se determinassem os limites do tipo ao "sentido político-criminal do tipo de ilícito", para evitar que "(...) o preenchimento do tipo de ilícito se considere perfeito com a mera alegação de uma antecipação da tutela penal dos crimes contidos na parte especial do código para o estádio dos actos preparatórios(...)" – *As "associações criminosas"...* cit., p. 29.

55. R. Frank, *Das Stragesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. ed., Tübingen, Mohr, 1931, p. 92-94.

9.3. Mas são, sem dúvida, casos de crimes autónomos e que consubstanciam, à evidência, uma antecipação da tutela penal relativamente à lesão de bens jurídicos concretos, como a vida, a propriedade, o Estado ou a Fazenda Nacional; mas uma antecipação de tutela que – tomando o exemplo da "organização criminosa" – tem em vista a protecção de um bem jurídico perfeitamente autonomizável, tem a sua razão de ser, citando Figueiredo Dias, na "*perigosidade acrescida* que para os bens jurídicos penalmente relevantes resulta em geral da *criminalidade organizada*"; o bem jurídico protegido é "a *paz pública* no preciso sentido das expectativas sociais de uma vida comunitária livre da *especial perigosidade* de organizações que tenham por escopo o cometimento de crimes (...). Trata-se de intervir num *estádio prévio*, através de uma dispensa *antecipada* de tutela, quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda necessariamente perturbadas, mas se criou já um *especial perigo de perturbação* que só por si só viola a paz pública".[56] Uma razão de ser bem presente, aliás, na sistematização e na concreta modelação, pelo novo CP de Cabo Verde, do crime de "associação criminosa".[57]

9.4. Outras vezes surgem exemplos – como o de furto de uma arma para matar outrem – que, mais claramente ainda, não representam uma incriminação autónoma de um acto preparatório. Singelamente diríamos que a instrumentalidade do furto face ao homicídio pode acontecer sempre entre quaisquer crimes autónomos, sem que percam a sua natureza de crimes *a se* (uma burla poderia ser, então, "preparação" de um aborto).

Tais casos apenas poderiam ser preparação, num sentido *estatístico* ou *sociológico*, para usarmos uma expressão de Garcia-Pablos,[58] e, não, num sentido técnico-jurídico penal.

---

56. Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense*... cit., t. II, p. 1155 ss., comentário ao art. 299.º; Jorge de Figueiredo Dias, *As "associações criminosas"*... cit., particularmente p. 26-31; Jorge Carlos Fonseca, *Direitos, liberdades e garantias*..., loc. cit., p. 166-167. Numa perspectiva diferente e crítica, cfr. Günther Jakobs, *Criminalización*... cit., loc. cit., particularmente p. 298-299 ("(...) La relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado"), p. 299. Cfr. também José Luis Guzmán Dalbora, Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas, *Revista de Derecho Penal y Criminologia* (separata), n. 2, p. 153 ss. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, jul. 1998, numa apreciação crítica às teses que partem de que o bem jurídico protegido é "la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera outra organización que persiga fines contrarios y antitéticos (...)", já que, para além do mais, confundem "(...) una *razón político criminal* para combatir con más ventaja esta laya de criminalidad, con la *ratio iuris* de la infracción" (p. 163).

57. Veja-se Jorge Carlos Fonseca, *Reformas penais*... cit., p. 119 ss.

58. Antonio García-Pablos de Molina, Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*,

9.5. Diferente, em nosso entender, seria, por exemplo, o caso – face ao novo Código cabo-verdiano – do n. 2 do art. 309.º (colaborar com governo ou grupo estrangeiros com o propósito de praticar os actos previstos no n. 1 do mesmo artigo, isto é, de violar segredo de Estado) face ao n. 1 do mesmo preceito. Pune-se, como crime autónomo, conduta que é, já pela configuração concreta do elemento subjectivo do tipo de ilícito, materialmente preparatória de outra, e, significativamente, com a mesma pena. Outro exemplo poderia ser o da falsificação de moeda (art. 243.º) face ao crime de passagem de moeda falsa (art. 246.º, n. 2) ou ao do crime previsto no art. 247.º, ainda que a concreta modelação do crime de falsificação no novo Código (diferente da que surge no Código português, sendo, por isso, mais claro o exemplo face a este diploma) não aponte inequivocamente para tanto (o tipo de crime não exige, para além do dolo, qualquer outro elemento subjectivo particular, como seja uma intenção de pôr a moeda em circulação, como se demandano Código português – art. 262.º).

No entanto, cremos que não é concebível, ou, pelo menos, será sindicável do ponto de vista da legitimidade político-criminal o crime de falsificação de moeda... se a conduta é realizada com o objectivo, por exemplo, de fazer uma colecção de moedas.[59]

9.6. Em todos eles, e para finalizar este parêntesis, dir-se-á que: 1.º – o elemento subjectivo do crime aponta para a realização de uma conduta prevista num outro tipo (autónomo, tentado ou consumado), do qual seria preparação; 2.º – a partir da análise da estrutura dos tipos de crime em questão descobre-se – nomeadamente pelo confronto da descrição típica com a descoberta do bem jurídico protegido e/ou da forma como concretamente é modelada a sua protecção – que existe uma especial ou autónoma valoração por parte do legislador.

9.7. Mister é concluirmos, talvez hoje de forma um pouco diferente da que fizemos na altura da elaboração de *Crimes de empreendimento* ou numa comunicação (não publicada) que realizámos a convite da Universidade Lusíada, em Lisboa, no dia 07.06.1988, que a descoberta de uma tal especial e autónoma valoração do (materialmente) acto preparatório de outro crime poderá ser indiciada (e apenas indiciada) pelo facto, por exemplo, de a punição do acto

---

Nueva Serie, vol. XVIII, n. 49, p. 83-84, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1974.

59. Outros exemplos, face ao CP português de 1982 ou ao velho Código de 1886, poderão ser encontrados em Jorge Carlos Fonseca, *Crimes de empreendimento*... cit., p. 82 ss.

preparatório (material, e, não, formalmente, falando, como se vê) ser superior ou igual à da conduta relativamente à qual ele representa uma preparação.[60]

9.8. Mas retomemos o fio da exposição: nestes grupos de casos (crimes autónomos, sejam eles ou não incriminações autónomas de actos materialmente preparatórios de outros crimes) não se colocam, em princípio, diríamos de uma perspectiva meramente dogmática, as restrições que vimos deverem ser consideradas quanto à possibilidade de admitir tentativa ou acto preparatório punível... de acto preparatório excepcionalmente punível enquanto tal (enquanto mera fase do *iter criminis*).

A não ser restrições ditadas por outra ordem de considerações, nomeadamente por opções de política criminal, já que a incriminação se traduziria numa antecipação da tutela de bens jurídicos concretos (que, ao fim e ao cabo, se pretende proteger), evitando-se, pois, uma excessiva antecipação daquela tutela.[61] Assim, o novo Código Penal de Cabo Verde não prevê a punição de acto preparatório de crime de "organização criminosa" (o art. 291.º que o prescreve o não consta da *lista* do art. 373.º), mas já prevê a de acto preparatório de fundação de organização terrorista (e já não de qualquer outra das condutas objecto da proibição: chefia, direcção, adesão), o que pode ser motivo de crítica do ponto de vista do critério da intervenção subsidiária do direito penal na protecção de bens jurídicos fundamentais,[62] ou o acto preparatório do crime de "falsificação de moeda". Curiosamente o Código português previa (art. 300.º, n. 5)[63] a punição de acto preparatório de "organização terrorista", em todas as modalidades de acção (promoção, fundação, chefia), não o fazendo para o crime de "associação criminosa" (art. 299.º). O que mereceu aproximações críticas ao jeito do que atrás enunciámos por

60. Outro critério de cariz "prático" e de sentido indicativo surge apresentado em Jorge Carlos Fonseca, *Crimes de empreendimento...* cit., (p. 84, nota 65): a relação entre a norma que prevê o acto preparatório e a que se refere ao delito relativamente ao qual constituiria, materialmente, preparação. O facto de, por exemplo, a norma que prevê a *aparente* preparação não ser *consumida* (por critérios de interpretação de normas) pela que aponta para a *aparente* forma consumada respectiva mostraria, melhor, indiciaria que não estaríamos já no quadro da punição como mero acto preparatório.

61. Veja-se, nesse sentido apontado no texto, em Itália, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, 2. ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 337 ss.

62. Fizemo-lo em *Direitos, liberdades e garantias...* cit., p. 186.

63. O art. 300.º do CP foi revogado, entretanto, pela Lei 52/2003, de 22 de agosto. Mas a redacção do n. 2 do art. 4.º de tal lei manteve redacção paralela (já com as alterações introduzidas pela Lei 25/2008, de 05 de junho.

parte da doutrina mais autorizada. Figueiredo Dias dizia, a propósito, que, se podem justificar a solução a extrema perigosidade das organizações em causa e a especial necessidade de prevenir a sua constituição, "(...) não deve todavia esquecer-se (...) que os crimes de organização já representam uma protecção antecipada dos bens jurídicos concretos que em último termo se pretende salvaguardar. Estamos por isso (...) perante uma protecção duplamente antecipada de bens jurídicos, de cuja conveniência criminal pode duvidar-se". Razão, pois, para que o autor de Coimbra viesse a reiterar a ideia de que "(...) esta consideração conduz a uma interpretação rigorosa do disposto no art. 300.º-5, devendo considerar-se actos preparatórios apenas verdadeiros actos materiais a que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, se seguirão actos de execução (...)".[64]

Já não nos parece inteiramente adequada – por tudo quanto dissemos relativamente à distinção entre actos preparatórios enquanto tais e actos materialmente preparatórios, mas que concretizam verdadeiros crimes de consumação – a afirmação de A. M. Almeida Costa (ou, num sentido idêntico, de Helena Moniz),[65] a propósito da punição de actos preparatórios de "contrafacção de moeda", de que se trata da punição "da própria 'preparação da preparação' (...)".[66]

De todo o modo, a invocação de critérios de política criminal, tal como foi feita sumariamente atrás, não deixa também de ser discutível, melhor, ela

---

64. Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense...* cit., t. II, p. 1182 (comentário ao art. 300.º).

65. Cfr., ainda, Helena Moniz, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense...* cit., p. 859 (comentário ao art. 271.º), autora que, referindo-se ao artigo em causa – que, afinal, trata de actos preparatórios de alguns crimes de falsificação de moeda na forma que consideramos *tipicizada* – fala criticamente da dificuldade em justificar "uma antecipação ainda maior da tutela penal com a punibilidade dos actos preparatórios dos crimes de contrafacção de moeda ou, dito de outra forma, uma punição dos actos preparatórios dos actos preparatórios" (p. 859). A verdade é que não há aqui, como veremos, actos preparatórios de actos preparatórios (o que é inconcebível até de um ponto de vista lógico), mas, sim, actos preparatórios (fase do *iter criminis*) de *crimes consumados* que se traduzem, materialmente, em actos preparatórios de outros crimes. O que, aliás, tentamos demonstrar no nosso *Crimes de empreendimento...* cit., citado de seguida pela autora.

66. Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense...* cit., t. II, p. 756 (comentário prévio ao art. 262.º), ainda que, como também assinalámos, venha o autor a distinguir um caso e outro para efeito, v.g., de admissibilidade ou não de tentativa. Helena Moniz, idem, p. 859 (comentário ao art. 271.º) – cfr. supra, nota 35. Idêntica posição já fora sufragada em: Jorge de Figueiredo Dias, *As "associações criminosas...* cit., p. 82.

pode não se revelar decisiva. Desde logo, porque o critério da pena (o facto de a medida da pena prevista para o crime (materialmente) de preparação mas formalmente autónomo ser mais elevada do que aquela que é cominada ao crime relativamente ao qual ele é "preparatório") pode querer significar que tal conduta incriminada revela um desvalor mais grave, um ilícito mais grave. Como admitir, por exemplo, tentativa num caso e não no outro? – Pode questionar-se. Por outro lado, sempre se poderia contra-argumentar que o próprio limite da pena para a punibilidade (legal) da tentativa indicia, em princípio, um determinado grau de ilicitude, de gravidade das condutas face às quais o legislador entendeu dever punir-se as fases de ataque ao bem jurídico protegido segundo o respectivo grau.

9.9. Tentativa de acto preparatório (punível). Tentativa de acto preparatório enquanto incriminação autónoma

9.9.1. Como dissemos, por estarmos perante verdadeiros crimes consumados, em princípio não haverá dificuldades em também admitir a tentativa, desde que, naturalmente, estejam verificados os pressupostos legais de punição de uma tal forma de aparecimento da infracção, designadamente o *quantum* da pena aplicável ao crime consumado respectivo (no caso do novo CP de Cabo Verde, pena superior a três anos de prisão – art. 22.º, n. 1). E acrescentamos: desde que possa haver tentativa, no exacto sentido de a estrutura do tipo de crime, pela descrição objectiva da conduta proibida (e/ou do resultado), pela configuração objectiva do tipo, permitir um ponto de referência para que se possa falar em "começo de execução".[67] Só assim percebemos (e/ou porque a tentativa de uma das condutas se traduz na consumação de outra, verificando-se, pois, um caso de concurso de normas) que Figueiredo Dias exclua a punição da tentativa de "associação criminosa", ao que parece, em todas as modalidades de acção,[68] sendo ela *punível* (pela medida da pena aplicável): "(...) quem pratica actos de execução com o propósito de promover a associação ou está já efectivamente a promovê-la ou a levar a cabo meros actos preparatórios não puníveis. Quem tenta fazer parte (...) ou apoiá-la ou está já efectivamente

67. Cfr., para além do nosso *Crimes de empreendimento...* cit., particularmente p. 86-87 e as referências bibliográficas aí contidas; Martin Fincke, ob. cit., p. 46, autor que distingue entre *ser pensável* (sempre) e *ser punível* – dependendo da objectiva e concreta modelação do tipo – a tentativa.

68. Diferente, em certa medida, era a posição assumida a respeito em Jorge de Figueiredo Dias, *As "associações criminosas"...* cit.; o autor considerava duvidosa a admissibilidade de tentativa para todas as modalidades de acção (na "associação criminosa"), inclinando-se, porém, para a posição – dominante na jurisprudência suprema alemã – que a sustentava apenas para o caso de "fundar" (n. 1 do art. 287.º do Código de 1982).

a apoiá-la, ou a levar a cabo meros actos preparatórios. Quem tentar chefiar ou dirigir (...) é seguramente porque faz parte dela, é seu membro. Quem, finalmente, pratica actos de execução com o propósito de fundar uma associação está já a promovê-la. Em qualquer das hipóteses típicas portanto não há lugar para uma punição autónoma da tentativa (...).[69]

9.9.2. O que não exclui, como atrás vimos, que haja quem sindique a própria legitimação daquela possibilidade (de tentativa e, por maioria de razão, de acto preparatório) a partir de critérios como os de necessidade de intervenção do direito penal, senão mesmo do princípio do Estado de Direito e seus postulados em sede de política criminal.[70] Problema – e, sobremaneira, uma eventual crítica a uma tal postura de *redução teleológica* do âmbito da incriminação naqueles concretos casos que recortámos – que, compreensivelmente, não cabe aprofundar neste texto.

10. ACTOS PREPARATÓRIOS EXCEPCIONALMENTE PUNÍVEIS SÃO CRIMES PÚBLICOS (ART. 380.º)

Uma palavra final: o Código Penal de 2004, no seu último artigo (380.º), define como crimes públicos os actos preparatórios excepcionalmente puníveis. O que se compreende facilmente, dada a natureza dos interesses em causa, vale dizer da relativa gravidade do ilícito naqueles casos, circunstância, aliás, que justifica um tal alargamento da punibilidade em casos excepcionais.[71]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo Autor

- O sistema prisional face às organizações criminosas: um olhar a partir da Constituição penal global, de Jorge Carlos Fonseca – *RBCCrim* 57/44.

69. In: *Comentário Conimbricense...* cit., t. II, p. 1170 (comentário ao art. 299.º).

70. Veja-se, por exemplo, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, *Tratado de derecho...* cit., p. 713 (*Lehrbuch...* cit., p. 472).

71. A título meramente ilustrativo, cfr., sobre esta concreta questão, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal português – As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Aequitas – Editorial Notícias, 1993, § p. 1065-1070 e 666-668. Cfr., ainda, numa síntese, Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal I*, Lisboa/São Paulo, Verbo, 1994, p. 231.

O PROBLEMA DO DIREITO PENAL NO *DEALBAR* DO TERCEIRO MILÉNIO

2

The problem of criminal law on the brink of the third milenium

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A Ciência do Direito Penal, baseada no chamado "modelo iluminista" ou do direito penal moderno próprio das sociedades democráticas encontra-se hoje numa encruzilhada. Por um lado, aquele modelo continua a ser o que mais garantias oferece de defesa dos direitos e liberdades do cidadão, tanto do delinquente, como do não delinquente. Por outro lado, porém, um tal modelo parece insuscetível de responder a exigências político-criminais hoje irrenunciáveis face ao movimento da globalização e ao reconhecimento dos riscos globais que ameaçam o futuro ou mesmo a subsistência da Humanidade como tal. Como resolver a aparente antinomia? O A. expõe e critica as teses extremas da *renúncia* do direito penal à proteção perante os novos e grandes riscos globais; e, no outro extremo, da *funcionalização* total do direito penal àquela proteção como condição necessária da sua eficácia. Em seguida o A. pronuncia-se não pelo

ABSTRACT: Criminal Law Science, which is based on the so called "illuminist model", or on modern Criminal Law, commonly found in democratic societies, has come to a crossroad. In one hand, that model continues to be the one that offers the most guarantees in defending the rights and freedom of citizens, both offenders and non-offenders. On the other hand, the same model seems to be unfeasible in terms of responding to the changing criminal-political demands that are taking place due to the globalization movement and the recognition of global risks that threaten the future or even the survival of humankind. How to deal with this paradox? The article shows and criticizes the extreme thesis of renouncing criminal law for protection in the presence of new and major global risks, and on the other end, the total functionalization of criminal law, that is, protection as a necessary condition for its efficacy. Later, the article addresses the

abandono, mas pela *superação* do paradigma iluminista do direito penal. Superação de que serão elementos necessariamente integrantes: o reconhecimento de bens jurídicos coletivos e sociais; a aceitação da responsabilidade penal de entes coletivos; o reforço da internacionalização e regionalização do direito penal, baseado numa nova conceção do tempo e do espaço; e a aceitação de uma política criminal renovada, assente em novos mas indispensáveis contratos sociais, que reforce as exigências públicas de socialização dos delinquentes.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo do direito penal moderno - Direito penal da sociedade do risco - Superação do direito penal iluminista - Bens jurídicos coletivos - Responsabilidade penal dos entes coletivos - Internacionalização do direito penal - Política criminal.

fact that there was not an abandonment, but the overcoming of the illuminist paradigm in criminal law, overcoming the fact that these elements will be necessarily integrating: the recognition of collective and social legal interest, the acceptance of criminal liability of collective entities, the effort of internationalization and regionalization of criminal law based on a new concession of time and space, and the acceptance of a renewed criminal policy, adapted to new but indispensable social contracts, that reinforces the public demands to socialize offenders.

KEYWORDS: The modern criminal law model - Risk society criminal law - Overcoming illuminist criminal law - Collective legal interest - Criminal liability of collective entities - Criminal law internationalization - Criminal policy.

I

Ao iniciar-se a última década do século XX, o direito penal parecia ter alcançado um estádio de consistente estabilização, reconduzido ao que passou a chamar-se o modelo do direito penal moderno, próprio das sociedades democráticas. Um modelo que nascera em meados do século XVIII, em decidida oposição a um ideário político teocrático e absolutista tardio, que entendia como natural que o Estado regulamentasse de forma abrangente a vida externa e interna dos súbditos, por via de normas de conduta cuja violação daria azo a punições de carater criminal. A punibilidade de delitos puramente religiosos (a heresia e a blasfémia) e morais (a sodomia e outros "vícios contra a natureza", como a propósito se exprimia o Código Penal português vigente até 1982) constituíam exemplos claros do que afirmo.

O racionalismo cartesiano e a filosofia política liberal iluminista – baseada no famoso *Second treatise of government* de John Locke – vieram opor-se firmemente a esta tese e acentuar que função do direito penal só pode ser a de garantir a segurança dos indivíduos, a proteção da sua vida, do seu corpo, da sua liberdade e do seu património; e que isto deve ser feito com respeito absoluto pelos direitos fundamentais de cada um ou, como se exprimiu von Feuerbach (recebendo nesta parte a herança de Kant), curando apenas "da existência, da conservação e da recuperação dos direitos completos a nível exterior", enquan-

to, adversamente, "a realização da ordem moral se situa totalmente fora dos limites do Direito", em particular, do direito penal).[1]

Compreende-se deste modo que o "contrato social rousseauniano" tenha sido utilizado como modelo legitimador par excellence da intervenção penal: o Estado só está legitimado para limitar a liberdade de cada um, fazendo intervir o seu arsenal punitivo, na estrita medida em que tal seja indispensável para salvaguardar direitos ou interesses legítimos dos outros indivíduos; ou também interesses coletivos, mas em todo o caso "individualizáveis", isto é, recondutíveis ainda a interesses das pessoas, como seria o caso de certos interesses económicos, financeiros, da saúde pública.

Assim se constitui o paradigma "iluminista" do direito penal,[2] a cuja fundamentação e desenvolvimento ficaram indelevelmente ligados os nomes de Montesquieu e do Marquês de Beccaria: um direito penal racional, secular, laico e pluralista, vinculado a um princípio estrito de legalidade, respeitador dos direitos humanos, que intervém apenas (princípio chamado da "intervenção mínima") nos casos de ofensas insuportáveis à livre realização da pessoa no seio da comunidade. Um direito, por isso, cuja função social se analisa na proteção subsidiária, de *ultima ratio*, de interesses ou "bens jurídicos" *individualizáveis*, não na conservação ou promoção de valores morais individuais ou da moralidade social. Um direito, por outro lado, cujos instrumentos de atuação – as penas e as medidas de segurança criminais – se não justificam por ideias de retribuição ou expiação do mal do crime com o mal da sanção, mas possuem finalidades sociais exclusivas de prevenção: nomeadamente de prevenção geral, através da estabilização contrafáctica das expetativas comunitárias (ou dito de forma mais simples: através da tutela da confiança da comunidade) na validade das suas normas jurídicas de comportamento; e de prevenção especial ou individual, através da oferta ao delinquente dos meios de prevenir a reincidência.

Um modelo, este, que paradigmaticamente se exprime em dois textos do ordenamento jurídico português: no art. 18.º, n. 2, da Constituição da República, quando dispõe que "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"; e no art. 40.º do Código Penal de 1995, ao

1. Ludwig von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland geltenden, peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer's Verlag, 1801.

2. Sobre ele v. o meu *Direito penal. Parte geral*, I, 2. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 133 e ss., com indicações bibliográficas.

estatuir que "a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade" e que "em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa".

II

Bruscamente, nos fins do século passado, a convicção científica generalizada de que o paradigma jurídico-penal que acabei de desenhar a traço grosso se encontrava estabilizado (como que participando, ele também, da utopia "do fim da História e do último Homem"),[3] foi abalada mesmo nos seus fundamentos. Se me atrever a dizer, através de uma só palavra, porquê, não poderei evitar a invocação do fenómeno da *globalização*. Não quero aqui debater-me com essa questão, que em si mesma ultrapassa de muito o âmbito do meu tema. Quero todavia sublinhar como ela, de dois pontos de vista englobantes que à frente procurarei desenvolver, se relaciona de modo fundamental com o *problema penal* atual, até a um ponto em que não será exagero afirmar que verdadeiramente o *constitui*. Tentarei mostrar *como* e *porquê*, recordando – a título de meros exemplos – meia dúzia de fatos bem conhecidos que causaram profunda e persistente inquietação à consciência universal.

Lembrarei a propósito (1) o maior desastre químico ambiental da História, ocorrido na noite de 02.12.1984, na *Union Carbide*, em Bophal, na Índia. (2) A introdução artificial, por um produtor japonês, no final dos anos 80 do século anterior, de germes na bactéria de um suplemento dietético, para assim aumentar a produção de um aminoácido; o que levou os consumidores do produto a terem contraído alterações permanentes do sistema imunológico. (3) O escândalo Parmalat, nos finais de 2003, derivado de uma simples falsificação que provocou graves dificuldades em unidades bancárias e afetou severamente o emprego em tantos países da Europa, da América do Sul, do Extremo Oriente e na Austrália. (4) Finalmente – para não alargar demais a exemplificação –, o ataque terrorista às Torres Gémeas de Nova Iorque em 11.09.2001, que causou milhares de vítimas.

Que há de comum, haverá razão de questionar, em histórias dramáticas tão diversas da nossa experiência recente? E que têm elas a ver com a situação do direito penal nos princípios do século e do milénio?

O reflexo porventura mais expressivo do fenómeno da globalização – e que, do ponto de vista do direito penal, constitui o denominador comum das

3. Francis Fukuyama, *O fim da História e o último homem*, 1991.

catástrofes assinaladas – reside em tornar a cada dia mais clara para todos a consciência de estarmos a assistir ao advento de uma nova forma de sociedade (porventura assumindo o significado de uma "rutura epocal", na expressão de Federico Stella, com um passado ainda recente,[4] perante as ameaças causadas por novos e grandes riscos, por riscos *globais* – é a palavra-chave – que pesam sobre a humanidade: o risco atómico e químico, a diminuição da camada de ozono e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a manipulação genética, a produção maciça de produtos defeituosos, a criminalidade organizada dos "senhores do crime", individuais e coletivos – que dominam à escala planetária o tráfico de armas e de drogas, de órgãos e dos próprios seres humanos –, o terrorismo regional e internacional, o genocídio, os crimes contra a paz e a humanidade.

Trata-se, com isto, da tradução no plano da realidade global daquela "sociedade do risco" pensada e tão exatamente caraterizada pelo sociólogo Ulrich Beck.[5] Trata-se, no fundo, de ganhar consciência dos *limites* – só dos "limites", importa sublinhar – que importa introduzir à crença na *razão técnico-instrumental*. A uma crença filha da racionalidade que nos iluminou durante três séculos, que trouxe um progresso material e espiritual espantoso à humanidade e lhe deixou um legado irrenunciável de razão crítica, de secularização, de direitos humanos; mas que ao mesmo tempo, ao ser arvorada em dogma fundamentador da evolução da humanidade, a colocou nos becos sem saída do modelo do *homo œconomicus*, da divindade do "mercado", do consumismo, em suma, da crença ingénua no progresso material ilimitado. Os resultados desta *Weltanschauung* começam a ser visíveis para todos.

Que significado adquire este estado coisas para a função a exercer e para a extensão a assumir, no futuro próximo, pelo direito penal? Verdade é que o sistema da justiça penal, nacional e internacional, não conseguiu até hoje perseguir eficazmente e muito menos punir os responsáveis, individuais e coletivos, das catástrofes monstruosas referidas, algumas das quais podem mesmo vir a afetar a subsistência da humanidade como tal. E não conseguiu, há quem acrescente, desde logo porque o sistema da justiça penal, fundado no paradigma iluminista, liberal e democrático que comecei por enunciar, não está preparado ou não é mesmo adequado a prover aos grandes e novos riscos que ameaçam a humanidade no seu todo, sequer a adequar-se à realidade so-

4. Federico Stella, *Giustizia e modernità*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 2002, Prefazione.

5. Em dois livros fundamentais: Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt: Suhrkamp, 1986 e *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

ciocriminológica atual: à sua expansão, à sua massificação, à sua organização, à sua internacionalização.

Esta inadaptação revelar-se-ia logo no plano da legitimação substancial da intervenção do direito penal, que não mais poderia ficar reduzida ao modelo do contrato social rousseauniano; mas também no próprio plano técnico-jurídico, onde – como de forma tão penetrante assinalou Günther Stratenwerth[6] – casos como os descritos tornam questionável, por insuficiente ou mesmo inadequado, o *modelo de racionalidade* traduzido exemplarmente na fórmula: "Caim matou Abel, pelo que é condenado na pena *x*". Onde se tornou questionável este modelo de racionalidade mas, sobretudo, o *modelo de imputação* objetiva e subjetiva que lhe está associado; e segundo o qual é pressuposto irredutível de uma condenação a demonstração em tribunal, para além de qualquer dúvida razoável, que uma ação ou omissão concreta de pessoa determinada pôs uma *causa* sem a qual o efeito lesivo não teria tido lugar; e que tal pessoa pode ser pessoalmente *censurada* por essa ação ou omissão. Não quer isto significar que as disposições penais erigidas segundo os modelos de racionalidade e de imputação referidos e a ciência jurídico-penal sobre eles construída estejam ultrapassadas no seu campo específico de atuação: uma e outra continuarão sempre a conservar, sem dúvida, o seu sentido e a sua validade. O que sucede é que parecem revelar-se inúteis – ou para pouco servirem, ou serem manifestamente inadequadas – no que diz respeito ao problema de contenção dos riscos globais da sociedade atual e futura.

A ciência do direito penal começa a reagir a estas verificações dececionantes. Reconhecendo que não pode ficar à espera que se verifiquem resultados lesivos das condições de vida da humanidade – trate-se de lesões ecológicas, genéticas, económico-financeiras, terroristas... – para só então fazer intervir o arsenal punitivo oficial: este terá de ser chamado, se quiser ser minimamente eficaz, logo relativamente a qualquer contributo significativo para o potencial de perigo do qual o resultado lesivo irá, num futuro próximo ou longínquo, eventualmente derivar, por mais quotidiano e anódino que esse contributo pareça, em si mesmo considerado. Problema que se agrava extraordinariamente quando as condutas perigosas têm lugar no seio de empresas, de grupos ou de equipas com complexa divisão de tarefas e a suspeita da sua prática recai sobre um grande e indeterminável número de pessoas, cuja interação, coordenada ou casual, é

6. Em dois estudos precursores: G. Stratenwerth, Zukunftssicherung durch die Mittel des Strafrechts?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: de Gruyter, 105, 1993, p. 679 e *Das Strafrecht in der Krise des Industriegesellschaft*, Rektoratsrede Basel, 1993.

fonte do perigo que, por sua vez, contribui para a verificação de um risco global. Particularmente aqui, perante aquilo que se vai chamando já o fenómeno atual da *irresponsabilidade organizada*, o modelo tradicional da imputação jurídico-penal parece falhar rotundamente; como também quando se persista em manter um modelo puramente *individual* de responsabilidade penal, que empresta nova e mais forte razão à alegação antiga de que o sistema penal está de há muito pensado em termos de atingir preferencialmente os estratos e os membros socialmente mais desfavorecidos ou excluídos da população.

Mas, começando a reagir a estas verificações dececionantes, a ciência do direito penal começa também a perguntar-se por possíveis soluções. A dificuldade maior provém não tanto da incapacidade de inventar novos modelos de legitimação que possam substituir-se, total ou parcialmente, ao modelo "iluminista", quanto sobretudo de esses novos modelos poderem vir a pôr em causa princípios, também eles básicos, de civilização e de humanidade, por cuja efetividade vimos lutando há mais de dois séculos e que merecem sem dúvida persistir e ser aperfeiçoados; nomeadamente, todos quantos se relacionam com a defesa consistente dos direitos individuais perante intervenções abusivas da autoridade pública. Que caminhos pois para o direito penal do futuro próximo quando ele se avalia face à constelação problemática central que preside às minhas considerações?

III

1. À primeira das teses que surge insistentemente preconizada a propósito chamarei da *capitulação* ou, pelo menos, da *retirada* do direito penal. Perante o dilema apontado, com efeito, não falta quem sustente – em particular, a chamada "Escola de Frankfurt"[7] – que o direito penal não pode arvorar-se em instrumento de tutela perante os novos e grandes riscos da sociedade presente e futura. Há, dizem, pelo contrário, que guardar (e, se necessário, reforçar) o património ideológico liberal, reservando ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação. Pelo que para proteção perante os megarriscos da sociedade pós-industrial só pode ser pedido auxílio a *meios não jurídicos* de controlo social e, porventura também, a *outros ramos de direito* (não penal).

7. Assim denominada, creio que pela primeira vez, por: SCHÜNEMANN, Kritische Anmerkungen zur geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, *Goltdammer's Archiv*, Berlin: R. v. Decker Verlag, 1995, p. 203.

Mas esta via de resolução da crise minimiza, em medida inadmissível, a função do direito penal no corpo social. Para domínio das fontes dos novos riscos tornam-se indispensáveis normas de comportamento cuja violação, nos casos mais graves, exige uma punição *penal*. Esperar uma tutela capaz da parte de meios não jurídicos de política social – como o fomento de formas, hoje tão propagandeadas, de *autoproteção da vítima* ou, noutro campo, o apelo às *forças autorreguladoras do mercado* – afigura-se-me expetativa inconsistente: trata-se de nada menos – na excelente imagem de Heine – que de converter o lobo em pastor.[8] Como inconsistente me parece ser a esperança depositada em meios jurídicos não penais, nomeadamente, na *tutela jurídico-civil* ou mesmo numa *tutela jurídico-administrativa intensificada*. Hipóteses diversificadas, algumas das quais já referi – v.g., as da danificação da camada de ozono, dos lixos tóxicos, da clonagem reprodutiva de seres humanos, da disseminação do HIV, da talidomida, do azeite de colza, das grandes associações criminosas e terroristas –, mostram como a punição dos agentes responsáveis não pode bastar-se com sanções civis ou mesmo com sanções administrativas "intensificadas". Uma tal solução significaria nada menos que subtrair à tutela e às sanções penais precisamente as condutas mais gravosas, aquelas que põem do mesmo passo em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas, com as que existem e com as que hão de nascer. Como um dia tive ocasião de escrever, significaria pôr a máxima do direito penal como *ultima ratio* da política social "de pernas para o ar".[9]

2. No outro extremo se perfilam aqueles que pleiteiam a ideia de um direito penal por inteiro *funcionalizado às exigências próprias da sociedade de risco*. As quais implicariam: antes de tudo, uma *alteração do modo próprio de produção legislativa* em matéria penal, retirando aos parlamentos a reserva de competência neste domínio, para a atribuir também aos Executivos; depois, uma *antecipação decidida da tutela penal* para estados prévios (e ainda muito distantes) da lesão de interesses socialmente relevantes, mesmo correndo o risco de assim se perder a ligação, percetível aos destinatários das normas, entre a conduta proibida ou imposta e o bem jurídico que aquelas normas se propõem tutelar;

8. HEINE, La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro (comentario). In: ESER; HASSEMER; BURKHARDT, MUÑOZ CONDE (org.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 429.

9. FIGUEIREDO DIAS, Algumas reflexões sobre o direito penal na "sociedade de risco". In: Maria da Conceição Valdágua (org.), *Problemas fundamentais de direito penal. Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidad Lusíada Ed., 2002, p. 217.

enfim, e em consequência, alterações radicais no sentido do *abandono de princípios básicos* que presidem ao modelo tradicional, atrás referido, de construção das incriminações e de imputação da responsabilidade.

Creio no entanto que também esta via de evolução não deve ser trilhada.[10] Mesmo para além da questão mais funda que suscita – a *questão da legitimação*, a cujo entendimento democrático moderno importa guardar, no essencial, fidelidade –, o que nela avulta é a verdadeira *inimizade* pelo *axioma ontoantropológico* do direito penal e por uma *ordem axiológica* (mínima, mas nem por isso menos essencial) que daí deve resultar. Nem a "eficiência", descarnada daquele axioma, pode constituir base de legitimação democrática; nem pode aceitar-se uma revolução do paradigma penal que passe por pôr em questão a defesa consistente dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, a secularização. Por isso deve manter-se a recusa de qualquer conceção penal baseada na *expansão* da criminalização,[11] que transforme o direito penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual.

3. A minha tese corre em sentido diferente das duas consideradas. Sou decididamente contra maniqueísmos e "guerras de trincheiras" em matérias da ciência e do pensamento. Do que deve tratar-se hoje não é da eliminação do paradigma iluminista do sistema da justiça penal e da sua substituição radical por outro. É, sim – se posso servir-me de um pensamento do teólogo português Anselmo Borges –, da *superação* daquele paradigma, num sentido próximo do da *Aufhebung* hegeliana, em atenção à nova face da realidade criminológica e da sua previsível evolução no futuro próximo.[12]

Já disse que o sistema da justiça penal próprio das sociedades democráticas atuais alcançou conquistas básicas irrenunciáveis. Mas também que convicções fundamentais, que conformaram o pensamento ocidental dos últimos três séculos e fizeram a história e o prestígio das ciências ditas exatas, terão de deixar de ser arvoradas em dogma a receber pelas ciências do Homem. Para estas, nada pode ser neutro do ponto de vista axiológico-antropológico, a tudo

10. Cf., sobre esta perspetiva, O'MALLEY (org.), *Crime and the risk society*, 1998; e para a sua discussão, entre outros, HILGENDORF, Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft"?, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München: Beck, 1993, p. 24 e ss. e SILVA DIAS, *Proteção penal do interesse dos consumidores*, 2001.

11. De que fala: SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do direito penal – Aspetos da política criminal nas sociedades postindustriais*, São Paulo: Ed. RT, 2002.

12. Anselmo Borges, O crime económico na perspectiva filosófico-teológica, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 10/21, Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

estando subjacente uma determinada conceção do Homem e um sistema de valores individuais e coletivos, nestes últimos incluída a Natureza e os seus ecossistemas.

A nova imagem do Homem e a superação dos dogmas da razão instrumental implicam, nesta via, que os valores da *solidariedade global* ganhem novo significado e relevo na refundamentação do sistema da justiça penal. Não se trata de prever que este sistema e a sua legitimação revertam a conceções moralistas (inaceitáveis em qualquer sociedade democrática, pluralista e laica), que o direito penal seja posto ao serviço da tutela da moral ou de uma certa moral e se queira torná-lo em instrumento promotor ou propulsor de finalidades ideológicas. Trata-se, mais simples mas também mais dificilmente, de preconizar a aceitação a nível global de um quadro mínimo de valores individuais e coletivos, assente numa conceção do Homem como ser dotado de uma *liberdade* que o acompanha como seu caraterístico e ineliminável modo-de-ser e o obriga – digo-o na esteira de Baptista Machado – à participação na humanidade histórica, como ser-com os outros e ser-para os outros.[13] Um quadro axiológico, este, sobre o qual os homens de hoje, perante os grandes riscos globais que sobre eles pesam, têm de lograr um consenso alargado, que haverá de ser transposto e concretizado nas Leis Fundamentais nacionais, regionais e internacionais e de constituir o fundamento de um renovado sistema da justiça penal, baseado naquilo que porventura poderei chamar (perdoe-se o meu atrevimento) um *novo contrato social*.

Clarificada deste modo, na medida possível, a minha conceção básica, resta-me agora – procurando decifrar sinais já inscritos no tempo que passa – tentar prever ou sugerir alguns dos caminhos a trilhar pelo sistema da justiça penal do futuro próximo; e procurar fazê-lo a partir da consideração dos novos e principais traços que a realidade criminológica apresenta nesta alvorada do novo milénio.

IV

Estreitamente ligada ao reforço necessário dos valores da solidariedade a nível global está a minha convicção de que o sistema da justiça penal deverá refrear a via extremadamente *antropocêntrica* que vem prosseguindo e aceitar uma nova conceção das relações entre *o Homem e os outros homens* e inclusiva-

13. BAPTISTA MACHADO, Antropologia, existencialismo e direito, separata da *Revista de Direito e de Estudos Sociais* 12, sobretudo p. 18 e ss., 58 e ss., 69 e ss., Coimbra: Coimbra Ed., 1965.

mente, já o disse, das relações entre *o Homem e a Natureza*. Esta nova conceção não assume relevo exclusivamente teorético, mas significado prático e normativo a diversos níveis.

1. Efetivamente, sob a pressão do antropocentrismo extremado que referi, a legislação e a ciência penais, bem como a análise criminológica, têm-se centrado e progredido, nas últimas décadas, predominantemente no domínio dos crimes contra interesses *individuais* ou, no máximo, "individualizáveis". Chegou o tempo para o penalista, o criminólogo e o legislador repensarem desde o princípio aquilo que vêm sendo chamados interesses ou bens jurídicos *coletivos* merecedores e carentes de tutela penal.[14] Exemplos como os que são dados pela preservação dos ecossistemas, da identidade genética, da genuinidade do produto, da paz pública face a atentados de associações criminosas (nomeadamente, terroristas), dos grupos humanos, das vítimas da guerra, do património histórico-cultural da humanidade ou, noutro plano, do sistema económico-financeiro, do sistema fiscal, da autonomia intencional dos Estados –, exemplos como estes mostram que a tarefa, sendo difícil, não é de cumprimento impossível.

2. Um outro nível em que a reforma do sistema da justiça penal terá de refletir o amortecimento do paradigma exasperadamente antropocêntrico que lhe tem presidido residirá, na minha perspetiva, no abandono definitivo do dogma da *individualização* da responsabilidade penal. Dadas as condições já referidas da sociedade atual e futura, nomeadamente a explosão do crime organizado ou do crime das organizações, torna-se indispensável a aceitação, clara e sem tergiversações, de um *princípio de responsabilidade penal dos entes coletivos como tais*. Não mais servirão expedientes de que se vem servindo a generalidade da ciência penal como o de transformar, relativamente a entes coletivos, aquilo que deveria ser a sua direta responsabilização penal numa responsabilização administrativa, penal-administrativa ou contraordenacional; ou o de negar a responsabilização penal direta e autónoma do ente coletivo para afirmar apenas, em seu lugar, a responsabilidade individual das pessoas que atuem em nome ou no interesse daquele.

Do que se trata pois é de – não relativamente à totalidade da matéria penal e da realidade criminológica, mas em âmbitos bem definidos e cada vez mais vastos – nada menos que reconhecer que exigências político-criminais incontorná-

14. Cf. também Roland Hefendehl, Uma teoria social do bem jurídico, *RBCCrim* 87/103, São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2010, na esteira da sua investigação fundamental *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002. Cf. ainda Susana Aires de Sousa, Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico, *RBCCrim* 86/148, São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2010.

veis impõem a responsabilização do ente coletivo *como tal*. Esta é a realidade que o legislador penal e o respetivo sistema de justiça têm de assumir, sejam quais forem as dificuldades construtivo-dogmáticas que ainda devam ser vencidas.

V

Desde o início desta intervenção que me esforço por dar ênfase à ideia de que os grandes e novos problemas com que depara a nossa sociedade e deparará a dos nossos descendentes provêm da ameaça de "riscos globais" para as condições ou mesmo para a subsistência da vida no planeta. Riscos globais exigem, como é óbvio, a sua possível contenção e tratamento penal a nível global, nisto indo compreendida, precisamente, uma outra consequência da "globalização". Uma consequência que aponta para uma via irreversível de evolução dos sistemas da justiça penal: para uma via que procura acompanhar a dramática *internacionalização* do próprio fenómeno da criminalidade, de forma muito particular, da *criminalidade organizada*. Se me atrever a tentar exprimir através de uma só palavra esta outra consequência, introduzirei aqui o conceito de *proximidade*, no qual se fundem, de jeito singular, as categorias do tempo e do espaço: *próximo* é, antes de qualquer outra precisão, aquilo que podemos alcançar (ou nos pode alcançar) num curto espaço de tempo.[15]

1. Proximidade, por isso, logo num sentido *geográfico*: a sociedade tecnológica encurtou o mundo, ao permitir um aumento vertiginoso da velocidade e do volume dos fluxos de pessoas e bens, cujas aspirações se mostraram incompatíveis com o espartilhamento do espaço em países separados por fronteiras políticas e jurídicas rigorosas. Medite-se, no que à minha condição de português interessa, como o continente europeu do pós-guerra vem conhecendo um processo de integração económica, política e jurídica sem precedentes, processo que acabou por atingir inevitavelmente o domínio penal. Pode facilmente predizer-se que um tal processo de integração abrangerá regiões cada vez mais extensas e que uma comunidade como a dos "países de língua portuguesa" pode constituir um exemplo e um modelo incomparáveis.

2. Proximidade, em segundo lugar, num sentido *virtual*: refiro-me ao prodigioso aumento da transmissão de informação, que nos permite presenciar, em tempo real, os acontecimentos que engrandecem a Humanidade; mas também, no começo do novo milénio, os campos de extermínio, os genocídios organiza-

15. Agradeço muito amigamente ao meu querido Colega e Amigo Prof. Doutor Pedro Caeiro as sugestões preciosas que me deu e as reflexões que comigo desenvolveu sobre este apartado da minha exposição.

dos, as execuções de reféns por parte de associações terroristas. E esses eventos ocorridos em lugares distantes tornam-se, por via do impacto do real-direto, em eventos próximos, porque nos negam a possibilidade da indiferença a que se vota o estrangeiro e o longínquo. Tais atrocidades, mesmo que cometidas a dezenas de milhares de quilómetros, em outros continentes, provocam o "rufar da velha pele do tambor",[16] neste caso, o tambor que convoca a nossa Humanidade aviltada na pessoa das vítimas.

A proximidade virtual e o consequente *Mitleiden* ajudam a explicar o formidável movimento da última década – cujas primeiras e frustres raízes se encontram já nos julgamentos de Nuremberga e de Tóquio – em favor da criação de jurisdições penais internacionais, destinadas a julgar e condenar os autores dos crimes mais graves contra o direito internacional: os tribunais instituídos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda e, muito recentemente, o Tribunal Penal Internacional (Permanente). É a comunidade internacional a assumir-se como última instância de proteção de todos os seus membros (estatuto que já não é exclusivo dos Estados, estendendo-se também às pessoas), mesmo contra aqueles a quem caberia, em princípio, velar por ela.

3. As dimensões geográfica e virtual da proximidade implicam uma sua terceira dimensão constitutiva: a proximidade *humana*, no sentido do ser-com-o-próximo suposto pela filosofia personalista, ou mesmo da fraternidade universal instaurada pela mensagem cristã do amor-ao-próximo. É importante que essa ideia de proximidade humana, e – insisto – de consequente solidariedade global, guie os ordenamentos penais trans-estaduais e internacionais nas suas tarefas de *experimentação* e *invenção*, de modo a que se preserve e incremente, naqueles níveis, o acervo de valores e garantias sedimentado nas culturas jurídico-penais dos Estados de direito democráticos.

Experimentação, porque a procura de uma solução para os problemas que apontei está obrigada a um teste contínuo de legitimação, validade e eficácia do uso do *ius puniendi*, não podendo ignorar, por exemplo, o caráter de *ultima ratio* da lei criminal, nem a existência de meios alternativos de solução dos conflitos que devem, em certas situações, ter a primazia.

Invenção, porque, partindo dos princípios e das categorias cristalizadas nos ordenamentos nacionais, bem como da cada vez mais densa rede de direitos e garantias individuais tecida pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, requer-se certamente um novo discurso e um novo instru-

16. De que fala Pérez-Reverte no seu romance *A pele do tambor*.

mentário, atentos à especificidade dos problemas que as comunidades regionais e, noutro plano, a comunidade internacional pretendem resolver através do direito penal.

4. As considerações precedentes permitem compreender como o direito penal se tornou subitamente mais complexo, acompanhando a complexidade crescente do nosso estatuto de cidadãos: sujeitos já de vários direitos em múltiplas esferas de convivência (nacional, regional e internacional), assumimos os deveres correlativos dessa participação, por via também de *novos contratos* que não reduzem a comunidade política à comunidade puramente estadual.

VI

Com isto toco o último ponto que me proponho considerar. A reforma dos sistemas da justiça penal (nacionais, regionais, internacional) só tem hipótese de subsistir e de cumprir a sua função reguladora de orientação e controlo dos comportamentos, individuais e coletivos, se for iluminada por *conceções básicas da política criminal*. Conceções que, servidas pela aparelhagem conceitual e dogmática da ciência jurídica e da ciência criminológica, são todavia e antes de tudo conceções *políticas* no seu mais próprio sentido. E que por isso não podem arvorar pretensões de objetividade, de neutralidade e de assepsia ideológicas, antes têm de assumir abertamente os seus supostos básicos subjacentes. É neste contexto que deve lançar-se a pergunta crucial por uma *nova política criminal*.

1. Não é arriscado (infelizmente!) profetizar que, considerado o processo global da criminalização/descriminalização, o direito penal do futuro assistirá a um incremento – o menos lato possível, confio, mas de todo o modo sensível – da mancha da criminalização. Esta situação derivará, desde logo, de que não pode aceitar-se de um lado um recuo das normas penais protetoras dos direitos e liberdades individuais, enquanto, de outro lado, emergirão, nos termos apontados, novos interesses, sobretudo coletivos, dignos e carentes de tutela penal. Alargando-se a mancha da criminalização, torna-se igualmente previsível que os índices da criminalidade registada – por toda a parte em crescimento contínuo desde há décadas – continuarão a aumentar.

2. Face a este aumento praticamente inevitável dos índices da criminalidade, as expetativas da opinião pública em quase toda a parte – exaltadas obsessivamente por campanhas políticas e mediáticas – clamam hoje por um sistema de controlo social mais estrito e apertado; clamam, numa palavra, pelo endurecimento da "sociedade punitiva", de que são expressão os já famosos

modelos do *total enforcement*, do *twice and you are out*, da *tolerance zero*.[17] Com este *modelo punitivo ou securitário* será pois o adeus definitivo à esperança de que à execução da pena possa ser conferido qualquer sentido, se não já socializador, ao menos socialmente *positivo*, que ajude o delinquente a conduzir a sua vida sem reincidir no crime. Mas será também, muito provavelmente, a ocasião mais significativa de violações graves de princípios das nações civilizadas e, antes de todos, do mais fundamental dos direitos humanos: o da preservação da eminente dignidade que pertence a qualquer pessoa, mesmo ao mais brutal e empedernido dos delinquentes.

Por isso, a este modelo punitivo uma outra orientação tem teimado em fazer frente, consubstanciada na reafirmação do *modelo reabilitativo*. E não julgo que a necessidade de superação, a que atrás aludi, do paradigma penal ponha em causa este modelo, antes penso, pelo contrário, que, *renovando-o*, o *reforça* de modo decisivo. Esta renovação deve continuar a assumir a plena consciência da ilegitimidade de quaisquer terapias coativas, autoritariamente impostas na base daquilo que se suponha ser o "verdadeiro bem" do delinquente. E a assumi-la, em todo o caso, sem tergiversar no seu suposto fundamental: a crença no ideal reabilitativo como forma ótima (e porventura a única eficaz) de prevenir a reincidência; afastando-se em consequência, de uma vez por todas, de pretensões de "vingança" ou de "defesa social a qualquer preço", para se basear em valores centrados no humanismo e na liberdade.

3. Prevejo por isso, se bem que com otimismo moderado, que não estará longe o momento em que até mesmo políticos e comunicação social compreenderão não ser através de uma política criminal deste tipo que se reformarão os sistemas da justiça penal. Mas, pelo contrário, através de uma política criminal que, também ela, não pode abrir mão das conquistas irrenunciáveis que alcançou e entre as quais se destacam a estrita limitação da função do direito penal à tutela subsidiária de bens jurídico-penais, individuais e coletivos; a conceção das penas e das medidas de segurança criminais como instrumentos de prevenção, não de retribuição ou castigo do mal do crime; a legalidade de toda a intervenção penal; a determinabilidade do facto proibido e o princípio da culpa como condições *sine qua non* de toda a imputação criminal.

Uma política criminal, porém, *renovada*, que deve proceder, progressiva e rapidamente, num contexto internacional global, à *integração* – perfeitamente

17. Sobre o que se segue v. FIGUEIREDO DIAS, Execução da pena de prisão e direitos humanos, hoje e amanhã. In: ZAFFARONI; KOSOWSKI (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 325.

possível sem contradições – destas conquistas num contexto social novo. Num contexto social onde não haverá mais lugar para uma justiça penal cegamente punitiva, que se revê na privação da liberdade como sua expressão paradigmática, que assenta numa legalidade e numa igualdade puramente formais, que recusa toda e qualquer ideia irritativa do dogma da *coação* em que julga repousar a dignidade devida ao exercício do poder estadual soberano de punir. Onde não haverá mais lugar para esta justiça cega, mas para uma justiça bem desperta para os critérios objetiváveis de oportunidade social; para o tratamento desigual das desigualdades sociais ainda subsistentes e carecidas de especial proteção; para a necessidade de obtenção do consenso possível entre os interessados no conflito penal em vista do funcionamento ótimo do sistema; enfim, para a necessidade de, no mais curto lapso de tempo, lograr o *restabelecimento da paz jurídica* de todos os intervenientes no conflito e, com ela, a *restauração das expetativas comunitárias* postas em causa pelo crime. Uma política criminal renovada, assim, da qual será elemento essencial a substituição, em medida progressivamente mais ampla, de uma justiça penal crassamente *punitiva* por uma justiça penal *restaurativa*.[18]

Também, pois, a reforma do sistema da justiça penal não pressupõe uma substituição revolucionária do paradigma penal atual, bem pelo contrário, impõe que nos mantenhamos fieis às conquistas irrenunciáveis de democraticidade, de pluralismo ético e político, de secularização, que três séculos de razão crítica nos trouxeram. Exige, sim, que na base daquele paradigma – para além do axioma ontoantropológico, em que repousa todo o programa penal, do respeito absoluto pela eminente dignidade de toda e qualquer pessoa – esteja presente e nítido um *quadro axiológico mínimo mas decisivo*, imediatamente derivado da convicção de que todo o Homem e toda a Humanidade são sujeitos comuns e solidários da responsabilidade pela vida no planeta. Nesta base (repito um última vez) se torna indispensável pensar com decisão a ideia dos *novos contratos sociais*.

Assim, creio-o convictamente, poderemos afastar visões apocalíticas hoje em voga relativamente ao funcionamento futuro do sistema penal e manter a esperança na sua capacidade para responder de forma satisfatória às legítimas e razoáveis expetativas comunitárias de paz e de segurança. Quem queira trabalhar em favor do futuro – e o penalista não pode deixar de fazê-lo, sob pena de traição moral à sua precípua tarefa – deve persistir numa tal esperança.

---

18. Cf. Cláudia Cruz Santos, A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira, *RBCCrim* 81/209, São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo Autor

- Entrevista, de Jorge de Figueiredo Dias – *RBCCrim* 13/13;
- Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal da medicina?, de Jorge de Figueiredo Dias – *RBCCrim* 48/62;
- O Código Penal português de 1982 e a sua reforma, de Jorge de Figueiredo Dias – *RBCCrim* 8/14;
- Sobre o estado actual da doutrina do crime – 1.ª parte – Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito, de Jorge de Figueiredo Dias – *RBCCrim* 0/23; e
- Sobre o estado actual da doutrina do crime – 2.ª parte – Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade, de Jorge de Figueiredo Dias – *RBCCrim* 1/16.

- A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal, de Jorge de Figueiredo Dias, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 6, p. 945; e
- O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco", de Jorge de Figueiredo Dias, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 2, p. 269.

O Projeto Sarney de Código Penal

3

Senator Sarney Criminal Code Bill

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal da UFPR. Homenageado com a *Medalha Mérito Legislativo Câmara dos Deputados* como reconhecimento pelos relevantes serviços prestados ao Poder Legislativo e ao Brasil e Homenageado com a *Medalha Santo Ivo* – Patrono dos Advogados, pelo Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado.

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo analisa criticamente o novo Anteprojeto de Código Penal, Projeto Sarney, apresentado no Senado Federal por uma comissão de especialistas e relata como se desenvolveram as reuniões da comissão. Transcreve trechos do Manifesto de Oposição ao Anteprojeto que foi divulgado no XVIII Seminário Internacional de Direito Penal do IBCCRIM e descreve o Ato de Defesa do Direito Penal, outro evento realizado em protesto ao projeto de lei, realizado na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Compara a propositura de outros Projetos de Lei no Senado demonstrando falhas e ilegalidades ocorridas durante a concepção do Anteprojeto. Aborda aspectos pontuais que revelam falhas indeléveis no *disegno di legge* apresentado.

Palavras-chave: Anteprojeto de Código Penal – PLS 236/2012 – Críticas – Reformas.

Abstract: This article provides a critical examination of the draft of the new Criminal Code Bill- Senator Sarney Bill, submitted to the Senate by a group of experts. It also mentions how the meetings of the Committee developed and provides transcription excerpts of the Manifest of Opposition to the draft that was released at IBCCRIM's 18th International Criminal Law Seminar. The paper also describes the Criminal Law Defense Act, another event held to protest against the Bill, held at the Law School located in Largo de São Francisco, São Paulo. It compares the submission of other Bills to the Senate, pointing out to flaws and wrongdoings which took place during the drafting period. It also addresses specific aspects which reveal permanent flaws in the *disegno di legge* submitted.

Keywords: New Criminal Code Bill – Senate Bill 236, 2012 – Criticism – Reform.

"O tempo não perdoa quem faz as coisas sem ele"
Joaquim Nabuco (1849-1910).

SUMÁRIO: 1. O Anteprojeto do Senado - 2. A iniciativa da proposta de reforma - 3. O Manifesto crítico - 4. A reação da OAB - 5. Outro movimento de resistência - 6. O protesto nas Arcadas - 7. A condução diferenciada dos anteprojetos - 8. O anteprojeto sem comissão revisora - 9. A dispensa da CCJC - 10. Audiências públicas como *marketing* - 11. Violação do Regulamento de trabalho - 12. Audiências Públicas ilegítimas - 13. Ilegalidade do processo legislativo - 14. A relevância da CCJC no Projeto do Código de Processo Penal - 15. As restrições impostas ao PLS 236/2012 - 16. Para que serve um Código? - 17. O que é *ciência penal* - 18. Uma rejeição intolerável.

1. O ANTEPROJETO DO SENADO

O novo Anteprojeto de Código Penal elaborado por Comissão de Juristas presidida pelo Min. Gilson Dipp, do STJ, instituída no âmbito do Senado Federal em atenção ao Requerimento 756/2011 do Senador Pedro Taques, foi automaticamente convertido no PL 236/2012, por iniciativa do Senador José Sarney.

A primeira reunião de trabalho ocorreu no dia da posse da Comissão Geral, ocorrida em 18.10.2011, seguindo-se as demais a partir de 04.11.2011. O texto final foi encaminhado pelo Relator-Geral, Procurador Regional da República, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, em 18.06.2012, ao Presidente do Senado Federal.[1] E no dia 10 de julho, a Senadora *Ana Amélia* (PP-RS), na presidência da sessão da Casa Alta fez a seguinte comunicação: "A Comissão de Juristas, criada nos termos do *Requerimento 756/2011*, encaminhou como conclusão dos trabalhos o Anteprojeto de Código Penal que foi apresentado como *PLS 236/2012*, pelo Senador José Sarney, Presidente do Senado Federal, que *reforma o Código Penal brasileiro*, com as ressalvas expostas na Justificativa da proposição".[2] No *Diário do Senado Federal* do mesmo dia 10.07.2012, consta a suposta leitura do projeto, que tem 543 artigos.[3]

1. Fui convidado para relatar as propostas atinentes à Parte Geral mas me afastei da subcomissão em 21.03.2012, por não concordar com a falta de um método racional de trabalho e com o açodamento imposto pelo cronograma estabelecido conforme o Regimento Interno do Senado, que estabelecia o prazo de seis meses para a apresentação do texto.
2. *Diário do Senado Federal*, p. 33259 (destaques no original).
3. P. 33260 e s.

2. A INICIATIVA DA PROPOSTA DE REFORMA

Em todos os anteprojetos anteriores, a partir do *Anteprojeto Hungria* (1963), a proposta de reforma do Código Penal tivera a iniciativa do Ministério da Justiça, isto é, do Poder Executivo. Agora, porém, o *Projeto Sarney* nasceu na própria casa de seu presidente e, como as circunstâncias e os fatos demonstraram, no seu interesse pessoal. Nenhuma alteração se processou durante a passagem de um documento legislativo para o outro,[4] mantendo-se, inclusive, o prazo da *vacatio legis* em 90 dias, como determina o art. 542 do PLS 236/2012.

É importante referir que, enquanto a Lei 7.209/1984, que estabeleceu a nova Parte Geral do Código Penal, reformada parcialmente, previu o prazo de vacância de seis meses, o projeto de reforma integral estabelece a metade.

Se a comunidade de estudiosos e trabalhadores da ciência penal tivessem a oportunidade de se manifestar ampla e democraticamente sobre o anteprojeto, a primeira crítica seria quanto à sua origem. Com efeito, não se concebe que o parlamento nacional, intensa e extensamente comprometido com a prática do discurso político do crime e sensibilizado com a *voz das ruas* em período eleitoral, dispusesse de tempo e reflexão suficientes para a concepção e a gestação de um novo e aprimorado modelo de Código Penal.

3. O MANIFESTO CRÍTICO

Por ocasião do XVIII Seminário Internacional de Direito Penal, realizado na cidade de São Paulo, de 28 a 31 de agosto, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e o Instituto Manoel Pedro Pimentel divulgaram um manifesto de oposição ao anteprojeto que, desde logo, recebeu extraordinário número de adesões, alcançando, dias após, milhares de assinaturas. É oportuno reproduzir trechos desse valioso e histórico documento.

"Com exceção de algumas audiências públicas, durante o período de redação parcial de dispositivos, pautadas pelo interesse de grupos de pressão e promovidas pelo serviço de apoio e assessoria de imprensa do Senado Federal, o anteprojeto não teve o seu texto final e a concepção geral da reforma subme-

4. A conversão automática do anteprojeto em projeto de lei foi um expediente inusitado e reprovável que afrontou a tradição legiferante sobre o assunto desde o Anteprojeto Hungria. Todos os *disegno di legge* eram amplamente divulgados para receber as críticas e sugestões da comunidade científica e dos cidadãos em geral. A "transformação" teve, sem dúvida, o propósito de subtrair o debate amplo e o conhecimento geral e antecipado do texto.

tidos à análise da sociedade e em especial da comunidade científica especializada. Magistrados, membros do Ministério Público, advogados, delegados de polícia, professores em Direito Penal e ciências afins e operadores jurídicos de um modo geral não tiveram oportunidade e tempo para opinar sobre uma proposta de crimes e penas dirigida para milhões de brasileiros. Cada proposição oriunda de um dos grupos de trabalho, mas ainda não amadurecida, era amplamente divulgada pelo site do Senado Federal e pelos meios de comunicação. Em lugar da troca de ideias, da meditação e da reflexão silenciosa de temas do maior relevo humano, social e técnico-jurídico, optou-se pelos caminhos do açodamento e da busca desenfreada de suposta aprovação da opinião pública, sujeita aos meios de comunicação.

"O intolerável açodamento se traduziu também na urgência da tramitação imposta pelo autor do projeto que se vale de sua condição da presidente da Casa Legislativa. É o que se verifica pelos exíguos prazos para o estudo de matéria de extraordinária repercussão nacional. Na história legislativa brasileira, desde o tempo do Império, com os projetos *Vasconcellos* e *Clemente Pereira* (04 e 16.05.1827) encaminhados a uma Comissão da Câmara e depois para uma Comissão Mista das duas Casas Legislativas até a aprovação do projeto definitivo (22.10.1830) e a sanção do Código Criminal pelo Imperador D. Pedro I, em 16.12.1830, passando pelos regimes autoritários do Estado Novo e dos governos militares, nenhum projeto de reforma do Código Penal teve tramitação com a urgência-urgentíssima igual a do *Projeto Sarney*.

"Realmente, o Projeto Alcântara Machado (1938) foi submetido a uma 'demorada revisão' como acentua a Exposição de Motivos – assinada pelo Ministro Francisco Campos – e da qual participaram Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra. O texto revisto foi editado em 07.12.1940 e com vigência a partir de janeiro de 1942. O anteprojeto *Hungria* (1961), publicado em 1963 pelo Ministério da Justiça para receber sugestões, proporcionou amplos debates nas academias e associações profissionais, além das discussões por comissões de revisão até o advento do Dec.-lei 1.004, de 21.12.1969, alterado somente quatro anos após pela Lei 6.016, de 31.12.1973.[5] O CP 1969/1973 foi revogado pela Lei 6.578, de 11.11.1978. Em 06.09.1983, o Min. Ibrahim Abi-Ackel instituiu uma Comissão de Juristas para elaborar um Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal. O texto acabado foi entregue pelo coordenador, Professor Luiz Vicente Cernicchiaro em julho de 1984 e publicado para receber sugestões. As Leis 7.209 e 7.210, de 11.07.1984

5. É relevante mencionar que o Anteprojeto Hungria foi revisto por comissão integrada pelo autor, Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso.

(nova Parte Geral e Lei de Execução Penal) somente alcançaram esse estágio após análise de comissões revisoras e ampla discussão dos anteprojetos no I Congresso Nacional de Política Criminal e Penitenciária, realizado em Brasília (27/30 de setembro de 1981), que recebeu mais de 3.000 participantes. Somente em 29.06.1983 e agora sob a forma de projetos de lei os textos foram encaminhados ao Congresso Nacional por intermédio da chefia do Gabinete Civil em 29.06.1983 (Avisos n. 242 e 243 – Supar) e aprovados em sessão de 20.06.1984 (DCN, seção II, p. 2105-2120).

Outro movimento legiferante foi desencadeado em de 10 de dezembro de 1992, quando o Ministro da Justiça Maurício Corrêa, instituiu uma Comissão de Juristas sob a presidência do Ministro Evandro Lins e Silva para elaborar Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal. Na impossibilidade de conclusão dos trabalhos no prazo assinado de 180 dias, todo o material até então produzido (textos, documentos e informações) foram resumidos em um Esboço.

"Mais recentemente, os trabalhos iniciados sob a gestão do Ministro da Justiça José Carlos Dias e concluídos ao tempo do Ministro da Justiça José Gregori, produziram: (a) Anteprojeto modificativo do sistema de penas da Parte Geral (2000); (b) Projeto de Lei da Parte Geral 3.473, de 2000 (Parte Geral – alteração do sistema de penas); (c) Emenda substitutiva (2001) ao PL 3.473/2000. E não sofreram o vicioso processo de açodamento.

"Quanto ao mérito, o *Projeto Sarney* desnuda a ausência de um método científico para o simples traslado de centenas de normas penais das leis extravagantes para a Parte Especial do Código Penal resultando num aglomerado de disposições sistematicamente desordenadas, muitas vezes com a formulação dos tipos penais piorada. Entre seus muitos vícios está a falta de proporcionalidade entre crimes e penas.

"Nenhuma crítica acerca de leis abusivas e injustas foram consideradas na operação de transporte. Em relação à Parte Geral é preocupante o uso reiterado de conceitos e termos jurídicos com a maior impropriedade. Por outro lado, chega-se a transcrever textos de doutrina em normas da Parte Geral, como se verifica pelo parágrafo único do art. 14, que trata da relação de causalidade física. O uso de uma linguagem doutrinária pouco afeita à compreensão e segurança jurídicas aliada à falta de técnica legislativa compõem essa mistura deplorável de conceitos naturalístico e normativo. Este é um dos muitos exemplos de erros e imprecisões acerca da teoria do delito. Soluções adotadas no campo das penas e das medidas de segurança levam a graves consequências. Basta lembrar, entre outras, no *Projeto Sarney*, a supressão do livramento condicional historicamente consagrado em inúmeras legislações estrangeiras, como última etapa do sistema penitenciário progressivo e que desde o Código

Penal de 1890 se incorporou na teoria e na prática da execução penal. Trata-se de histórico instituto cuja concepção é atribuída ao juiz francês *Beneville*, com o nome de liberação preparatória (1846-1847) e uma extraordinária conquista de esperança do preso condenado, além de um eficiente instrumento de disciplina penitenciária.

"Na mesma linha de carência flagrante de sistematização, o Projeto ignora que as modificações no elenco das penas devem, obrigatoriamente, a se alterar também a Lei de Execução Penal, que estão absolutamente imbricadas."[6]

Com o talento e a humildade dos grandes espíritos, o imortal Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), um dos maiores jurisconsultos brasileiros, foi incumbido, pelo Dec. 11/1859, de elaborar um projeto de Código Civil, monumental obra a qual denominou de simples *Esboço*. E antes de apresentá-la ao Governo Imperial escreveu, em nota dirigida ao público (25.08.1860), para "expor-me à censura de todos, facilitar minha própria censura (...). De tudo careço, a crítica deve ser severa, ou em artigos de fôlhas diárias, ou em memórias, ou em correspondência epistolar; e pôsto que não me seja possível avaliar desde logo os esclarecimentos que espero, terei o cuidado de formar um preciso arquivo; e, concluída a empresa, responderei então às censuras que não me pareceram razoáveis".[7]

4. A REAÇÃO DA OAB

A Ordem dos Advogados do Brasil, pelo seu presidente, Ophir Cavalcante Jr., criou uma Comissão Especial de Estudo do Anteprojeto de Lei do novo Código Penal que é presidida pelo Conselheiro Guilherme Octavio Batochio e tem como demais membros: Délio Fortes Lins e Silva Junior (DF), Fernando Fragoso (RJ), Pedro Paulo Guerra de Medeiros (GO), Renato da Costa Figueira (RS), René Ariel Dotti (PR), Roberto Lauria (PA), Tales Oscar Castelo Branco (SP) e Welton Roberto (AL).[8]

Em sua primeira reunião, em 18 de setembro, a Comissão, por unanimidade, adotou as seguintes deliberações: (a) sugerir "ao Presidente Nacional da OAB, Dr. Ophir Cavalcante Jr., a expedição de ofício ao Presidente do Congresso Na-

6. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/site/manifesto/manifesto2012.php]. Acesso em: 04.10.2012.

7. *Código Civil – Esbôço*, por A. Teixeira de Freitas, edição Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, Rio de Janeiro, 1952, vol. 1, p. 3-4 (foi mantida a acentuação original).

8. Portaria 44/2012, de 24.08.2012.

cional no sentido de solicitar o imediato sobrestamento do andamento do PLS 236/2012, para que se possibilite ampla discussão, em âmbito nacional, sobre as propostas de alteração no Código Penal; (b) a Comissão, nas circunstâncias atuais, em face da exiguidade de prazo e das notórias deficiências do Projeto, se abstém de oferecer quaisquer emendas, supressivas ou modificativas, até que se abra oportunidade para discussão racional e ampla sobre o tema".

5. OUTRO MOVIMENTO DE RESISTÊNCIA

Outra expressiva manifestação crítica ocorreu durante a realização do *Seminário Crítico da Reforma Penal*, organizado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro e Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça entre os dias 11 e 13.09.2012, quando juristas de todo o Brasil dedicaram-se à análise crítica do *Projeto Sarney*. É oportuno transcrever, *ipsis literis*, o conteúdo do documento aprovado e assinado pelos participantes.

"Os trabalhos apresentados e discutidos no Seminário demonstraram, sem exceção, inúmeras deficiências teóricas no Projeto, em boa medida resultado da equivocada e acrítica incorporação de critérios jurisprudenciais de imputação em detrimento à dogmática penal mais avançada, tanto em termos técnicos quanto democráticos.

A notável pobreza teórica do Projeto, constatada por unanimidade, precisa ser destacada porque implica maior dificuldade na tentativa de controle democrático da competência punitiva do Estado. Assim é que, por suas falhas, o Projeto afasta o Direito Penal simultaneamente da Ciência e da Cidadania, isto é, não só se opõe ao saber jurídico, mas também ao soberano poder popular.

A proposta revela, contudo, problemas ainda mais graves. Longe de inaugurar um marco no Direito Penal brasileiro, o Projeto é profundamente anacrônico, como revela uma análise sistêmica. É evidente seu compromisso ideológico com a ultrapassada política de defesa social, própria do Estado de Polícia e, portanto, absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A aposta na pena privativa de liberdade para repressão e prevenção da criminalidade que propõe é, provavelmente, o reflexo mais claro desta natureza punitivista do Projeto que, para piorar, abre mão de alternativas desencarceradoras em favor da prisão, cujo fracasso para fins de ressocialização foi exaustiva e reiteradamente demonstrado pela teoria – a mesma teoria que a Comissão responsável pela elaboração do texto decidiu, convenientemente, ignorar.

Diante de um sistema de justiça criminal sobrecarregado, seletivo e desumano sobretudo no que se refere à execução penal, em toda sua miséria real – esta contraditória reafirmação da pena é radicalmente antidemocrática, porque agrava o já terrível drama carcerário. Mas se a grave violação dos direitos fundamentais decorrente da eventual aprovação do Projeto de Código não for argumento suficiente para rejeitá-lo, importaria notar ainda o substancial aumento do custo social, político e econômico do sistema de justiça criminal – notadamente, do sistema penitenciário – que determinaria.

Em síntese, o PLS 236/2012 é incompatível com a promoção do ideal republicano de uma sociedade mais livre, justa e solidária. E seja pela quantidade de defeitos que apresenta ou por seu pernóstico compromisso ideológico com a repressão, o fato é que o Projeto não pode – nem deve – ser reparado mediante supressão, modificação ou acréscimos.

Somente a radical negação da proposta, como um todo, é admissível. Esta é a conclusão dos juristas que abaixo subscrevem".[9]

6. O PROTESTO NAS ARCADAS

Mais um notável movimento de resistência lúcida e pacífica foi revelado amplamente no memorável evento do dia 24 de setembro, emoldurado pela bela arquitetura do salão nobre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e um grande público. 19 entidades jurídicas de grande prestígio promoveram o *Ato de Defesa do Direito Penal*, coordenado pelo Prof. Miguel Reale Jr., o decano da instituição. Presentes estavam o Instituto dos Advogados Brasileiros e o Instituto dos Advogados de São Paulo, na pessoa de seus dinâmicos presidentes, Fernando Fragoso, e Ivete Senise Ferreira, respectivamente, tendo esta falado também em nome dos congêneres estaduais. A *Nota ao Senado Federal* contém a expressão geral da crítica assinada por todas as associações. É oportuno reproduzi-la:

"Representantes das entidades abaixo indicadas, bem como as demais pessoas presentes ao Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP do Largo de S. Francisco, no Ato em Defesa do Direito Penal, manifestam sua intensa preocupação com o denominado Projeto Sarney, que visa a alterar significativamente a Parte Geral e a Especial do Código Penal, na qual se incluíram, com muitas imprecisões, tipos penais das leis extravagantes.

9. Disponível em: [www.peticoesonline.com/peticao/carta-aberta-ao-congresso-nacional-sobre-a-reforma-penal-pls-236/738]. Acesso em: 04.10.2012.

"O Projeto caracteriza um conjunto normativo destituído de técnica jurídica, sem sistema e com graves deficiências seja ao conceituar institutos da teoria do crime (por exemplo: tentativa, coautoria), seja ao criar tipos penais. De um lado, criminalizam-se condutas irrelevantes, cominando-se penas de modo desproporcional, e de outro, permitem-se condutas lesivas a elevados interesses, como a vida, no caso da eutanásia, autorizando-se a qualquer parente dar morte à vítima gravemente enferma, sem necessidade de diagnóstico médico do seu estado terminal.

"Além do mais, a supressão do livramento condicional criará, ao longo do tempo, considerável superpopulação carcerária.

"As impropriedades conceituais e as desarrazoadas incriminações, encontráveis na maioria dos Títulos do Projeto de Código Penal, indicam que a solução está em se paralisar a sua tramitação.

"É esse o apelo que as entidades que patrocinam este Ato em Defesa do Direito Penal fazem ao Senado Federal, para que não se imponha açodadamente uma legislação de imensa importância para a vida, a liberdade, e a segurança dos cidadãos e da sociedade brasileira. É esse o apelo, também, que todos os presentes a este Ato fazem aos senadores da República. São Paulo, 24.09.2012."[10]

7. A CONDUÇÃO DIFERENCIADA DOS ANTEPROJETOS

Porém, o aspecto mais preocupante é o da celeridade da tramitação do Projeto de Código Penal ao contrário do que ocorreu com o PLS 156/2009, do Código de Processo Penal. Enquanto este teve a sua discussão iniciada pela Comissão de Juristas em 09.07.2008 e o Substitutivo do Senado aprovado em 10.12.2010, o primeiro teve o início dos trabalhos em 18.10.2011, a remessa do anteprojeto a esta Casa em 18 de junho do corrente ano e sua conversão automática em projeto de lei no dia 10 de julho.

10. Assinaturas da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal; OAB-SP; OAB-PR; Ministério Público do Estado de São Paulo; Associação Paulista do Ministério Público; Associação dos Procuradores do Município de São Paulo; Associação dos Advogados de São Paulo; Movimento do Ministério Público Democrático; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; Instituto Manoel Pedro Pimentel; Instituto dos Advogados Brasileiros; Instituto dos Advogados de São Paulo; Instituto dos Advogados do Paraná; Instituto de Defesa do Direito de Defesa; Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP; Escola de Direito de São Paulo; Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da USP.

8. O ANTEPROJETO SEM COMISSÃO REVISORA

O Anteprojeto de Código Penal foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo relator da Comissão de Juristas sem que o texto fosse submetido a uma comissão revisora, contrariando a orientação adotada por todos os projetos anteriores de reforma global ou setorial oriundos do Poder Executivo.

O PLS 156/2009 foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com proposições anexadas. O mesmo, porém, não ocorreu com o PLS 236/2012, com manifesta violação ao art. 101 do Regimento Interno da Câmara Alta, *verbis*: "Art. 101. À Comissão de Constituição, e Justiça e Cidadania compete: I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário; II – ressalvadas as atribuições das demais comissões, emitir parecer, quanto ao mérito, sobre as matérias de competência da União, especialmente as seguintes: (...) *d)* direito civil, comercial, *penal*, processual, eleitoral, aeronáutico, espacial, marítimo e penitenciário; (...) V – opinar sobre assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente, de ofício, ou por deliberação do Plenário, ou por outra comissão".

9. A DISPENSA DA CCJC

É elementar que, sendo o Código Penal o reflexo de um dos sistemas de controle da criminalidade de um país, e o conjunto de normas de extraordinária importância humana e cultural para a vida em sociedade, não deve ser dispensada a intervenção da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC, que é ouvida rotineiramente em outros projetos de lei de menor relevo.

Sob outro aspecto, em se tratando de reforma de códigos, com a alteração, supressão ou introdução de Títulos e Capítulos, tornava-se imperiosa a designação de *relatores parciais* – "quantos necessários", conforme os títulos a serem modificados. É o que estabelece o inc. I do art. 374 do RISF: "Art. 374. Na sessão em que for lido o projeto de código, a Presidência designará uma comissão temporária para seu estudo, composta de onze membros, e fixará o calendário de sua tramitação, obedecidos os seguintes prazos e normas: I – a comissão se reunirá até o dia útil seguinte à sua constituição, para eleger o Presidente e o Vice-Presidente, sendo, em seguida, designados um relator geral e *tantos relatores parciais quantos necessários*".

Ao estabelecer que *serão* designados um relator geral "e" "tantos relatores parciais quantos necessários", torna-se evidente a participação de outros parlamentares, além do relator geral, conforme a distribuição da matéria.

10. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO MARKETING

Durante a proposição, discussão e redação de dispositivos, ainda em fase provisória de redação do anteprojeto, houve, é certo, audiências públicas para debates de temas de grande importância como os relativos aos crimes contra a vida. Mas, é imperioso ressaltar que a busca de tais participações comunitárias não se fez como ocorreu com o PLS 156/2009 (reforma do Código de Processo Penal), ou seja, audiências coordenadas pela Comissão de Constituição Justiça e Cidadania e com base no texto do projeto já acabado! Na referida amostragem, as audiências eram fragmentadas conforme a pauta estabelecida segundo os interesses de grupos de pressão e da mídia. Enquanto ainda se discutia no âmbito de uma subcomissão (por exemplo, da Parte Especial) determinada norma de incriminação ou descriminalização, o assunto era levado a público com largo destaque na imprensa.

11. VIOLAÇÃO DO REGULAMENTO DE TRABALHO

Um aspecto relevante precisa ser comentado: O *Regulamento da Comissão de Juristas destinada a elaborar Anteprojeto de Código Penal* assim determinava: "Art. 3.º Ao Presidente da Comissão, designado pelo Presidente do Senado Federal na sessão de 22 de setembro de 2011, compete: (...) V – organizar *seminários, palestras*, audiências públicas e *outros eventos* para a divulgação dos trabalhos, ouvidos os membros da Comissão".[11]

Mas, além das audiências acima referidas, de uma reunião com membros do *Instituto dos Advogados Brasileiros*[12] e um evento em Aracajú – de exígua repercussão – não foram realizadas as atividades que eram indispensáveis para a maturação de ideias, conceitos e dispositivos.

12. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS ILEGÍTIMAS

Relativamente à necessidade de se ouvir a CCJC, após a chegada do anteprojeto ao Senado e convertê-lo em projeto de lei, é importante referir a Constituição Federal: "Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 2.º

11. Os destaques são meus.

12. A reunião foi feita entre os membros da Subcomissão da Parte Geral e criminalistas do IAB em 02.03.2012 quando eram ainda incipientes as propostas.

Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: (...) II – realizar audiências públicas com *entidades da sociedade civil*; (...) V – solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão".

É elementar que a deficiência do "método" imposto pela presidência e pela relatoria-geral da Comissão violou o espírito do preceito constitucional, porque as audiências não foram promovidas pela CCJC ou por qualquer outra do Senado Federal, mas, sim, pelo grupo de especialistas que não se confunde com aquelas.

13. ILEGALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO

Por outro lado, existe um grave obstáculo para a continuidade dos trabalhos do *Projeto Sarney*, porque atualmente tramitam simultaneamente no Senado Federal dois projetos de código: (a) modernização do Código de Defesa do Consumidor (PLS 281/2012, 282/2012 e 283/2012) e reforma do Código Penal brasileiro (PLS 236/2012).

Incide, portanto, a regra do inc. XV do art. 374 do RISF que, expressamente declara: "não se fará tramitação simultânea de projetos de código".

14. A RELEVÂNCIA DA CCJC NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Para a melhor demonstração da diferença entre os projetos legislativos de Código de Processo Penal e Código Penal, oriundos da mesma Casa, é imperioso mencionar os procedimentos adotados para o PLS 156/2009 – a partir da chegada do mesmo à CCJC. Os trabalhos do grupo de juristas foram iniciados em 09.07.2008 e o texto do anteprojeto foi convertido no PLS 156/2009, em 22.04.2009. Na sessão do dia 17.12.2009, o aludido *disegno di legge* foi ao exame da CCJC. O Relator da matéria foi o Senador Renato Casagrande. O trabalho da aludida *Comissão Temporária* foi intenso como se comprova pelo respectivo Relatório: "17 reuniões para exame da matéria, inclusive 12 audiências públicas destinadas a ouvir várias instituições e entidades representativas, sendo que algumas delas foram realizadas fora de Brasília, mais precisamente nas cidades do Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Porto Alegre, Goiânia e Vitória. Além disso, recebeu farta documentação com propostas oriundas os diversos segmentos que compõem o sistema de justiça criminal, entre advogados, juízes, promotores, delegados, peritos e defensores públicos, além das contribuições provenientes de universidades e institutos de pesquisa. Os trabalhos da Comissão Temporária, cujo parecer tem mais de 400 páginas, foram coroados com a apresentação de um Substitutivo que promoveu diversos aperfeiçoamentos e ajustes no texto

original do PLS 156/2009, dando por rejeitadas as demais proposições em face da preferência regimental de que goza o projeto de Código".[13]

Há registro de outras valiosas contribuições: Instituto dos Advogados Brasileiros, Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Finalmente, em 10.12.2010 foi aprovado pelo plenário do Senado Federal o Substitutivo apresentado pelo relator.

15. AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS AO PLS 236/2012

Para demonstrar a ilegal e abusiva restrição imposta no processo legislativo do Projeto de Código Penal em comparação com o Projeto de Código de Processo Penal – sendo o primeiro diploma de muito maior relevo institucional e material que o outro – é imperiosa a comparação dos espaços de tempo de tramitação de ambos.

Quanto ao PLS 156/2009: a primeira reunião de trabalho da Comissão de Juristas ocorreu em 09.07.2008 e a aprovação do Substitutivo ocorreu em 10.12.2010. Total: 2 *anos*, 5 meses e 1 dia. Quanto ao PLS 236/2012: a primeira reunião de trabalho da comissão de especialistas ocorreu em 18.10.2011 e o prazo para apresentação do Parecer Final da Comissão do Senado foi fixado em 04.12.2012. Ou seja, *1* ano, 1 mês e 16 dias. Abstraindo os procedimentos posteriores, existe, já, uma diferença considerável.

16. PARA QUE SERVE UM CÓDIGO?

Acerca da discussão em torno da frustração de um anteprojeto da Parte Especial do Código Penal elaborado nos anos 90, o *Instituto Brasileiro de Direito Criminal* (IBCCRIM) divulgou em seu *Boletim* de 1998 o seguinte texto, ora parcialmente reproduzido, sob o título "Para que serve um Código?". E o mesmo editorial responde:

"Inicialmente para explicar que é essencialmente a arte de apaziguar a imaginação e inescapavelmente tornar as coisas mais simples do que elas são. Pensar cientificamente é submeter o processo de simplificação a uma certa disciplina: é descobrir como tornar as coisas radicalmente mais simples do que são, elucidando seu mecanismo interno de funcionamento e o sistema de relações básicas do qual resultam.

13. *Relatório* cit., p. 9-10.

Surgem daí cinco grandes finalidades de um novo Código Penal. A precípua é a *finalidade garantidora*: a sistematização racional da lei como exigência do próprio princípio da legalidade. Não é por outra razão que os primeiros códigos nascidos com a feição que conhecemos hoje surgiram no bojo do Iluminismo. Note-se que é a função garantidora que explica a existência da dicotomia parte geral/parte especial ter surgido primeiramente na esfera penal e posteriormente na área civil (Código Civil Napoleônico de 1810).

Uma segunda função, igualmente importante, é a de se *ordenar os bens jurídicos*. Isto é, a necessidade que se tem de se ponderar, em face do desvalor da conduta e do resultado, quais são os bens jurídicos mais importantes e quais merecem maior ou menor reprovação.

Ademais, tem um Código uma *função compiladora*. Sintetiza ele todas as leis vigentes em um único corpo, organizando-as e sistematizando-as.

Preenche, ainda, um *objetivo reorientador*, traduzindo-se em um melhor equacionamento dogmático em face das situações fáticas existentes e das modernas tendências imperantes em outros países, que tiveram reformas contemporaneamente.

Por fim, e não para terminar, cumpre uma *finalidade transformadora* que é a de permitir a reformulação como motivo de superação das referências penais tradicionais para a adequação a uma sociedade do presente com perspectivas de futuro".[14]

17. O QUE É *CIÊNCIA PENAL*

As gravíssimas erronias e as notórias deficiências teóricas do *Projeto Sarney* demonstram o desapreço para com a dignidade e a importância da ciência penal, que mereceu do pranteado Nelson Hungria um escrito que o tempo não apagou: Diz o príncipe dos penalistas brasileiros, em sua "Introdução à Ciência Penal": "Os preceitos jurídicos não são textos encruados, adamantinos, intratáveis, ensimesmados, destacados da vida como poças d'água que a inundação deixou nos terrenos ribeirinhos; mas, ao revés, princípios vivos que, ao serem estudados e aplicados, tem de ser perquiridos em sua gênese, compreendidos em sua *ratio*, condicionados à sua finalidade prática, interpretados em seu sentido social e humano. Ciência penal não é esse leite desnatado, esse bagaço remoído, esse esqueleto de aula de anatomia que nos impingem os ortodoxos da jurisprudência pura. Ciência penal não é a jurisprudência isolada em si

14. Os destaques em negrito e itálico são meus.

mesma, a desdobrar-se, introvertidamente, em cálculos jurídicos e *sublitates juris*, indiferente às aventuras do mundo exterior. Não é ciência penal a que somente cuida do sistema ósseo do direito repressivo ou se limita a tessituras aracnídeas de lógica abstrata, fazendo de um Código Penal, que é a mais alta e viva expressão da ética de um povo, uma teoria hermética, uma categoria de idéias hirtas, um seco regulamento burocrático, um a inexpressiva tabela de aduana. Ciência penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida. O crime não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um 'modelo de fábrica', mas um trecho fragrante da humanidade".[15]

18. UMA REJEIÇÃO INTOLERÁVEL

Last, but not the least há um outro fato de natureza parlamentar que revela a balbúrdia institucional praticada no Congresso Nacional com absoluto desprezo para uma efetiva, séria e responsável mudança penal.

Trata-se da desconsideração, pelo *Projeto Sarney*, da contribuição fecunda da Subcomissão Especial da Câmara dos Deputados, criada em 03.08.2011, especialmente para propor nova organização e uniformização da legislação brasileira quanto aos crimes e penas. Esse colegiado surgiu pela iniciativa do Deputado Alessandro Molon e foi dividido em cinco subgrupos, cada um responsável pela análise de um ou mais títulos da Parte Especial do Código Penal e das leis extravagantes. Eu estive presente quando, 04.11.2011, na sala de reuniões da *Ala Senador Nilo Coelho* do Senado Federal, encontraram-se os membros das duas grandes comissões e ouvi as exposições do Min. Gilson Dipp, presidente da Comissão do Senado, e do Deputado Molon afirmando o interesse de um trabalho conjugado, como seria óbvio. Mas, lamentavelmente, isso não ocorreu. No dia 30.08.2012 o Deputado Molon apresentou o relatório do aludido Grupo de Trabalho e vários anteprojetos, devidamente formatados, sobre as relevantes alterações legislativas e que estão tramitando com prazos para intervenção dos demais parlamentares da Casa.

É profundamente deplorável o açodamento do *Projeto Sarney* em detrimento dos oito meses de produção científica da comissão da Câmara dos Deputados, integrada por representantes de setores da Magistratura, do Ministério Pú-

15. HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda., 1945. p. 6-7 (os destaques em itálico são meus).

blico, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério da Justiça e entidades civis. O mencionado Grupo realizou seminários em São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Curitiba e Brasília "com a participação de personalidades expressivas que atuam no Direito Penal e franqueados à sociedade civil, especialmente aos acadêmicos de Direito. A intenção que norteou os trabalhos consistiu em promover o debate entre Parlamentares e especialistas em Direito Penal e Ciências Humanas para, afinal, propiciar a apresentação de nova organização e uniformização da legislação".[16]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A reforma do Código de Processo Penal, de Ada Pellegrini Grinover – *RBCCrim* 31/65;
- A reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Pontos de contato com o direito estrangeiro, de Ada Pellegrini Grinover – *RePro* 169/93; e
- Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Penal, Roberto das Chagas Monteiro – *RT* 800/441.

16. Relatório do Deputado Alessandro Molon, Câmara dos Deputados – Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, 30.08.2012, p. 2 (os destaques em itálico são meus).

PERSPECTIVA PARA NOVOS MODELOS DE "INVESTIGAÇÃO TECNOLÓGICA" E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DA INTERNET

4

O chamado "ciberterrorismo" como um primordial exemplo, em conjunto a problemas de definição e a luta contra terrorismo e os crimes cibernéticos

Perspective for new types of "technological investigation" and protection of fundamental rights in the Era of Internet The so-called "cyberterrorism" as a prime example, between problems of definition and the fight against terrorism and cybercrime

ROBERTO FLOR

Professor de Direito Penal da Tecnologia da Informação e Direito Penal Internacional e Professor Assistente (*ricercatore*) de Direito Penal na Universidade de Verona (Itália). Investigador científico em centros universitários nos E.U.A, Reino Unido e Alemanha.

Traduzido por

MARCELO ALMEIDA RUIVO

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CÁSSIO CHECHI DE ASSIS

Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A ameaça do "ciberterrorismo" e o uso da Internet voltado ao terrorismo são particularmente alarmantes, principalmente em função da forte dependência da ordem social, política e econômica na rede global. Duas suposições basilares devem ser consideradas: 1) o papel que a Internet e as novas tecnologias podem desempenhar na preparação ou cometimento de crimes; 2) o papel que a Internet e as novas tecnologias podem desempenhar no combate aos crimes. O objetivo do presente trabalho é identificar critérios elevados para proporcionar uma regulação específica para novos tipos de investigação, garantindo respeito aos direitos fundamentais, a partir de um primordial exemplo: a luta contra o "ciberterrorismo". Tais critérios serão extraídos de diversas decisões significativas das Cortes Constitucionais europeias, especialmente aquelas acerca de normas que regulem retenção de dados e pesquisa on-line.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo internacional - Ciberterrorismo - Crimes cibernéticos - "Investigações tecnológicas" e retenção de dados - Direito penal - Limites constitucionais - Proteção de direitos fundamentais.

ABSTRACT: The threat of "cyber-terrorism" and the use of Internet for terrorist purposes are particularly alarming, primarily because of the strong dependence of the current social, economic and political order on the global network. Two main assumptions should be considered: 1) the role that Internet and the new technologies can play in preparing or committing crimes; 2) the role of Internet and the new technologies can play in the fight against crimes. The objective of this paper is to identify some high standards to provide a specific regulation for new types of investigation, ensuring respect for fundamental rights, starting from a prime example: the fight against "cyberterrorism". These standards may be drawn from several important decisions of the Constitutional Courts in Europe, especially those decisions regarding regulations governing data retention and on-line search.

KEYWORDS: International terrorism - Cyberterrorism - Cybercrime - "Technological investigations" & data retention - Criminal law - Constitutional limits - Protection of fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Ciberterrorismo: mito ou realidade? - 3. Ciberterrorismo e crimes cibernéticos: ataques globais, respostas globais - 4. A experiência alemã: 4.1 A decisão do *Bundesverfassungsgericht* acerca do *Online Durchsuchung*; 4.2 A decisão do *Bundesverfassungsgericht* acerca da *retenção de dados* - 5. A experiência romena - 6. A recente experiência da República Tcheca e a decisão acerca da retenção de dados - 7. Conclusões: rumo a uma nova perspectiva europeia?

1. INTRODUÇÃO

Após[1] os ataques de 11.09.2011, em Nova Iorque e Washingon; de 11.03.2004, em Madrid; de 7 e 21.07.2005, em Londres; bem como o de

1. Paper escrito para II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales. 2. ed., Salamanca, 2011.

30.06.2007 em Glasgow, a ameaça terrorista assumiu um caráter peculiar que, nas ciências criminais, resultou no debate da persecução penal do "inimigo" (*diritto penale del nemico* – Enemy Criminal Law – *Feindstrafrecht*) e no combate contra o inimigo penal ("IHL" ou "o *jus in bello* penal").[2]

A segurança interna do Estado individual deve agora considerar a necessidade de um direito penal diverso do "tradicional" – relacionado ao "simples" delito. Tal é necessário para enfrentar – senão prevenir – o fenômeno criminal transnacional, que objetiva desafiar ou erradicar um sistema político, social ou econômico, baseado num grupo comum de valores geralmente compartilhados.

Considerando a distinção entre "terrorismo em tempos de paz" e "terrorismo em tempos de guerra" – que, mesmo dentro do direito internacional humanitário, resultou na diferenciação entre modelo tradicional e modelo novo, projetado para o combatente tratado como criminoso (inimigo)[3] – é evidente que a definição de terrorismo pode ser não só ampla, mas igualmente não reconhecida universalmente.[4]

---

2. Ver JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, *ZStW*, 1985, 751. Entre os mais recentes trabalhos desse autor ver JAKOBS, Terroristen als Personen im Recht?, *ZGS*, 2005, 839; JAKOBS, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS*, 3/2004, 88; JAKOBS, Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, *HRRS*, 8-9/2006, 290. Para crítica, ver, recentemente, VORMBAUM (Hrsg), *Kritik des Feindstrafrechts*, Berlin, 2009; MORGUET, *Feindstrafrecht, eine kritische Analyse*, Berlin, 2009. Ver também FERRAJOLI, "Il diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale, *Quest. giust.*, 2006, 797; DONINI, Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare, *Studi sulla questione criminale*, 2007, 55; DONINI, Il diritto penale di fronte al "nemico", *Cass. pen.*, 2006, 735; para o debate internacional ver AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007; BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, ius in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008. Ver também VIGANÒ, Lucha contra el terrorismo y protección de los derechos fundamentales. In: ARROYO ZAPATERO, *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, 77-85 (com mais referências); VIGANÒ, Terrorism and the Rule of Law: an Italian View. In: SERRANO-PIEDECASAS; CRESPO (ed.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel Madrid, 2010, 515-539.

3. Ver CASSESE, The multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law, *JICJ*, 2006, 950. Ver também AA.VV., *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007.

4. Sobre a definição de terrorismo ver GOLDER; WILLIAMS, What is terrorism?, *Un. New South. Wales Law Journ*, 27, 2004, 270, e o relatório Tomuschat (Codexter – Council of Europe Committee of Experts on Terrorism – Conselho de Europa Comitê de es-

O chamado "ciberterrorismo" se insere nesse contexto, e num mundo globalizado. Esse fenômeno ainda não resta bem definido, mas, por um lado, representa uma função que o desenvolvimento tecnológico tem exercido e atualmente exerce em planejar e/ou executar ataques terroristas. Por outro lado, a qualificação de "ciber" pode representar que os alvos dos ataques sejam os sistemas informáticos do Estado, os dados ou informações lá armazenados ou o sistema de comunicações baseado em estruturas lógicas e redes de computadores.

A Internet e outras novas tecnologias desempenham significativo papel na atual sociedade global da informação. São elas agora essenciais em cada setor da vivência humana e podem ser usadas para a preparação e consumação de graves delitos contra significativos bens jurídicos.

A ameaça do "ciberterrorismo" e o uso da Internet voltado ao terrorismo são particularmente alarmantes, principalmente em função da forte dependência da ordem social, política e econômica na informatização e na rede global.

Se tal ameaça é superestimada em certos casos, especialmente em termos de percepção pelo público, não pode ser subestimada, ou, pior, ignorada pelos legisladores.

Duas suposições basilares devem ser consideradas: 1) o papel que a Internet e as novas tecnologias podem desempenhar na preparação ou cometimento de

---

pecialistas sobre terrorismo). Sobre a convenção internacional ver: Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves, 16.12.1970; Convenção para a Repressão dos Actos Ilegais contra a Segurança da Aviação Civil, Montreal 23.09.1971; Convenção sobre a Prevenção e Repressão de Crimes contra Pessoas Gozando de Protecção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos, Nova Iorque 14.12.1973; Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, Nova Iorque, 17.12.1979; Convenção sobre a Protecção Física dos Materiais Nucleares, Viena 3.03.1980; Protocolo para a Repressão de Actos Ilícitos de Violência nos Aeroportos ao Serviço da Aviação Civil Internacional, Montreal, 24.02.1988; Convenção para a Supressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, Roma 10.03.1988; Protocolo para a Supressão de Actos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental, Roma 10.03.1988; Convenção para a Repressão dos Atentados Terroristas à Bomba, Nova Iorque 15.12.1997; Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, Nova Iorque 09.12.1999; Convenção Internacional para a Repressão dos Actos de Terrorismo Nuclear, Nova Iorque, 13.04.2005 (Alteração ao apêndice, 09.11.2008, entrou em vigor em 13.09.2009). Sobre a definição de terrorismo em consideração ao direito penal italiano, ver VIGANÒ, La nozione di 'terrorismo' ai sensi del diritto penale. In: SALERNO (ed.). *Sanzioni "individuali" del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Cedam (Padova), 2010, 193-220.

crimes, inclusive terrorismo e "ciberterrorismo"; 2) o papel que a Internet e as novas tecnologias podem desempenhar no combate ao crime, incluindo terrorismo e "ciberterrorismo", especialmente no que concerne às investigações possuírem certo "caráter tecnológico".

O objetivo do presente trabalho é identificar critérios elevados para guiar o desenvolvimento de uma regulação específica para novos tipos de investigação, garantindo respeito aos direitos fundamentais, a partir de um primordial exemplo: a luta contra o "ciberterrorismo". Esses critérios serão extraídos de certas decisões significativas das Cortes Constitucionais europeias, especialmente em se tratando de normas que regulem retenção de dados e pesquisa on-line, algumas das quais deram força à luta contra terrorismo internacional.

2. CIBERTERRORISMO: MITO OU REALIDADE?

Definir o termo "terrorismo" não é uma simples tarefa.[5] Contudo, definir o termo "ciberterrorismo" é ainda mais complicado, em função dos diferentes significados que a palavra invoca, variando de realidade a mito. A complexidade em encontrar uma definição consensual é considerada um dos obstáculos em criar um mecanismo internacional para combatê-lo.[6]

---

5. A amplamente aceita definição de terrorismo a nível internacional é encontrada no art. 2, Seção 1 (b), da Convenção Internacional das Nações Unidas para a Supressão do Financiamento do Terrorismo de 1999. Esta definição foi reafirmada em outros instrumentos internacionais (i.e., Res. 1.566 do Conselho de Segurança da ONU): "Qualquer outro ato destinado a causar a morte ou lesões corporais graves a um civil ou a qualquer outra pessoa não tomar parte ativa nas hostilidades numa situação de conflito armado, quando o propósito de tal ato, por sua natureza ou contexto, é intimidar uma população ou obrigar um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de praticar qualquer ato". Ver YOUNG, Defining terrorism: the evolution of terrorism as legal concept in international law and its influence on definitions in domestic legislation, 29 *B.C. Int'l &Comp. L. Rev.* 23, 2006, 53; STEPHENS, International Criminal law and the response to international terrorism, 27(2) *U. New South Wales L.J.* 454, 2004, 461-462-463.

6. Ver TAUB, Terrorism in the International Law, *International Law*, 2003, 476; KURTH CRONIN, Behind the curve: globalization and international terrorism, 27(3) *Int'l Sec.* 30, 2002, 32. Ver, também, com referência ao "Digital Pearl Harbor" (após essa experiência, o governo dos EUA começou uma campanha de melhoria – também em nível legislativo – da prontidão para o ciberterrorismo), MYTHRI RAGHAVAN, In fear of cyberterrorism: an analysis of the congressional response, *J.L. Tech. & Pol'y*, 2003, 297-312. Quanto a outras iniciativas nacionais (ou seja, o Centro Nacional de Assistência Técnica no Reino Unido) ver WALKER, Cyberterrorism: Legal principle

O ciberterrorismo deve ser mantido à parte da assim chamada "ciberguerra"[7] e deve ser visto num contexto do fenômeno mais amplo "terrorismo". Aparenta ser apropriado aceitar aqui um conceito lato deste,[8] incluindo o uso ou ameaça

---

and law in the United Kingdom, *110(3) Penn St. L. Rev.*, 2006, 625-665. Para mais referências, ver, também, A. COHEN, Cyberterrorism: are we legally ready?, *Journal of Int. Business & Law,* 2010; PRICHARD; MACDONALD, Cyber terrorism: a study of the extent of coverage in computer security textbooks, 3 *J. Info. Tech. Edu.*, 2004, 279, 281; BRENNER; GOODMAN, In defense of cyberterrorism: an argument for anticipating cyber-attacks, *J.L. Tech.& Pol'y* , 2002, 12; BRENNER, Cybercrime, cyberterrorism and cyberwarfare, *Rev. int. droit pénal.*, 3, 77, 2006, 453-471.

7. Ver Clarke; Knake, *Cyber war*: the next threat to national security and what to do about it, HarperCollins Pub., 2010; LIBICKI, *Cyberdeterrence and cyberwar*, Rand Corp., 2009; MEHAN, *Cyberwar, cyberterror, cybercrime,* IT Governance Pub., 2008. BALDI; GELBSTEIN; KURBALIJA, *Hacktivism, cyber-terrorism and cyberwar: the activities of the uncivil society in cyberspace*, DiploFoundation, 2003.

8. Ver já, SCHMID; JONGMAN et al, *Political terrorism: A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories, and literature*, New Brunswick, NJ, Transaction Books, 1988, 5. Em nível europeu, ver a Decisão-Quadro de 13.06.2002 sobre o combate ao terrorismo, em particular no art. 1, que determina: todo Estado-membro deve tomar as medidas necessárias para assegurar que os atos intencionais previstos nas alíneas (a) à (i), definidos como crimes sob a lei nacional, o que, dada a sua natureza ou contexto, pode danificar seriamente um país ou uma organização internacional, quando cometido com o intuito de: – intimidar gravemente a população, ou – obrigar indevidamente um governo ou organização internacional a praticar ou se abster-se de praticar qualquer ato ou – desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país ou de uma organização internacional, deve ser considerado como infrações terroristas: (a) ataques contra a vida de uma pessoa que pode causar a morte, (b) os ataques à integridade física de uma pessoa, (c) sequestro ou tomada de reféns; (d) causação de extensa destruição de instalação do governo ou pública, sistema de transporte, infraestrutura, incluindo sistema de informação, plataformas fixas situadas na plataforma continental, locais públicos ou em propriedades privadas suscetíveis de pôr em perigo a vida humana ou resultar em grande perda econômica; (e) a apreensão de aeronaves, navios e outros meios de transporte público ou de mercadorias; (f) a fabricação, posse, aquisição, transporte, fornecimento ou uso de armas, explosivos ou de armas nucleares, biológicas ou químicas, bem como a investigação e desenvolvimento de armas biológicas e químicas; (g) a liberação de substâncias perigosas, ou a provocação de incêndios, inundações ou explosões cujo efeito é o de colocar em risco a vida humana, (h) interferência ou interrupção o fornecimento de água, energia ou qualquer outro recurso natural fundamental cujo efeito põe em perigo a vida humana; (i) a ameaça de cometer qualquer dos atos referidos do (a) ao (h). O art. 2 estabelece: entende-se por "grupo terrorista": um grupo estruturado de mais de duas pessoas, que ao longo de um período de tempo e atuando em conjunto para cometer de infrações terroristas; por "grupo estruturado", um grupo que não é

de uso ilegal de força ou violência, caracterizado por finalidades políticas, ideológicas ou religiosas, contra indivíduos ou bens para intimidar ou coagir certo governo ou população civil. Essa intimidação ou coerção inclui um plano "psicológico", que pode se constituir no aumento do medo ou na percepção deste.

Tal definição tem sua origem nos fenômenos que, pelas suas naturezas ou contextos, podem causar sérios danos a certo país ou organização interna-

---

aleatoriamente formado para a prática imediata de uma infracção e que não precisa ter formalmente papéis definidos para os seus membros, continuidade na sua composição ou uma estrutura desenvolvida. Ver também Decisão-Quadro 2008/919/JHA de 28.11.2008 que altera Decisão-Quadro 2002/475/JHA relativa ao combate ao terrorismo, que diz que a ameaça "terrorista cresceu e evoluiu rapidamente nos últimos anos, com mudanças no *modus operandi* de ativistas e apoiantes do terrorismo, incluindo a substituição de grupos estruturados e hierarquizados por células semiautônomas frouxamente amarradas umas as outras. Essas células interligam-se a redes internacionais e dependem, cada vez mais, do uso de novas tecnologias, em particular a Internet. A internet é utilizada para inspirar e mobilizar redes terroristas locais e indivíduos na Europa e também serve como uma fonte de informação sobre os meios e métodos terroristas, funcionando, portanto, como um 'campo de treino virtual'. As atividades de incitamento público à prática de infrações terroristas, recrutamento para o terrorismo e treinamento para o terrorismo têm-se multiplicado a um custo muito baixo e risco" (enquanto 3 e 4). O "novo" art. 3 da decisão determina: as infrações relacionadas com atividades terroristas: (a) "incitamento público à prática de infrações terroristas", a distribuição, ou qualquer outra forma de disponibilização, de uma mensagem para o público, com a intenção de incitar a prática de um dos crimes referidos no art. 1 (1) (a) a (h), no qual tal conduta ou não diretamente defendendo a prática de infrações terroristas, cause o perigo que uma ou mais dessas infrações possa ser cometida; (b) "recrutamento para terrorismo", a solicitação a outra pessoa para cometer um dos crimes referidos no art. 1 (1) (a) a (h) ou no art. 2(2); (c) por "treino para terrorismo" se entende o fornecimento de instrução para a confeção ou utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas ou sobre outros métodos e técnicas específicos, com o propósito de cometer um dos crimes enumerados no art. 1 (1) (a) a (h), sabendo que os conhecimentos ministrados destinam-se a serem usados para essa finalidade. 2. Cada estado-membro deve tomar as medidas necessárias para garantir que as infrações relacionadas com atividades terroristas incluem os seguintes atos intencionais: (a) o incitamento público à prática de infrações terroristas, (b) o recrutamento para terrorismo; (c) treino para terrorismo, (d) furto qualificado com vista à prática das infrações previstas no art. 1 (1), (e) chantagem com vista para a prática de uma das infrações previstas no art. 1 (1); (f) a elaboração de documentos administrativos falsos com vista à prática de um dos crimes referidos no art. 1 (1) (a) a (h) e no art. 2 (2) (b). Na Itália, por exemplo, a Lei 155/2005, introduzido no Código Penal três novos crimes: art. 270-quater (Recrutamento para fins terroristas), art. 270-quinquies (treino para terrorismo) e arte. 270-sexies (crimes com fins de terrorismo).

cional, e são planejados com escopo de intimidar uma população; forçar um governo ou uma organização internacional a executar – ou deixar de executar – determinada ato; ou desestabilizar ou destruir as estruturas políticas, constitucionais, econômicas e sociais de determinado país ou organização internacional. O "ciberterrorismo" pode englobar pelo menos três fenômenos:[9]

9. Essa definição é, em parte, semelhante a descrita por SIEBER; BRUNST, *Cyberterrorism: the use of the Internet for terrorist purposes*, Council of Europe Publishing, 2007, 14. Os Autores especificam definições de classes de ciberterrorismo desde o uso comum da internet por terroristas até casos criminais reais envolvendo tanto as perdas virtuais quanto físicas. Ver também SIEBER. In: SPINELLIS (ed.), *Computer crimes, cyber-terrorism, child pornography and financial crimes. Reports presented to the Preparatory Colloquium for the Round Table II of the 17th International Congress of Penal Law* (Beijing, 2004), Athens 2004, 11-50. O argumento central de Sieber é que a emergente sociedade da informação e sua vulnerabilidade apresenta novos riscos, como uma questão de fato, e novos desafios para o sistema de justiça criminal, como uma questão de direito. Outros autores tomaram o chamado "ciberterrorismo" como um exemplo primordial. Em 2007, Vogel apresentou um artigo para a Conferência Mundial de Direito Penal. Direito Penal no século XXI (Guadalajara, México, 18 a 23.11.2007). O título é *Towards a Global Convention against Cybercrime* (também em: [www.penal.org]), no qual o autor relatou que ciberterrorismo pode ser um "ataque em grande escala contra um sistema de informação" (por exemplo, se os terroristas atacassem sistemas de informação essenciais para os mercados de capitais internacionais de modo que esses mercados viessem a quebrar), um crime de informática (por exemplo, se terrorista assumissem o controle de mais de um sistema de gestão da informação de uma instalação nuclear e disparassem um colapso nuclear) ou crime relacionado ao conteúdo (por exemplo, se o terrorista difundisse propaganda ou projetos para bombas por meio da Internet), mas dificilmente poderia ser descrito como uma categoria separada ou crime". Brenner escreveu que "ciberterrorismo essencialmente consiste na utilização de tecnologia computacional para se engajar no terrorismo. Desde que 'crime' e 'terrorismo' são semelhantes em certos aspectos e desde que ambos têm como alvo habilidade das sociedades para manter a ordem interna, temos de começar por diferenciar os dois. Basicamente, o crime é 'pessoal', enquanto o terrorismo é 'político'. Crimes são cometidos por motivos pessoais, individuais, o mais importante dos quais é o ganho pessoal e o desejo (necessidade) de prejudicar os outros psicologicamente e/ou fisicamente. Terrorismo, muitas vezes, resulta na imposição de 'danos' indistintos daqueles causados pelo crime (por exemplo, a morte, danos pessoais, destruição de propriedade), mas os 'danos' são infligidos por razões muito diferentes. Um estatuto dos EUA, por exemplo, define o 'terrorismo' como (a) a cometer atos que constituem 'crimes' sob a lei de qualquer país (b) para intimidar ou coagir uma população civil, para influenciar a política do governo por intimidação ou coerção ou afetar a conduta do governo pela destruição em massa de assassinato ou sequestro". O autor especificou: "Para entender o que ciberterrorismo pode – e vai – ser, temos de examinar como os terroristas podem usar a tecnologia de computador para intimidar ou coagir uma

1) ataques executados através de uma rede de computadores e que podem causar danos irreparáveis a sistemas informáticos "confidenciais", a dados "confidenciais" – ou "secretos" – lá armazenados ou processados, a sistemas de comunicação, ou à infraestrutura do Estado – ou de entes públicos – essencial para a própria vida humana;[10]

2) a disseminação de conteúdo ilegal na rede, com objetivo não só de fornecer informação na preparação de um ataque terrorista, mas também de incitar, anunciar, disseminar ideias ou opiniões, recrutar militantes e coletar fundos para guerras ideológicas ou disseminar material de cunho racista ou xenofóbico;[11]

3) o uso da Internet, ou de redes, como meios de comunicação entre terroristas, os quais podem usufruir do anonimato ao utilizar sistemas para terceirizar o fluxo de dados, e ao separar o momento das comunicações, também possível por intermédio de procedimentos automatizados – e programáveis *ex ante*.

---

população civil e, assim, minar a capacidade de uma sociedade para sustentar a ordem interna. Conceitualmente, a sua utilização para esse fim se divide em três categorias: (a) arma de destruição em massa, (b) arma de distração em massa, e (c) arma de transtorno em massa". Ver BRENNER, *Cibercrime* cit., 457-458.

Para uma ampla definição de terrorismo ver HOFFMAN, Defining terrorism. In: HOWARD; SAWYER (eds.), *Terrorism and counterterrorism: understanding the new security environment*, Guilford, CT, McGraw-Hill/Dushkin, 2003, 22; BYMAN, "*Scoring the war on terrorism*," *the national interest*, Summer 2003, 79 e ss. Ver também o relatório do Reino Unido sobre *The definition of terrorism*, apresentado ao Parlamento pelo secretário de Estado para o Departamento de assuntos domésticos, sob o comando de Sua Majestade, 2007.

10. Serviços públicos, desde hospitais em rede até serviços de água e elétrica, são agora altamente dependentes de redes e sistemas informáticos. Excelente exemplo dessa dependência foi o ataque cibernético contra a Estônia em 2007. Ver o Relatório do CRS (Congressional Research Service — Serviço de Pesquisa Parlamentar) para o Congresso intitulado *Botnets, cybercrime, and cyberterrorism: vulnerabilities and policy issues for congress*, U.S. Department of State, 2008.

11. A diferença básica do ativismo "pacífico" é que esse tem como objetivo a visibilidade e publicidade destinadas ao "constrangimento" o alvo. O ciberterrorismo, ao contrário, tem como finalidade a propaganda, recrutamento, pesquisa de fundos ou de financiamento e utilização de novas tecnologias como meio de difusão/comunicação. Ver BALDI; GELBSTEIN; KURBALIJA, *Hacktivism* cit., 18. cfr. REITAN, *Global activism*, New York, 2007, MEIKLE, *Media activism and the Internet*, London, 2002. Ver também B. R. DAVIS, *Ending the cyber jihad: combating terrorist exploitation of the Internet with the rule of law and improved tools for cyber governance*, 15 *Commlaw Conspectus*, 2006, 119-186; in general WEIMANN, *Terror on the Internet: the new arena, the new challenges*, Washington DC, 2006. Sobre o racismo na internet ver AKDENIZ, *Racism on the Internet*, Council of Europe, 2009.

É outrossim possível propor uma classificação adicional baseada no "papel" desempenhado pela tecnologia e pela Internet, distinguindo entre casos nos quais:

1) ferramentas de computador, incluindo infraestrutura e rede, são os únicos meios para perpetrar um ataque terrorista, na sua fase preparatória e/ou consumativa (por exemplo, a busca *online* de informações de como construir um aparato explosivo ou do alvo físico a ser atingido);

2) ferramentas de computador, incluindo infraestruturas e redes, são essenciais para a preparação ou execução de um ataque terrorista (por exemplo, para a distribuição de programas maliciosos) ou constituem o objeto ou finalidade de tal atividade. Nestes casos, os alvos podem ser vários, tais quais: transpassar medidas de seguranças para acessar sistemas computacionais; sabotar a integridade, confidencialidade ou segredo de sistemas computacionais e dados; tornar os sistemas inutilizáveis ou inoperantes, incluindo websites; alterar ou falsificar dados e informações lá armazenados; interferir com infraestrutura "confidencial", comumente relacionada com outras infraestruturas para o suprimento de energia, água, serviços de transporte, defesa nacional, saúde ou política públicas.[12]

Em termos de direito penal material, "ciberterrorismo", considerado como um fenômeno englobado pelo "terrorismo" mais amplo, é caracterizado por um número de componentes estruturais comuns tanto ao crime cibernético quanto ao terrorismo.

Os métodos de realização do ataque, entretanto, podem ser diversos e utilizar dos meios tecnológicos mais sofisticados ou as mais "simples" ou "tradicionais" estratégias e modos de execução" (i.e., a destruição física de um prédio que abriga os servidores que armazenam bancos de dados contendo informações "confidenciais", "estratégicas" ou "de utilidade pública").[13]

---

12. Alguns autores distinguem entre diferentes tipos de redes que podem ser sujeitas a ataques ciberterroristas: redes militares e de defesa civil; outras redes governamentais; redes privadas ou públicas usadas para controlar os serviços públicos e outros sistemas de prestação de serviços de infra-estrutura, redes públicas utilizadas por consumidores individuais e empresas de comunicação e educação. Ver, por exemplo, TRACHTMAN, *Global cyberterrorism, jurisdiction, and international organization*, 2004 (WP).

13. Estas considerações são confirmadas pelos modelos existentes de proteção contra o terrorismo, que se baseiam principalmente em: 1) a qualidade da vítima – considerada sob o ponto de vista criminológico – que é independente e externa aos objectivos visados pelo ataque terrorista; 2) a finalidade subjetiva ou a atitude psicológica do agente ou agentes, quem, muitas vezes, persegue ou prosseguem propósitos ideoló-

3. CIBERTERRORISMO E CRIMES CIBERNÉTICOS: ATAQUES GLOBAIS, RESPOSTAS GLOBAIS

No ciberespaço, o paralelo com os componentes do fenômeno do "terrorismo" pode ser válido, e, de acordo com a função atribuída à tecnologia e à rede, pode haver uma conexão próxima com o crime cibernético.[14]

No nível de fontes legislativas supranacionais e suas aplicações na Europa, a Convenção sobre o Crime Cibernético do Conselho da Europa é o instrumento internacional mais importante no combate ao crime cibernético. Aberta à assinatura em Budapeste em novembro de 2011, tem sido ratificada até a presente data por trinta Estados, enquanto outros países usam suas disposições como diretrizes para introduzir aos seus ordenamentos jurídicos instrumentos apropriados no combate ao crime cibernético.[15]

Tal tratado deu sequência à Res. 1, adotada pelos Ministros da Justiça do Conselho da Europa durante a XXI Conferência (em Praga, 10 e 11.06.1997),

---

gico, político ou religioso; 3) a qualidade da vítima e a atitude psicológica do agente ou agentes (tipo de modelo híbrido ou misto).

14. Em outras palavras, podemos colocar sistematicamente atos criminosos entre cibercrime "no seu sentido próprio", quando os meios típicos da comissão pertencem à tecnologia informática ou telemática ou o objeto passivo tem um "caráter tecnológico-computacional" ou, ainda, podemos os colocar entre os crimes cibernéticos "no seu sentido impróprio", quando eles são crimes comuns, que só pode ser eventualmente cometidos por meio do uso da tecnologia. Ver PICOTTI, La nozione di "criminalità informatica" e la sua rilevanza per le competenze penali europee, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4, 2011, 827 e ss.; PICOTTI, Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati. In _____ (cur.), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova, 2004, 21, PICOTTI, Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione Internazionale. *Dir. Internet*, 2005, 189; PICOTTI, La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale, *Dir. pen. proc.*, 2008, 700. Ver também FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, Padova, 2010, 195; FLOR; J. OH JANG, Cyber-criminality: finding a balance between freedom and security. An introduction, *Cyber-criminality: finding a balance between freedom and security*, S. MANACORDA (ed.), R. FLOR; J. OH JANG (coords.), Milano, ISPAC, 2012; BRENNER, Defining cybercrime: a review of federal and State Law. In: CLIFFORD (ed.), *Cybercrime*, III Ed., Carolina Academic Press, 2011, 15-104, 17.

15. Ver "Octopus Interface 2008 – *Cooperation against Cybercrime*", "Octopus Interface 2009 – *Cooperation against Cybercrime*" e "Octopus Interface 2010 – *Cooperation against Cybercrime*", in: [www.coe.int]. Ver GERCKE, National, regional and international legal approaches in the fight against cybercrime, *CRi*, 1, 2008, 7.

que expressava a vontade do Comitê de Ministros em apoiar o trabalho feito *in subjecta materia* pelo Comitê Europeu para os Problemas Criminais (CDPC), a fim de aproximar leis nacionais de diferentes países e permitir o uso de sistemas práticos na investigação de crimes telemáticos. A convenção também deu sequência à Res. 3, adotada na XXIII Conferência dos Ministros Europeus da Justiça (em Londres, 08 e 09.06.2000), a qual encorajou as partes a continuar seus esforços na busca de soluções apropriadas para permitir a participação do maior número possível de países na convenção.

Em termos de direito penal material, o tratado dispõe que cada parte tome as medidas necessárias para criminalizar certas condutas, como o acesso ilícito a sistema de informática ou telecomunicação (art. 2.º), interceptação ilícita (art. 3.º), ataque à integridade de dados (art. 4.º), o ataque à integridade de sistemas informáticos (art. 5.º), a utilização indevida de dispositivos (art. 6.º), a falsificação de dados (art. 7.º), a fraude informática (art. 8.º), infrações relativas à pornografia infantil (art. 9.º), bem como infrações relativas a direito do autor e direitos conexos. Ademais, o art. 12 também dispõe que tais infrações estão sujeitas à responsabilização penal da pessoa jurídica.

Em termos de direito processual, há, outrossim, provisões específicas no que tange à retenção de tráfico de dados e comunicação (arts. 16 e 17), medidas para a busca e apreensão de dados informáticos – inclusive acesso a sistemas informáticos que armazenam dados e informações – (art. 19), a coleta em tempo real de dados (art. 20) e a interceptação do conteúdo dos dados (art. 21).

Finalmente, após a Convenção sobre o Crime Cibernético, foi outrossim aberto à assinatura o Protocolo adicional relativo à Criminalização de atos de natureza racista e xenofóbica praticados através de sistemas informáticos.

De jure condito, assim, em adição às convenções de combate ao terrorismo,[16] há outro grupo de normas que podem ser aplicadas em ordenamentos nacionais e podem ser aplicáveis ao fenômeno do chamado ciberterrorismo, nos três sentidos supracitados.[17]

---

16. Acima, nota 3.

17. Com referências sobre a luta contra o ciberterrorismo ver BRUNST, Terrorism and the Internet. In: WADE; MALJEVIC (eds.), *A war on terror? The European stance on a new threat, changing laws and human rights implications*, New York, 2009, 51; BRUNST, Legal aspects of cyber terrorism, in centre of excellence – Defence against terrorism (ed.), *Legal aspects of combating terrorism*, Amsterdam, NATO, *Science for peace and security series*, 2008, 63; NATO, Use of the Internet by terrorists – A threat analysis. In: CENTRE OF EXCELLENCE – DEFENCE AGAINST TERRORISM (ed.), *Responses to cyber terrorism*, Amsterdam, IOS Press, NATO, Science for peace and security series, 2008, 34.

No nível procedimental ou puramente investigativo, em casos de ataques executados via uma rede informática ou por seu intermédio, de distribuição de conteúdo ilícito, ou de uso de rede informática como meio de comunicação entre terroristas, seria irrealista confiar unicamente nos meios tradicionais de investigação. Pelo contrário: o uso de novas tecnologias é essencial na busca e colheita de provas, na identificação da fonte do ataque ou do receptor das comunicações, ou a fim de prevenir a consumação de graves infrações contra importantes bens jurídicos coletivos.

Devemos acrescentar à necessidade de um amplo e articulado debate na adoção de novas ferramentas "tecnológicas" possuidoras, também, de funções preventivas a demanda pelo reconhecimento de funções públicas a corpos privados (como os provedores de serviço de Internet – ISP, em inglês), que desempenham um papel crucial na sociedade atual.

A experiência de certos países europeus – particularmente a Alemanha, Romênia e República Tcheca – indica um momento peculiar na história, no qual, mesmo no combate ao terrorismo (e ciberterrorismo), o uso de investigações "baseadas em computadores" e o acesso a dados informáticos e informações, devem se ajustar com a necessidade de avaliação e colheita de provas e o respeito aos direitos fundamentais. Contudo, não se deve confundir "limites constitucionais" da lei com possíveis limites ontológicos das medidas "tecnológicas" ou da retenção de dados. Em outras palavras, esses precedentes declararam inconstitucionais *as leis estabelecendo tais medidas*.

4. A EXPERIÊNCIA ALEMÃ

Nesse contexto, os julgados do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht)* de 27.02.2009, acerca da investigação on-line (*Online Durchsuchung)* e de 02.03.2010, acerca da *retenção de dados*, são, indubitavelmente, dois precedentes momentosos.[18]

Na sua primeira decisão, a Corte Constitucional Alemã declarou inconstitucional o § 5 co. 2, n. 11, da Lei de Proteção da Constituição da Renânia

18. BVerfG 370/07 –595/07, 27.02.2008, *CR*, 2008, 306 and 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 *BvR* 586/08, in [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html]. Ver FLOR, Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung. *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3 , 2009 , 695; FLOR, Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuchung e la sua portata alla luce della sentenza del 2 marzo 2010 sul data retention, *Ciberspazio e diritto*, 11, 2 , 2010 , 359, com mais referências.

do Norte-Vestfália (*Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen – VSG* – como emendada em 20.12.2006), no que tange à colheita e processamento de dados pessoais de usuários, particularmente de sistemas informáticos e da Internet.

Com a segunda decisão, todavia, o *Bundesverfassungsgericht* declarou inconstitucionais os §§ 113a e 113b da *Telekommunikationsgesetz* (TKG, como alterada pelo art. 6, n. 6, da reforma da lei do setor de telecomunicações, promulgando a Diretiva 2006/24/EC, alterando a Diretiva 2002/58/EC) e § 100g, co. 1, primeira parte, StPO, em função de sua inconsistência com o art. 10, co. 1, do *Grundgesetz* (GG). Tal caso dizia respeito às normas igualmente adotadas para enfrentar as ameaças de terrorismo internacional (BGBl I S. 3083, 25.12.2008), que dispunha da retenção de dados por um período de seis meses, independentemente de condições fáticas relacionadas à preparação ou cometimento de tais crimes.

4.1 A decisão do Bundesverfassungsgericht *acerca do* Online *Durchsuchung*

§ 5 co. 2, n. 11VSG, que constituía o embasamento legal para definir o *Online Durchsuchung*,[19] autorizava uma "agência de inteligência para proteger a Constituição" (*Verfassungsschutzbehörde*), a executar dois tipos de ações investigativas: primeiro, monitoramento e reconhecimento secreto da Internet ("alternativa 1"); e, segundo, o acesso secreto à sistemas de tecnologia da informação usando infiltrações técnicas e/ou acesso ("alternativa 2").

A Corte Constitucional Alemã sustentou que as normas regulando o uso de sistemas de "vigilância" ou "monitoramento" de atividades de usuários devem respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos delineados no art. 1.º, § 1.º, da Constituição alemã (*Grundgesetz*-GG) (a dignidade humana é inviolável; é dever das autoridades estatais respeitá-la e protegê-la); no art. 2, co. 1, GG (qualquer um tem o direito do livre desenvolvimento de sua personalidade, enquanto não viole o direito de outros, a ordem constitucional e a lei moral); e, enquanto manifestações do direito comum de personalidade (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*), no art. 10 da GG (*Das Briefgeheimnis sowie das Post – und Fernmeldegeheimnis unverletzlich*), e no art. 13 (*Die Wohnung ist unverletzlich*).

Nesse caso, a corte sustentou que dois direitos fundamentais são relevantes: 1) o "direito à autodeterminação informativa" – que vai além da proteção da

19. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung* cit.; FLOR, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht* cit.

privacidade e não é limitado a dados confidenciais por natureza. Isso fornece ao indivíduo, em princípio, o poder de determinar por si a disseminação e uso de dados pessoais, mesmo que caracterizados por um conteúdo mínimo, assim estendendo a proteção à liberdade de privacidade em termos de direitos fundamentais;[20] 2) o *direito fundamental de garantir o sigilo e integridade aos sistemas informáticos*, como sistemas informáticos sob investigação podem conter dados pessoais que, pela sua quantidade e caráter, podem facilitar o conhecimento de partes significativas de informações privadas, econômicas, e/ou profissionais de um indivíduo.[21]

Contudo, a Corte Constitucional reconheceu que tais direitos são limitados. As restrições justificam-se tanto pelo propósito de prevenção quando pelo de persecução de tais infrações penais, desde que haja embasamento constitucional.

Em suma, a Corte declarou inconstitucional a lei da *Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen*, por causa do conflito com os princípios da clareza (precisão) e determinação (cujas bases estão previstas nos arts. 20 e 28, co. 1, da GG) e no princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade requer que a compressão de direitos fundamentais deve almejar uma finalidade legítima e ser adequada, necessária e apropriada enquanto meio para atingi-la. A Corte admitiu (fazendo explícita referência ao combate ao terrorismo) que a proteção (enquanto o Estado tenha o poder para garantir a paz e a ordem constitucional) e a segurança pública contra ameaças à vida, proteção física e liberdade são valores possuidores de *status* constitucional, os quais devem ser sopesados e avaliados quando são confrontados por valores igualmente altos e interesses contrários.

Resta claro que a compreensão de direitos fundamentais no contexto de um *alvo de prevenção* atende o requisito da adequação somente quando certos fatos, em certo caso, ameaça um interesse jurídico prevalecente, embora não possa ser apurado no momento – e, assim, não pode ser determinado com certeza – que o risco tornar-se-á real no futuro próximo.

Acesso secreto é, portanto, constitucionalmente permitido somente quando é essencial para a tutela destes interesses jurídicos *importantes e prevalecentes*, como a vida, a integridade física e a liberdade individual, ou dos interesses de

20. Sobre direito à própria determinação *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, ver também *BVerfGE 65, 1 <43>; 84, 192 <194>*.

21. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung* cit., FLOR, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht* cit.

determinada comunidade (*Güter der Allgemeinheit*), quando a ameaça a estes atinge as fundações do Estado, sua manutenção, ou as bases da existência humana, inclusive a operação de serviços essenciais. Por óbvio, as investigações devem ser conduzidas de acordo com precauções procedimentais apropriadas estabelecidas por ordem judicial exarada após determinado controle preventivo, com a função de "compensação de representação" (*kompensatorischen Repräsentation*) dos interesses dos indivíduos envolvidos no procedimento.

4.2 A decisão do Bundesverfassungsgericht *acerca da retenção de dados*

A recente decisão da Corte Constitucional Alemã[22] acerca da retenção de dados considerou a questão da constitucionalidade dos §§ 113a e 113b do *Telekommunikationsgesetzes* (*TKG*) e do § 100g, co. 1, primeira parte, do StPO.

A Corte sustentou que os §§ 113a e 113b da *TKG*, conforme alteração do art. 2.°, n. 6, da lei de reforma do setor de telecomunicações (*Gesetzes zur Neuregelung Telekommunikationsüberwachung und der anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*) e a implementação da Diretiva 2006/24/EC, de 21.12.2007 (*Bundesgesetzblatt Teil I Seite 3198*), são inconstitucionais por inconformidade com o art. 10, § 1.°, da GG.

Ademais, o § 100g, co. 1, primeira parte, conforme alterado pelo art. 1.°, n. 11, da lei de reforma do setor de telecomunicações e das outras medidas investigativas sigilosas (*Gesetzes zur Neuregelung Telekommunikationsüberwachung und der anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*), e a implementação da Diretiva 2006/24/EC, foram considerados, por conexão com a aquisição de tráfico de dados telemáticos, conforme determinado no art. 113 da *TKG*, incongruentes com os arts. 1.° e 2.° da GG, bem como com o art. 10, co. 1, do mesmo diploma.

Destarte, os dados armazenados com base em tais provisões devem ser cancelados e não poderão serem transmitidos para as autoridades solicitadoras.[23]

---

22. 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, in: [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html]. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung* cit., FLOR, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht* cit.; FLOR, Data retention e limiti al potere coercitivo dello Stato in materia penale: le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituţională, *Cass. pen.*, 5 , 2011, 1952-1969, com mais referências.

23. Mais especificamente, o desafio de demanda constitucional § § 113a, 113b da Lei das Telecomunicações (*Telekommunikationsgesetz* – TKG) e § 100g do Código de

Embora a maioria dos provedores de serviços públicos de comunicação eletrônica sejam partes privadas, estão engajados em atividades de importância pública em cooperação com as autoridades estatais e, por meio de legítimos

---

Processo Penal (*Strafprozessordnung* – StPO), na medida em que este último permite a recolha de dados armazenados nos termos do § TKG 113a. O § 113a TKG prevê que os provedores de serviços de telecomunicações acessíveis ao público têm o dever de guardar praticamente todos os dados de tráfego de serviços de telefone (rede fixa, comunicações móveis, fax, SMS, MMS), serviços de e-mail e serviços de Internet sem ocasião, a título de precaução. O dever de armazenamento essencial estende a toda a informação que é necessário a fim de reconstruir quem comunicou ou tentou se comunicar, quando, por quanto tempo, para quem e a partir de onde. Em contraste, o conteúdo da comunicação e, consequentemente, os detalhes de quais páginas da Internet foram visitadas pelos utilizadores, não são para ser armazenadas. Depois dos seis meses em que existir o serviço de armazenamento, os dados serão eliminados dentro de um mês. O § 113b TKG regula os efeitos possíveis para o qual esses dados poderem ser utilizados. Essa disposição é uma disposição de referência: ela própria não contém uma autorização de recuperação de dados, mas apenas amplamente designa utilizações previstas que são possíveis em geral, que são para ser colocadas em termos concretos, por disposições de ramos específicos da lei aprovada pelo Governo Federal e os estados. Na frase 1, primeira parte, os efeitos possíveis da utilização direta dos dados são listados: a repressão de infracções penais, a afastar dos perigos significativos para a segurança pública e do desempenho de tarefas de inteligência. A segunda parte permite, além disso, o uso indireto dos dados de informação nos termos do § TKG 113,1 na forma de uma reivindicação de informações dos prestadores de serviços, a fim de identificar os endereços IP. Esse prevê que se as autoridades já sabem um endereço IP – por exemplo, de uma queixa-crime ou de suas próprias investigações – podem exigir informações sobre o usuário a quem esse endereço foi alocado. O legislador permite isso para os efeitos da repressão de infracções penais e contra-ordenações e afastar do perigo, independentemente de definições mais específicas; neste contexto, não há nem uma exigência de autoridade judicial, nem um direito de notificação. O § 100g StPO colocando § sentença 113b 1 primeira parte, 1 número 1 TKG em termos específicos rege o uso direto para o processo criminal dos dados armazenados por precaução. Mas, tomado como um todo, a prestação é mais ampla e governa todo o acesso aos dados de tráfego de telecomunicações que seja. Isso, portanto, permite – e originalmente apenas permitiu – o acesso a dados de conexão que são armazenados pelos prestadores de serviços por outras razões (por exemplo, a fim de realizar transações comerciais). Ele permite, até mesmo, os dados acumulados serem usados de forma independente duma lista exaustiva de infrações penais de peso substancial e, para além disso, de acordo com um exame da proporcionalidade com base no caso individual, também serem usados geralmente para processar delitos que são cometidos por meios de telecomunicações. Anteriormente, deve haver uma decisão do juiz e o Código de Processo Penal também prevê deveres de notificação judicial e, subsequentemente, medidas judicias a esse respeito.

atos destas, representam a manifestação do poder coercitivo estatal *in subiecta materia*.

As previsões acerca do armazenamento de informação por um período de 6 meses são compatíveis com o art. 10 da GG em termos absolutos e o armazenamento de tais dados por provedores de serviços não está impedido *ab origine* se tais disposições estão integradas em uma estrutura legal "apropriada", i.e., uma estrutura apta a satisfazer o princípio da proporcionalidade. As expressões de inconstitucionalidade, assim, versam principalmente acerca da função do armazenamento de dados, que não é afetada por condições específicas, diz respeito a todos os usuários e á adequada, indiscriminadamente, a qualquer dado.

Tais operações, embora não envolvam o conteúdo das comunicações, afetam a esfera íntima de indivíduos, e são potencialmente aptas a captar informações confidenciais (como preferências e inclinações políticas ou pessoais), resultando no registro e a elaboração de "perfis" de usuários.

Em outras palavras, tal atividade envolve o risco, por um lado, de iniciar ou aprofundar investigação sobre um indivíduo ou mais, sem que lhes seja dado motivo e, por outro, de abuso por tais autoridades.

Na opinião dos magistrados, é essencial não só a previsão de condições, mas também a adoção de medidas de segurança proporcionais, aptas a garantir um critério elevado, cuja avaliação e implementação não pode ser deixada à apreciação pessoal do provedor ou ser dependente de meros critérios econômicos. Quando apropriado, deverá ser fornecido um órgão *ad hoc* para a regulação de critérios técnicos.

O legislador deve explicitamente expor os pressupostos, tipo, natureza e nível das medidas segurança e os limites no uso de dados.

A Corte decidiu que um prévio requisito para legitimar a limitação em direitos fundamentais é a existência de um perigo real para a vida ou a liberdade pessoal dos indivíduos ou, ainda, para a segurança da Federação ou do território.

Em conjunto com a obrigação de reter dados, o legislador deve proporcionar, assim, uma exaustiva lista de infrações relacionadas aos bens específicos e relevantes a serem protegidos.

O uso e transmissão dos dados armazenados devem ser sujeitos ao controle da autoridade judicial. Ainda, no contexto da discricionariedade legislativa, a lei pode requerer que certa informação seja fornecida independentemente dos limites fornecidos ou impostos por crimes específicos ou por uma lista de atos ilícitos ou de interesses jurídicos, com base em autorizações comuns fornecidas por disposições legais específicas.

Com respeito ao limite de interferência, de acordo com os magistrados deve ser garantido que a informação não é coletada ao acaso, mas somente o que diz respeito com o objetivo dado ou um perigo real, com base nos fatos do caso concreto.

Em relação ao uso indireto de endereços de IP, contudo, as cortes tem especificado que não é nem necessário fornecer critérios rigorosos para tais informações, nem rigorosa requisição judicial do pedido. Em qualquer caso, os indivíduos envolvidos devem ser informados quando esses dados são processados e/ou coletados.[24]

De especial importância é o voto dissidente do Juiz Schluckebier, que sustenta que a obrigação de reter os dados por um período de 6 meses não é inconsistente com o direito fundamental tutelado pelo art. 10, § 1.º, da GG. Por razões técnicas, o tráfico de dados permanece na "região" do ISP, dentro de seus servidores, e usuários confiam, com base na relação contratual, que os dados são protegidos e tratados com estrito sigilo. Uma vez que sejam adotadas medidas de segurança atualizadas, não há fundamento objetivo para arguir que o usuário possa sofrer restrições relevantes a direitos fundamentais, considerando, também, que o armazenamento não se estenda ao conteúdo das comunicações.

Em essência, as disposições contestadas não seriam inapropriadas, pois razoáveis e proporcionais.

A partir de tal voto dissidente, podemos inferir que na relação conflitante entre a obrigação do Estado em proteger interesses jurídicos e o interesse indi-

24. Mais especificamente, no entanto, a criação de direitos oficiais à informação, a fim de identificar os endereços de IP é também de importância considerável. Ao fazer isso, o legislador influencia as condições de comunicação na Internet e limita o seu anonimato. Nesta base, em conjunto com o armazenamento sistemático de dados de acesso à Internet para endereços IP previamente definidos, é possível, em grande medida, para determinar a identidade dos utilizadores da Internet. Dentro do critério legislativo tem, nesse contexto, o legislador também pode permitir que essa informação seja dada, mesmo independentemente dos limites impostos por delitos específicos ou por listas de interesses jurídicos, para a repressão de infracções penais, para o afastar do perigo e para o desempenho de funções dos serviços de inteligência, com base em autorizações gerais para invadir prestados por ramos específicos do direito. É certo que, no que respeita ao limite de interferência, é necessário assegurar que a informação não é obtida de forma aleatória, mas apenas a partir de uma suspeita suficiente inicial ou de um perigo com base em fatos relacionados ao caso individual. Para esse tipo de informação, não é necessário prever uma exigência da autoridade judicial, no entanto, as pessoas afetadas devem ser informadas quando tal informação é obtida.

vidual em proteger os direitos garantidos pela Constituição, cabe ao legislador garantir o equilíbrio em tal conflito. Deve-se, outrossim, considerar a eficaz e constitucional administração da Justiça à luz das mudanças provocadas por novas tecnologias e novas formas de comunicação.

Em conclusão, embora a importância dos interesses a serem protegidos é, *per se*, suficiente para justificar a compressão de direitos fundamentais, os princípios constitucionais exigem que a restrição a tais direitos seja cumprida por intermédio de uma regra que exige elevado padrão de clareza e é obrigatória por sua natureza. O objetivo deve almejar um fim legítimo e ser adequado, necessário e apropriado como meio para atingi-lo, enquanto respeitando o princípio da proporcionalidade.

5. A EXPERIÊNCIA ROMENA

A decisão da *Curtea Constituțională* romena de 08.10.2009[25] tratou com questões similares àquelas que foram objetos da recente decisão do *Bundesverfassungsgericht* envolvendo retenção de dados.

Ambas as Leis 398/2008 aplicando a Diretiva 2002/58/EC (que altera a Diretiva 2002/58/EC), e 506/2004 incluíram a obrigação dos provedores de serviços públicos de comunicação eletrônica de armazenar dados gerados ou processados durante suas atividades, com o objetivo de torná-los disponíveis às autoridades competentes na eventualidade de investigações e procedimentos contra infrações graves.

Os Juízes invocaram o reconhecimento internacional do direito à privacidade e vida familiar, protegido pelo art. 26 da Constituição da Romênia, como disposto no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e no art. 8.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Contudo, tais direitos, incluindo a liberdade de expressão, com expressão no art. 30 da Constituição da Romênia e no art. 10 da Convenção, não são absolutos. Nesse contexto, nem a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais nem a Constituição nacional proíbem decisões legislativas limitando direitos fundamentais. Tais limites, contudo,

25. Ver *Decizia* 1258 del 8 ottobre 2009, in *Monitorul Oficial* n. 798 – 23 novembre 2009. Ver RINCEANU, Das Urteil des rumänischen Verfassungsgerichtshofs zur Verfassungswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherung, *Jahrbuch für Ostrecht*, 2011, 52/1, 49; FLOR, *Data retention e limiti* cit.

são legítimos caso atendam requisitos específicos, em estrita conformidade com o art. 8.º da Convenção e o art. 53 da Constituição da Romênia, e somente no caso da ação legislativa ser voltada à proteção de importantes interesses, os quais podem ser segurança nacional, saúde pública, proteção da ordem pública ou prevenção de crimes. A ação legislativa deve ser necessária, proporcional à situação que a determinou, aplicada de modo não discriminatório e não deve debilitar a existência do direito ou da liberdade fundamental.

A Corte também apontou que a implementação de Diretrizes da União Europeia implica obrigações quanto aos objetivos, mas não em relação aos meios para os alcançar, depositando, destarte, certa discricionariedade nas mãos dos Estados membros.

A Lei 298/2008 reguladora da obrigação, dos provedores de serviços de comunicação eletrônica acessíveis ao público ou de redes públicas de comunicação, de armazenar dados por um período de 6 meses, expressou a vontade do legislador de restringir o exercício destes direitos fundamentais.

A disposição foi declarada inconstitucional por três motivos: 1) fracassou em respeitar o princípio da precisão em determinar o âmbito dos dados necessários para identificar usuários, possibilitando, assim, possíveis abusos na atividade da conservação, tratamento e uso da informação armazenada por provedores de serviços de comunicação eletrônica acessíveis ao público ou de redes públicas de comunicação. As limitações aos direitos fundamentais da confidencialidade, sigilo da correspondência e liberdade de expressão devem, de fato, serem dispostas de um modo claro e inequívoco, a fim de se evitar qualquer avaliação arbitrária pelas autoridades. Os sujeitos afetados pela legislação são membros da sociedade civil e devem estar aptos a compreender as leis aplicáveis a fim de ajustarem suas condutas e estarem cientes das consequências; 2) o legislador não reconheceu o significado da passagem "para a prevenção e diferenciação de ameaças à segurança nacional, instituições estatais (...) pode acessar, sob condições que regulam a atividade da segurança nacional, os dados armazenados por provedores de serviços de comunicação eletrônica acessíveis ao público ou de redes públicas de comunicação"; 3) a Lei 298/2008 estabeleceu, em geral, a regra da retenção de dados por um período de 6 meses, e a obrigação do provedor tem um caráter inerentemente contínuo, onde a Diretiva 2002/58/EC, Lei 677/2001 que dispõe da proteção de dados pessoais e a Lei 506/2004 permitiam limites excepcionais ao direito à privacidade sob as condições específicas dispostas na Constituição e na lei internacional aplicável no caso. Em essência, a Lei 298 "transformou" a exceção em "regra", requerendo armazenamento de dados por um período de 6 meses; tais dados podem ser usados mediante decisão fundamentada da corte "para o

passado e não para o futuro". Ao contrário, a Lei 298/2008, não considera a necessidade de interrupção da limitação e, na opinião dos juízes constitucionais, a instrução no livre exercício dos direitos fundamentais envolvidos toma lugar numa "maneira independente e contínua a partir da ocorrência de um evento que possa justificá-la, a partir de uma causa determinante e somente para a proteção e detecção, após o cometimento de crime grave".

A Corte concordou com o legislador na urgência em garantir proteção adequada e eficaz compatível com o contínuo processo de modernização e de atualização tecnológica do meio. Contudo, ela também notou que as soluções legislativas devem respeitar os direitos dos indivíduos, que podem ser legalmente limitados ou "objetos de restrições" somente em relação à proteção de interesses ou direitos importantes, como os direitos coletivos ou interesses relacionados à segurança pública nacional, ordem pública e prevenção de crimes.

6. A RECENTE EXPERIÊNCIA DA REPÚBLICA TCHECA E A DECISÃO ACERCA DA RETENÇÃO DE DADOS

Em 31.03.2011, a Corte Constitucional da República Tcheca decidiu – nos termos da seção 70, subseção 1 da Lei da Corte Constitucional – afastar as disposições da seção 97, subseções 3 e 4 da Lei das comunicações eletrônicas e alteração de certas leis relacionadas (Lei de Comunicações Eletrônicas), 127/2005, Coll., conforme alterada, e contestou o Dec. 485/2005 Coll. na extensão de tráfico e dados de localização, o tempo de rentenção disso e a forma e método da transmissão de tanto a corpos autorizados a utilizar tais dados.[26]

O art. 1.°, § 1.°, da Constituição da República Tcheca, incorpora o princípio normativo do Estado cumpridor da lei democrática. O respeito a direitos fundamentais e liberdades individuais é o atributo fundamental deste conceito constitucional de estado cumpridor da lei e requisito prévio de seu funcionamento, o qual é explicitamente especificado como um atributo de tal ordem constitucional escolhida na disposição supracitada. A Corte asseverou que tal disposição constitucional forma a base para o conceito material de estato jurídico, o qual é caracerizado pela autoridade pública respeitando a livre (autônoma) esfera dos indivíduos, definida por direitos fundamentais e liberdades. Por uma questão principiológica, a autoridade pública não intervém nessa esfera, ou, mais precisamente, somente em casos onde tal intervenção é justificada pelo conflito com outros direitos fundamentais, que é em interesse público, o

26. Para maiores referências ver FLOR, *Data retention e limiti* cit.

qual está em conformidade com a Constituição, o qual é inequivocamente definido por lei que dispõe que a intervenção, desde que a intervenção prevista em lei respeite o princípio da proporcionalidade e a finalidade não seja tão extensa quanto a redução do direito ou liberdade.

Os juízes, em complemento, asseveraram que o direito à vida privada incorpora, também, a garantia de autodeterminação em termos de decisões cruciais sendo feitas pelo indivíduo. Em outras palavras, o direito à privacidade também garante o direito de um individuo de decidir, pela sua própria discricionariedade, até qual extensão, de quais modos e sob quais circunstâncias fatos pessoais e privados devem ser divulgados a outras entidades. Esse é um aspecto do direito à privacidade em forma do direito à autodeterminação informativa. Dada a sua natureza e importância, a Corte estabeleceu que o direito à autodeterminação informativa enquadra-se na categoria direitos fundamentais e liberdades. Uma vez junto com a liberdade pessoal, liberdade em termos de dimensões espaciais (lar), liberdade de comunicação e certamente outros direitos fundamentais garantidos ela constituição, cria-se a esfera pessoal de um indivíduo, cuja integridade individual há de ser respeitada e consistentemente tutelada enquanto fundamento necessário para a existência digna e desenvolvimento da vida humana enquanto tal. Portanto, é certamente justificado garantir respeito e proteção por ordem constitucional a esta esfera, pois, olhando tal questão de um ponto de vista levemente diferente, ela representa a manifestação do respeito aos direitos e liberdades de humanos e cidadãos.[27]

27. O Tribunal constatou que no seu julgamento relacionado com o direito ao respeito pela vida privada nos termos do art. 8 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos descreveu ações como dados, conteúdos de controle de e-mail e escutas telefônicas como violação de privacidade de um indivíduo [cf. decisão Klass e outros v. Alemanha (5.029/1971) de 06.09.1978, Leander v. Suécia (9.248/1981) de 26.03.1987, Kruslin v. França (11.801/1985) de 24.04.1990 ou decisão Kopp v. Suíça (23.224/1994) de 25.03.1998], detectação de números de telefone de pessoas no aparelho telefônico [cf. decisão P.G. e J.H. v. Reino Unido (44.787/1998) de 25.09.2001], detectação de dados relativos à ligação telefônica (cf. acima mencionada decisão Amã v. Suíça) ou retenção de dados em bancos de dados de DNA de indivíduos acusados de um delito [cf. S. decisão Marper v. Reino Unido (30.562/2004 e 30.566/2004) de 04.12.2008]. Na decisão Rotaru v. Roménia (28.341/1995) de 04.05.2000, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos deduziu a obrigação positiva do Estado para descartar dados relativos à esfera privada de um indivíduo, que foram coletadas e processadas pelo estado, a partir do direito à vida privada manifesta por meio do direito de autodeterminação informativa.

Os juízes tem feito expressa referência às decisões da Corte Constitucional, ou Suprema Cortes, da Alemanha,[28] Romênia, Bulgária e Chipre.[29]

A partir do ponto de vista da Corte, o propósito primário da regulação legal da universal e preventiva coleta e retenção de tráfico e dados de localização em comunicações eletrônicas é a proteção contra ameaças à segurança e a necessidade de assegurar a disponibilidade de tais dados para propósitos de precaução, detecção, investigação e persecução de crimes graves, conduzidas pelas autoridades públicas. A persecução de crimes e a punição justificada de infratores é um interesse público aprovado pela Constituição, cuja essência é a delegação de responsabilidade a pessoas físicas e entes estatais, da incumbência de responsabilizar agentes por infrações substanciais a direitos fundamentais e a liberdades. Se o direito penal deve permitir a condução do interesse público na persecução da criminalidade por intermédio de instrumentos robustos, o uso dos quais resulta em sérias violações da integridade pessoal e direitos fundamentais e liberdades de um indivíduo, então o limite constitucional legal deve ser respeitando enquanto tal execução acontece. Violações de integridade ou privacidade pessoais (i.e., ausência de respeito por estas) podem, assim, ocorrer somente em circunstâncias extremamente excepcionais pela parte da autoridade pública. Isso deverá ser inevitável numa sociedade democrática no caso do propósito do interesse público não possa ser atingido por qualquer outro modo, e deverá ser aceitável somente de

28. "Abordagem semelhante é fácil de encontrar também no juízo dos tribunais constitucionais de outros países. Por exemplo, o acima mencionado Tribunal Constitucional Federal da Alemanha garante – por meio do direito à autodeterminação informativa – a proteção não só do conteúdo da informação transmitida, mas também das circunstâncias externas na qual a comunicação ocorreu – ou seja, lugar, tempo, participantes, tipo e forma de comunicação – uma vez que tais informações sobre as circunstâncias de uma dada comunicação podem, combinadas com outros dados, indicar os conteúdos transmitidos como tais; ao inspecionar e analisar esses dados, é possível criar perfis individuais dos participantes envolvidos na comunicação [cf. decisão de 27.07.2005, BVerfGE 113, 348 (*Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung*) ou 27.02.2008, BVerfGE 120, 274 (*Grundrecht auf Computerschutz*)".

29. "O Tribunal Constitucional romeno chegou a conclusões semelhantes no seu acórdão de 08.10.2009 (1.258), que considera inconstitucional a local regulamentação legal, uma vez que não define a finalidade da utilização de tal medida suficientemente, seu texto é muito vago e não define, em mais detalhes, os poderes e deveres dos intitulados autoridades públicas e concede aos indivíduos afetados, devido à ausência de controle judicial, garantias suficientes contra a utilização indevida (...), mais adiante, o Supremo Tribunal Administrativo búlgaro no julgamento de 11.12.2008 (...), bem como o Supremo Tribunal chiprense no jul de 01.02.2011 (...)".

acordo com a existência legal e observância das efetivas e especificas garantias contra arbitrariedades.

As disposições contestadas da Lei das comunicações eletrônicas, seção 97, subseção 3, sentença 3, vagamente especificam a obrigação de pessoas jurídicas ou físicas que retêm tráfico e dados de localização na extensão supracitada, para "tornar tais dados disponíveis sob requisição dos órgãos intitulados a requisitá-los com fulcro em regulação jurídica especial" sem qualquer atraso. Na opinião da Corte Constitucional, não resta claro na redação das disposições da Lei de comunicações eletrônicas, nem em sua exposição de motivos, quais órgãos intitulados e qual regulação jurídica especial são especificamente compreendidos.

Ademais, o propósito de transmitir tráfico e dados de localização a órgãos intitulados não é clara e precisamente definido, o que torna impossível determinar até qual extensão as disposições contestadas são realmente necessárias.

Em relação à finalidade de tornar tais dados "disponíveis para o propósito de investigação, detecção e persecução de crimes graves" (mesmo que não se define tais crimes com maiores detalhes), nem as disposições contestadas, nem as citadas do Código Penal (seção 88a, subseção 1 – regulando condições do uso de dados retidos para o propósito de persecução criminal) cercam tais limitações. Nos termos desta norma, o legislador não condiciona a opção de usar dados retidos em procedimentos criminais por justo receio que um crime grave tenha se consumado. Ao mesmo tempo, não há regulação acerca da obrigação das autoridades envolvidas em procedimentos criminais de informarem o indivíduo (monitorado) acerca disso, nem sequer *ex-post*, o que não se enquadra nos requisitos resultantes do segundo passo do exame de proporcionalidade (i.e., a necessidade dos meios, desde que resta claro pelo suprarreferido que o meio mais respeitoso ao direito fundamental à autodeterminação informativa não fora utilizado).

A Corte Constitucional também considerou que as normas jurídicas contestadas pelos peticionantes não definem suficientemente regras claras e detalhadas contendo requisitos mínimos para a segurança dos dados retidos (especialmente quanto à prevenção do acesso por terceiros, definição de procedimentos resultantes na proteção da integridade e confidencialidade dos dados e um procedimento para descartar os dados.[30]

30. Sobre o período de retenção, a mera definição de "não inferior a seis meses e não mais que 12 meses", dado o lapso indicado nesse prazo, influencia a obrigação de descartar os dados, pode ser considerada ambígua e, com respeito ao âmbito e à natureza con-

Em conclusão, meramente na forma de *obiter dicta*, a Corte Constitucional declarou que o desenvolvimento de tecnologia da informação moderna e meios de comunicação andam de mãos dados com novas e mais sofisticadas modalidades de atividades criminosas com as quais temos que lidar. Contudo, a Corte Constitucional duvida que o instrumento de tráfico e retenção de dados universal e preventivo em quase toda comunicação eletrônica seja, sozinho, um instrumento necessário e apropriado, em decorrência do nível de violação à privacidade que envolve um enorme número de indivíduos em comunicações eletrônicas.[31]

---

fidencial dos dados retidos, totalmente insuficiente. Nenhuma das obrigações mencionadas faz descrever as regras ou os métodos de encontra-las com mais detalhes, não há uma definição rigorosa dos requisitos em matéria de segurança dos dados conservados, não é totalmente rastreável como os dados são manipulados nem por parte de pessoas jurídicas ou pessoas naturais de retenção de tráfego e dados de localização, nem as entituladas autoridades públicas depois de solicitar os dados, nem o caminho do descartamento de tais dados é definido. Mais adiante, não há uma definição de responsabilidade e respectivas sanções em caso de violação de tais obrigações, incluisive faltando a criação da maneira como os indivíduos afetados podem buscar proteção eficaz contra possível uso indevido arbitrariedade ou não cumprimento das obrigações definidas.

31. Dentro da área da Europa, tal opinião é, de longe, não isolada a partir do momento em que a Directiva de Retenção de Dados, em si, tem sido muito criticada desde o início de sua existência por parte dos Estados-membros (por exemplo, os governos da Irlanda, Países Baixos, Áustria e Suécia hesitaram muito tempo ou ainda estão hesitando a sua implementação, a exemplo dos últimos dois países mencionados acima, apesar de uma ameaça anunciada em público pela Comissão Europeia de inciar processo perante o Tribunal Europeu de Justiça), bem como legisladores no Parlamento Europeu, a Autoridade Europeia para a Protecção de Dados (3 December, 2010 [www.dataretention2010.net/docs.jsp]) ou o Partido Protecção de Dados, criado nos termos do art. 29 da Diretiva 95/46/EC ou organizações não governamentais (Statewatch, European Digital Rights ou Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung – AK Vorrat entre outros). Ao contrário, ao menos em parte, o relatório de avaliação sobre a Directiva relativa à conservação de dados (Directiva 2006/24/CE) – Bruxelas, 2011/04/18 COM (2011) 225 final. O relatório específico demonstrou que a retenção de dados é uma ferramenta valiosa para os sistemas de justiça criminal e para aplicação da lei na União Europeia. A contribuição da diretiva para a harmonização de retenção de dados tem sido restringida em termos de, por exemplo, limitação da finalidade e dos períodos de retenção, assim como também na área de reembolso de custos incorridos pelos operadores, que está fora de seu escopo. Dadas as implicações e riscos para o mercado interno e para o respeito ao direito à privacidade e à protecção de dados pessoais, a UE deve continuar por meio de regras comuns a assegurar que os padrões elevados para o armazenamento, recuperação e uso de tráfego e dados

7. CONCLUSÕES: RUMO A UMA NOVA PERSPECTIVA EUROPEIA?

A partir dos fundamentos do julgamento das Cortes Constitucionais da Alemanha, da Romênia e da República Tcheca ganhamos alguns importantes critérios que podem ser úteis no tratamento com as novas ferramentas de investigação tecnológica para combater ou prevenir atos de ciberterrorismo.

De qualquer modo, devemos primeiro indicar alguns elementos notórios no fundamento das decisões:

1) o explícito ou implícito reconhecimento do papel essencial dos provedores de serviço de Internet, que podem também realizar atividades de importância pública.[32] Portanto, os limites e proteções conectadas com a conduta dessa operação não podem ser deixadas a suas apreciações subjetivas, mas elas devem ser impostas pelo legislador;

2) a intenção preventiva de instrumentos novos de investigação e a utilidade prática – em processos ou investigações criminais – do armazenamento de dados dos usuários. Essas medidas são válidas para os sistemas de justiça criminal e para a execução legal na União Europeia;

3) As Cortes endereçaram a questão da legitimidade em consideração ao significado de investigação, armazenamento e controle do tráfico eletrônico

---

de localização são consistentemente mantido. À luz destas conclusões, a Comissão pretende propor alterações à directiva com base em uma avaliação de impacto.Ver também, FLOR, The de jure condendo perspectives of the s.c. data retention in the Cloud Scenario: ontological limits, constitutional limits and protection of fundamental rights, *Conventional and Constitutional Limits of the "European Criminal Law" after the Treaty of Lisbon - The Debate in Germany and in Italy* (international conference), Verona, 17.09.2011. Um exemplo determinante, neste contexto global e tecnológico, é também o uso das redes sociais para fins investigativos ou vigilância: ver NIETO; MAROTO, Redes sociales en internet y "data mining" en la prospección e investigación de comportamientos delictivos, paper, *UCLM* [www3.uclm.es], 2010; SEMITSU, From facebook to mug shot: how the dearth of social networking privacy rights revolutionized online government surveillance, 31 *Pace L. Rev.*, 2011, 291; O'FLOINN; ORMEROD, Social networking sites, ripa and criminal investigations, *Crim. Law Rev.*, 10, 2011, 766-789.

32. Sobre a importância dos ISPs e do equilíbrio com os direitos fundamentais ver também as diretrizes de direitos humanos para provedores de serviços de Internet do Conselho da Europa em cooperação com a Comissão Europeia Internet Services Providers Association – (EuroISPA), ver FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, 2010, 418.

em respeito à proteção dos direitos humanos fundamentais, concluindo que não há proibição absoluta em soluções legislativas limitando essas restrições de direitos;

4) a qualificação de intervenções públicas na área dos direitos individuais não deve ser apenas estabelecida pelo direito, mas a restrição não deve exceder o limite da estrita necessidade em relação com os propósitos essenciais para a vida da sociedade democrática, entre os quais se inclui a identificação e punição dos autores de crimes graves.

Em conclusão, ações legislativas que podem restringir os direitos fundamentais devem ser consideradas apenas legítimas em casos nos quais elas são proporcionais e voltadas a proteger importantes e dominantes interesses jurídicos. O legislador deve balancear os interesses em conflito e adotar uma clara, precisa e inteligível regra, ou seja, uma regra que respeite altos critérios de certeza, precisão e transparência. A regra deve estabelecer de uma forma rigorosa as condições para a restrição dos direitos fundamentais envolvidos, a avaliação da qual deve ser cominada num corpo independente.[33]

A legitimidade da luta contra o terrorismo, o ciberterrorismo e os crimes cibernéticos não pode, todavia, ignorar a regra da excepcionalidade. Em outras palavras, a evolução do direito penal não pode se mover em direção a tendências autoritárias, mas deve sempre garantir a aplicação dos princípios fundamentais, como *ultima ratio*, proporcionalidade e respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. [34]

Em âmbito europeu, em 24.02.2005, com referência à luta contra os crimes cibernéticos, foi aprovada a Decisão-Quadro 2005/222/JAI relativa a ataques contra sistemas de informação. Considerando o n. 5, lê-se: "As consideráveis lacunas e diferenças entre as legislações dos Estados-Membros neste domínio podem entravar a luta contra o crime organizado e o terrorismo, e pode complicar a efetividade da cooperação policial e judiciária em matéria de ataques contra sistemas de informação". Segundo o Conselho, "o carácter transnacional dos modernos sistemas de informação", ressalta "a necessidade urgente de novas medidas de aproximação das legislações penais neste domínio".

---

33. Esta perspetiva tem sido objeto da resolução "especiais medidas processuais para proteger os direitos humanos fundamentais", aprovada pelo IAPL-AIDP durante o XVIII Congresso Internacional em Istambul (20 a 27.09.2009), que forneceu recomendações específicas sobre a questão das inestigações investigações "proativas" com vista à prevenção da preparação e da prática de infrações terroristas.

34. Ver também o art. 21 da Convenção sobre os Crimes Cibernéticos.

Considerando que n. 8 afirma que a "o direito penal, na área de ataques contra sistemas de informação, deve ser aproximado de forma a assegurar a melhor possibilidade de cooperação policial e judicial em matéria de crimes relacionados a ataques contra sistemas de informação e contribuir para a luta contra o crime organizado e terrorismo".

A entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 01.12.2009, abriu subsequentemente novos horizontes para o "direito penal europeu". Uma das principais inovações foi a superação da distinção entre o primeiro pilar e o terceiro pilar. O espaço de liberdade, segurança e justiça, para qual o Título V do Tratado – sobre o "Funcionamento da União Europeia" – é dedicado, foi incluído entre as matérias reguladas por atos típicos de direito comunitário (diretivas).

O novo art. 83 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia estabelece que "O Parlamento Europeu e o Conselho da Europa, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente graves com dimensão transfronteiriça resultante da natureza ou do impacto de tais infracções, ou a partir de uma necessidade especial para os combater em uma base comum". Entre essas áreas de criminalidade, criminalidade cibernética, terrorismo, e o crime organizado estão expressamente incluídas.[35]

Ciberterrorismo, portanto, nos significados que examinamos até agora, pode muito bem se enquadrar entre estas formas de criminalidade transnacional grave ou, pelo menos, nas áreas de "crime cibernético" e "terrorismo".

O Tratado de Lisboa prevê, junto com um reconhecimento expresso de competências da União em matéria penal por meio do uso de diretivas, um certo número de disposições de "natureza processual", como fortalecimento do papel da Eurojust e da Europol. Ele também oferece a possibilidade de criação de um Ministério Público Europeu e os instrumentos de cooperação policial, com o objetivo de estabelecer medidas em relação à recolha, armazenamento e processamento de dados e informações, e técnicas compartilhadas de investigação para identificar as formas graves de criminalidade organizada.

Neste contexto, a Comissão Europeia apresentou duas novas medidas contra os ataques a importantes sistemas de informação: uma proposta de diretiva

35. Depois do Tratado de Lisboa ver GERCKE, Impact of the Lisbon Treaty on Fighting Cybercrime in the EU. The redefined role of EU and the change in approach from patchwork to comprehensiveness, *Cri*, 3/2010, 75; GERCKE, Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2009/2010, *ZUM*, 2010, 633.

relativa a ataques contra sistemas de informação, que revoga a Decisão-Quadro de 2005 acima mencionada[36] e uma proposta de regulamento para fortalecer e modernizar a Agência Europeia para a Segurança da Informação (Enisa). As duas iniciativas têm sua base na Agenda Digital Europeia[37] e no Programa de Estocolmo para aumentar a confiança e segurança de rede.[38]

A proposta de diretiva, em particular, mantém as disposições da Decisão-Quadro relativa a criminalizar o acesso ilegal a sistemas informáticos e a interferência de sistema e dados ilegais (corrupção de dados, informações, programas ou sistemas), acrescentando, em termos de direito penal material, a criminalização de ferramentas destinadas a cometer um crime, a interceptação ilegal de dados e informações e, em termos de cooperação internacional, as regras para melhorar a justiça criminal e cooperação entre os Estados.

Prima facie essas disposições estão em linha com as previsões da Convenção sobre o cibercrime, já ratificadas pela maior parte dos países europeus.

Portanto, após a aplicação do Tratado de Lisboa, as bases para a criação de uma harmonização racional e orgânica em matéria penal e de prevenir e combater a criminalidade grave – como o terrorismo, ciberterrorismo e crimes cibernéticos – foram estabelecidas.

Um papel importante é desempenhado pela investigação "tecnológica".

Na estrutura atual da sociedade da informação e Internet, de fato, não podemos pensar enfrentar os desafios colocados pelas novas tecnologias, quando são utilizados para a prática desses crimes graves, apenas com os meios tradicionais de investigação. Temos que levar em conta a necessidade de uma discussão ampla e variada sobre a adoção de novas ferramentas, que também têm uma função preventiva, evocando o caráter absoluto dos direitos fundamentais.

A questão diz respeito aos limites dentro dos quais o legislador (nacional e europeu) pode operar em prejuízo dos direitos fundamentais e na luta contra o terrorismo, ciberterrorismo e crimes cibernéticos.

Em termos estruturais, toda a liberdade é um elemento essencial da ordem fundamental constitucional e qualquer direito fundamental sofre limitações em matéria de proteção dos direitos de outros de igual importância, que fazem parte, por sua vez, da regulamentação. Consequentemente, um núcleo invio-

36. Ver a proposta de diretiva relativa a ataques contra sistemas de informação, Memo/10/463 (2010/09/30).

37. Com 2010/245/def.

38. Programa de Estocolmo (2010/C 115/01).

lável deve ser identificado à luz desta relação entre direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente na restrição da última possibilitando a realização de outros valores constitucionais.[39]

A este respeito, o art. 52 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,[40] considerando o equilíbrio entre direitos, identifica no princípio da proporcionalidade a diretriz fundamental, tanto em termos de interpretação e escolhas político-normativo do legislador, destacando a área de discricionariedade.

Os desafios colocados pelos novos fenômenos criminais – como ciberterrorismo e crimes cibernéticos – exigem um processo de escolhas políticas em matéria penal, que não pode ser comparado com a viagem de Raphael Hythlodaeus para a ilha de Utopia, uma *societas perfecta*.[41]

A inata natureza transnacional do terrorismo, ciberterrorismo e dos crimes cibernéticos implica a necessidade de uma resposta abrangente e oportuna, que deve começar a partir da convicção de que a tecnologia é o resultado da atividade humana criativa, é neutra na sua natureza, assim como destinada a evoluir.[42]

---

39. DENNINGER, Zum Begriff des Wesensgehaltes in der Rechtsprechung (art. 19, co. 1 GG), *Die öffentliche Verwaltung*, 13, 1960, p. 812 e ss. Vedi anche EPPING, *Grundrechte*, 3. Auf., Springer, 2007. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci, 2005.

40. Ver art. 6, par. 2 e 3, TUE. Sobre o Tratado de Lisboa e Direito Penal ver HERLIN KARNELL, The Lisbon Treaty. A critical analysis of Its Impact on EU Criminal Law, *Eucrim*, 2010, 59; HERLIN KARNELL, The Lisbon Treaty and the area of criminal law and justice, *EPA*, 2008, 1; CERIZZA, *Solutions offered by the Lisbon Treaty*, *Eucrim*, 2010, 65; MITSILEGAS, The third wave of third pillar law: Which direction for EU Criminal Justice?, *ELR*, 2009, 523; LANDENBURGER, Police and criminal law in the Treaty of Lisbon. A new Dimension for the Community Method, *ECLR*, 2008, 20. See also PEERS, Eu Criminal Law and the Treaty of Lisbon, 33 *ELR*, 2008, 507; BERNARDI, All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale, *Quad. cost.*, 2009, 37; SIEBER, Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt, *Rechtstheorie Bd. 41, Heft 2*, 2010, 151; SIEBER, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems, *ZStW*, 2009, 1. Mais recentemente GRASSO, Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea, *Studi in Onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2307-2350 e, em geral, GRASSO; PICOTTI; SICURELLA (eds.), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011.

41. Ver MORO, *Libellus vere aureus, nec minus salutaris quam festivus de optimo rei publicae statu, deque nova insula Utopia*, 1516.

42. KRANZBERG, Technology and history: Kranzberg Laws, *Tech.&Cult.*, 27, 3, 1986, 544.

Seria utópico acreditar que os criminosos do novo milênio não exploraram as oportunidades oferecidas pela revolução tecnológica. Seria igualmente irrealista acreditar que a luta contra esses criminosos pode ser realizada sem recorrer às mesmas oportunidades.[43]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O direito internacional e o direito brasileiro em face do terrorismo, de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros – *RCP* 15/335;
- O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo, de Leandro Moll – *RDCI* 80/376; e
- Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica, de Maurício Stegemann Dieter – *RBCCrim* 75/295.

- A Era do Controle – Introdução crítica ao direito penal cibernético, de Túlio Lima Vianna, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 8, p. 1039; e
- Entre a civilização e a barbárie, de Adauto Alonso S. Suannes, de *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 7, p. 475.

---

43. A conclusão do trabalho de Brenner de 2006 é emblemática: "Meu ponto é que, para lidar de forma eficaz com ameaças cibernéticas, não só precisamos de leis que nos permitem prender e processar os criminosos e cibeterroristas. Temos também de criar e implementar procedimentos que permitam que a polícia e outros agentes do governo analisem com precisão ameaças cibernéticas 'rotineiras' (crimes cibernéticos) e ameaças cibernéticas 'não rotineiras' (ciberterrorismo e ciberguerra)". Ver BRENNER, *Cybercrime* cit., 471.

RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES ET PRINCIPE DE CULPABILITÉ: OBSTACLE OU OPPORTUNITÉ POUR L'HARMONISATION PÉNALE EUROPÉENNE?

5

Corporate liability and the principle of guilt: an obstacle or an opportunity to harmonize European criminal law?

STEFANO MANACORDA

Professore straordinario di Diritto penale – Seconda Università di Napoli. Professeur associé – École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1). Directeur de l'Equipe "Internormativités dans l'espace pénal" – Collège de France.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RÉSUMÉ: Le rapprochement des critères d'imputation de la responsabilité aux personnes morales en Europe est une tâche particulièrement ardue, qui pour l'instant n'a pas été accomplie. Quant au droit interne, coexistent des modèles fort différenciés: la France a choisi le système "par identification"; l'Italie a retenu une responsabilité "propre à la personne morale"; l'Allemagne "rejette" toute forme de responsabilité pénale. Le droit de l'Union, quant à lui, demande la mise en place d'une responsabilité quelconque des personnes morales, pourvu qu'elle dépasse un seuil minimal d'adéquation et qu'elle soit proportionnée. Cette approche reste cependant parcellisée, ce qui donne lieu à des incohérences significatives. En perspective, la mise en place d'une politique pénale d'harmonisation est envisageable, ce

ABSTRACT: Comparing the criteria for holding corporate entities liable in Europe is a particularly difficult task, which, so far, has not been accomplished. Highly differentiated models coexist in each country's law: France has chosen the "by identification" system, Italy applies a "proper to corporate" liability, Germany "rejects" all forms of criminal liability. The EU law, in turn, demands the implementation of liability for any and all corporations, provided it exceeds a minimum threshold of adequacy and it is proportionate. This approach remains fragmented, which leads to inconsistencies. In perspective, the establishment of a criminal policy of harmonization is possible, which requires a previous higher recognition of the principle of personal liability and guilt across the continent.

qui demande préalablement une plus forte reconnaissance du principe de la responsabilité personnelle et coupable à l'échelle du continent.

MOTS-CLÉS: Personnes morales - Responsabilité pénale - Principe de culpabilité - Harmonisation - Droit pénal européen.

KEYWORDS: Corporations - Criminal liability - Principle of guilt - Harmonization - European Criminal Law.

SOMMAIRE: 1. Introduction – 2. Un regard comparatif à l'Europe: la fragmentation des critères d'imputation de la responsabilité des entités collectives et les tendances évolutives actuelles – 3. Le modèle de la responsabilité par "identification" et son atténuation progressive – 4. Le modèle de la responsabilité "propre à la personne morale" et sa lente diffusion – 5. Le "rejet" de la responsabilité pour les infractions pénales et sa persistance actuelle – 6. Une tentative d'explication (partielle): la dépendance du modèle du rang du principe de culpabilité au sein de l'ordre juridique considéré – 7. De la fragmentation à l'harmonisation: les pas hésitants d'une politique criminelle de l'Union européenne pour le rapprochement pénal – 8. L'inclusion systématique de règles sur la responsabilité des personnes morales au sein des instruments de rapprochement pénal et les risques d'une politique criminelle parcellisée – 9. L'imputation "par identification" pour les agissements des organes et représentants – 10. L'imputation "vicariale" pour les agissements des personnes soumises au pouvoir de direction ou de contrôle – 11. Conclusion: les perspectives d'un modèle d'harmonisation axé sur la culpabilité propre à la personne morale – 12. Des références.

1. INTRODUCTION

Dès lors qu'on envisage de traiter un thème ainsi vaste et complexe que la reconnaissance de la responsabilité des personnes morales, et plus largement des entités collectives,il faut admettre que le droit européen n'a accompli pour l'heure que des pas fort hésitants.

Avant de soumettre les arguments qui soutiennent une telle opinion, j'aimerais pouvoir adresser un remerciement particulier aux organisateurs de cet important colloque pour l'occasion qu'ils m'ont offert de présenter ces quelques réflexions. C'est pour moi un privilège d'être invité à participer à ce 18ème Séminaire International de Sciences Criminelles organisé par l'IBCCRIM, une initiative prestigieuse qui constitue désormais un rendez-vous annuel pour la doctrine pénale de tous les continents.

La qualité du cadre scientifique de ces journées d'étude impose d'être particulièrement attentifs, et cela à plusieurs égards. Une certaine prudence – d'une part – impose de ne pas se référer à une responsabilité proprement pénale, au risque de heurter quelques sensibilités nationales, peu inclines au *ius puniendi*, ainsi que la portée des textes de l'Union européenne, qui se veulent neutres en ce qui tient à l'alternative entre sanction administrative et

véritable peine. Une certainmodestie – d'autre part – amène à mettre l'accent seulement sur quelques ordres juridiques significatifs à l'échelle comparative, sans prétendre à traiter des vingt-sept Etats membres, ainsi que sur la seule techniquedu rapprochement, qui se situe au premier rang parmi les modalités d'intégration normative suivies par l'Union européenne.

Prudence et modestie, cependant,n'empêcheront pas d'être réalistes et ne cacheront pas la conclusion à laquelle l'on aboutira: c'est unesimple ébauche de politique criminelle celle qui se dessine dans les textes en matière de responsabilité des personnes morales, le législateur européen montrant une certaine hésitation en ce qui concerne l'harmonisation des législations des Etats membres.

Plusieurs facteurs viennent expliquer une telle situation et une difficulté majeure – c'est du moins l'hypothèse formulée ici – tient au du statut incertain du principe de la responsabilité personnelle et coupable à l'échelle du continent: reconnu de manière inégale d'un État membre à l'autre, il manque d'une véritable consécration dans le droit supranational de l'Union européenne.

Plutôt que donner lieu à un obstacle indépassable à l'harmonisation, cela pourraitnéanmoins représenter une opportunité pour l'Union pour renforcer le niveau de garanties dans sa législation et aboutir ainsi à un modèle de responsabilité des personnes morales réellement respectueux du principe de l'imputation personnelle.

2. UN REGARD COMPARATIF À L'EUROPE: LA FRAGMENTATION DES CRITÈRES D'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITÉ DES ENTITÉS COLLECTIVES ET LES TENDANCES ÉVOLUTIVES ACTUELLES

Toute tentative de décrire le cadre juridique européen en matière de responsabilité pénale des personnes morales montrerait immédiatement les limites de l'exercice (DE DOELDER, H.; TIEDEMANN, 1996, PIETH; IVORY, 2011, FIORELLA, 2012a). Même l'expression traditionnelle, que nous venons d'employer, apparaitrait immédiatement comme étant approximative, et cela à plusieurs égards. Il est inexact de se référer constamment à une responsabilité pénale: un simple regard comparatif montre bien que les alternatives connues à l'échelle comparée sont fort différenciées et incluent souvent des solutions quasi-pénales ou plus clairement encore administratives (FIORELLA, 2012b). Il est également limitatif de faire référence exclusivement aux personnes morales, dans la plupart des ordres juridiques la responsabilité s'étendant à des entités collectives n'ayant pas de personnalité morale à proprement parler (comme des associations par exemple), outre le fait d'inclure le plus souvent

des entités de nature publique exerçant des activités de nature privées (comme des collectivités locales, à certaines conditions).

La tâche du comparatiste, cependant, est bien plus ardue: au delà du nombre extrêmement important de pays concernés (vingt-sept si l'on regard à l'Union), le système de la responsabilité que certains d'entre eux connaissent ne se décline pas de manière unitaire : souvent, dans un seul ordre juridique coexistent plusieurs modèles d'imputation, ce qui ne peut que compliquer ultérieurement toute tentative de décrire le cadre juridique du continent européen.

Le point de départ de notre réflexion est plus restreint et il est largement déterminé par l'objectif que l'on se propose d'atteindre. Ce dernier consiste dans la recherche des raisons qui font que le rapprochement des dispositions législatives concernant les critères d'imputation de la responsabilité aux entités collectives soit particulièrement difficile. Une telle démonstration n'aura pas à s'appuyer sur une étude exhaustive des solutions retenues par les législateurs nationaux et pourra, en revanche, se contenter de la présentation ciblée de quelques solutions normatives représentatives. Trois cas de figure qui ont unrôle majeur en Europe, à la fois en raison de l'importance de l'ordre juridique concerné et de la solution juridique retenue, seront ainsi présentés.

Premièrement je m'attacherai à montrer la solution retenue dans le cadre de l'ordre juridique français, qui est caractérisé par un système de responsabilité dit "par identification". Le mode d'imputation adopté dans cet ordre juridique s'avère le plus simple au plan conceptuel et, en même temps, le moins satisfaisant eu égard aux principes fondateurs du droit pénal, ce qui explique pourquoi quelques signes de son affaiblissement sont à constater aujourd'hui.

Deuxièmement, c'est la solution suivie par le législateur italien qui sera présentée, celle-ci iciétant caractérisée, en termes novateurs, par un système de responsabilité "propre à la personne morale". Il s'agit d'uneconstruction normativeparticulièrement respectueuse des piliers de l'imputation pénale, qui montre aujourd'hui une certaine tendance à se répandre à l'échelle comparative.

Troisièmement, le système qui retiendra notre attention estcelui venant d'Allemagne, un modèle qui "rejette" toute forme de responsabilité de l'entité collective pour des infractions pénales, en se bornant à retenir des sanctions en relation avec les infractions administratives punitives.

La modélisation présente toujours le risque d'une certaine banalisation des contenus. Elle a cependant l'avantage – ou du moins il faut l'espérer – de bien montrer le grandes tendances en jeu. Ici, sur le terrain qui nous concerne, la divergence entre les ordres juridiques est flagrante et amène à s'interroger sur les raisons qui la sous-tendent. Comme on aura l'occasion de le constater,

elle semble relever pour l'essentiel de la différente sensibilité que les ordres juridiques concernésgardent en relation avec le principe de la responsabilité personnelle et des corollaires de la culpabilité.

3. LE MODÈLE DE LA RESPONSABILITÉ PAR "IDENTIFICATION" ET SON ATTÉNUATION PROGRESSIVE

Lorsque les avants-projets de Code pénal de 1976-1978 avaient été présentés, l'attention des commentateurs avait été retenue par la proposition, à certain égards révolutionnaire, d'instituer une responsabilité pénale des groupements. L'on devait sans doute à la présence de quelques juristes d'exception dans les commissions d'étude, si en devançant largement les temps d'évolution du droit, une telle proposition était discutée en France il y a presque quarante ans (DELMAS-MARTY, 1980).

Il aura fallu encore un quart de siècle pour que l'idée de rendre responsables pénalement les entités collectives voit le jour en France (DELMAS-MARTY; GIUDICELLI, 2000). C'est, comme nous tous nous le savons, le code pénal de 1992, entré en vigueur le 1er mars 1994, qui institua, en son article 121-2 – la deuxième des dispositions consacrées à la responsabilité dans unecodification extrêmement pauvre en ce qui concerne les règles de la partie générale – des sanctions pénales à l'encontre des personnes morale. La plupart de commentateurs se sont d'ailleurs accordés à dire qu'il s'agissait de la seule véritable nouveauté de la codification, laquelle pour l'essentiel se bornait à consacrer dans des dispositions législatives les évolutions jurisprudentielles qui étaient intervenues sous l'empire, duré presque deux siècles, du Code pénal napoléonien de 1810 (LASCOUMES; PONCELA, 1998).

Le caractère novateur de la réforme était incontestable. Le nouveau code rompait de front avec le principe *societas delinquere non potest*, qui avait survécu de manière pratiquement ininterrompue depuis l'ancien droit romain, à l'exception de quelques cas de figure mineurs signalés par la doctrinepour les entreprises de presse collaborationnistes à l'issue de la Deuxième guerre mondiale. Fortement inspirée par une orientation pragmatique, faiblement ou nullement empreignéde préoccupations dogmatiques, la législation et la science pénales françaises se montraient largement décomplexées en ce qui concerne les retombés théoriques d'une telle innovation et accomplissaient un pas difficile à concevoir à l'époque ailleurs. Un des pays les plus représentatifs de la tradition romano-germanique s'alignait sur le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, qui avait été considérée jusqu'à ce moment là comme étant exclusive des pays anglo-saxones (Etats-Unis et Royaume Uni, tout d'abord,

mais aussi Australie et Canada, pour ne citer que les principaux). Ainsi, c'était la *civil law* toute entière qui finissait pour douter du mythe inébranlable selon lequel le droit pénal a une dimension exclusivement anthropomorphe et pour secouer le tabou de la responsabilité pénale des entités collectives.

Les raisons sous-jacents à un tel changement son bien connues: nécessité de répondre à une criminalité d'entreprise de plus en plus dangereuse et nuisible, notamment en matière environnementale et dans tous les autres domaines relevant du risque de production (alimentation, médicaments, droit des travailleurs); développement d'un droit pénal des affaires axé exclusivement sur les individus et soupçonné pour cela d'être à la fois inefficace, pour la nature fongible des personnes physiques, et injuste, en faisant de celles-ci des boucs émissaires de décisions relevant de l'organisation complexe de l'entreprise; renforcement d'un contexte économique mondial fondé sur le principe de la libre concurrence des entreprises et significativement caractérisé, exactement en 1992, par la mise en place d'un marché unique et sans frontières au sein de l'Europe, qui exigeait des contrepoids en termes de contrôle de acteurs économiques et de sanction de leurs agissements illicites.

Animé par un fort pragmatisme et peu enclin aux élaborations théoriques de marque allemande, le législateur français – s'appuyant sur le constat accompli de longue date par la doctrine revendiquant une prétendue incompatibilité entre le "génie latin" et le "génie germanique" – opta en faveur de la solution apparemment la plus simple et la plus linéaire en ce qui concerne les critères d'imputation de la responsabilité aux personnes morales. Les caractères salissant du choix accompli par le Code pénal de 1992 – peu ou point modifié sur ce point par la suite – peuvent se synthétiser de la manière suivante.

Premièrement, le choix a été fait en faveur d'un *système formellement pénal*: sans vouloir accorder une importance majeure à l'étiquette retenue par le législateur, un telle option de fond entraîne une série de conséquences d'envergure notamment, en ce qui concerne l'insertion des dispositions au sein du Code pénal et l'application tendancielle de toutes les règles de la partie générale aux individus personnes physiques aussi bien qu'aux personnes morales, et cela de manière indifférenciée.

Deuxièmement, et c'est qui plus compte dans le cadre de cette présentation, le critère d'imputation retenu par le législateur français a été celui dit de *l'identification organique* ou, selon la terminologie courante en France, de la responsabilité "par ricochet", en vertu duquel la personne morale répond en raison et pour le simple fait qu'un individu, organe ou représentant, ait commis une infraction agissant pour le compte de cette dernière. La grande majorité de la doctrine française a considéré un tel modèle de responsabilité comme étant

parfaitement conforme aux catégories du droit pénal, sans vraiment s'interroger sur le point de savoir si cela s'accordait avec les principes et les structures conceptuelles d'une telle branche du droit, aspect dont il est facile de doute.

Ce n'est qu'à une époque récente, notamment sous l'impulsion de la jurisprudence, qu'une évolution modérée et non linéaire de ce modèle a eu lieu. Certain commentateurs commencent en effet à apercevoir les signes d'une *démarcation progressive de la responsabilité de la personne morale de celle de la personne physique*, plusieurs indices d'une rupture du lien d'identification régissant traditionnellement la reproche à l'une et à l'autre faisant actuellement face, et cela dans le sens d'une plus grande autonomisation de la culpabilité de l'entité collective (TRICOT, 2012). Les étapes d'un tel changement sont au nombre de trois.

Tout d'abord, c'est le législateur que par la loi du 12 juillet 2000 (dite loi Fauchon) visant à reformer la responsabilité des personnes physiques pour les infractions involontaires afin de limiter la mise en cause de décideurs public, a affaibli la relation existante entre la responsabilité de lapersonne physique et de la personne morale. En reformant l'article 121-3 du Code pénal, dans lequel s'inscrit désormais un alinéa 4, les personnes physiques ayant causé de manière simplement indirecte le dommage ne pourront répondre de l'infraction involontaire que si elles ont agi avec une faute caractérisée ou délibérée. La dissociation avec la responsabilité des personnes morales est alors évidente car, pour que ces dernières répondent des mêmes infractions, une faute simple suffira (GIUDICELLI, 2001).

Ensuite, c'est la jurisprudence qui, par différents biais s'est éloignée d'un modèle pur de responsabilité par ricochet. Elle l'a fait, tout d'abord, dans les décisions dans lesquelles elle aomis, sur la base de considérations d'opportunité, d'identifier la personne physique auteur de l'infraction, sans pour autant se refuser à condamner la personne morale: c'est le cas, par exemple, des infractions relevant uniquement de l'entrepreneur liées à la sécurité sur les lieux des travail.

Enfin, à une époque plus récente, la jurisprudence a accompli quelques pas vers la recherche d'une culpabilité propre à l'entité collective, en s'appuyant sur la notion de politique d'entreprise, et cela notamment en matière d'infractions volontaires (l'on citera à cet égard l'exemple de la manipulation des cours boursiers) (STASIAK, 2010) mais également – c'est qui est plus difficile à concevoir–en matière d'infractions involontaires (pour le décès d'un patient dans une unité hospitalière) (MAYAUD, 2010).

Toutes ces tentatives prétoriennes et relevant essentiellement des juges de fond s'enfrentent aujourd'hui à une certaine résistance de la part de la Cour

de Cassation, laquelle montre clairement l'intention de revenir à la portée originaire des textes et au système pur de l'identification (ROBERT, 2012). Une telle résistance est fort regrettable car la dynamique entamée pourrait permettre au système juridique français, encore assez rudimentaire en la matière, d'accomplir quelques pas dans la même direction suivie par d'autres ordres juridiques européens qui se veulent plus attentifs au respect des principes classiques du droit pénal, comme on va maintenant le voir.

4. LE MODÈLE DE LA RESPONSABILITÉ "PROPRE À LA PERSONNE MORALE" ET SA LENTE DIFFUSION

La mise en ouvre d'une responsabilité des entités collectives pour la commission d'infractions pénales est la résultante, en Italie, d'une réforme largement sollicitée par l'Union européenne et par la communauté internationale. La loi n. 300 de l'année 2000, visant à mettre en conformité l'ordre juridique italien avec une série d'engagements pénaux adoptés au plan international, et portant notamment sur les infractions d'affaires (fraude aux subventions, corruption, malversation), prévoyait l'adoption par le Gouvernement des dispositions nécessaires pour déclarer les collectivités de droit privé responsables de certains infractions pénales limitativement énumérées. Les travaux d'une commission d'étude, présidée magistralement par Carlenrico Paliero, ont débouché sur le décret-loi n. 231 de 2001, instituant les nouvelles règles dans l'ordre juridique italien (PALIERO, 1996).

Si les facteurs à l'origine de la réforme correspondent largement à ceux que l'on retrouve en France (nécessité politico-criminelle de poursuivre efficacement certaines infractions, dépassement du schéma de la responsabilité purement individuelle du sommet de l'entreprise, adaptation aux impératifs de pénalisation de source internationale etc.), il en reste néanmoins que le modèle de la responsabilité qui a été bâti est extrêmement plus sophistiqué, ce qui impose un regard rapproché.

Premièrement, le législateur a opté en faveur d'une *responsabilité des entités collectives dite administrative pour des infractions pénales*. Il a, en d'autres termes, rejeté l'idée d'une responsabilité explicitement pénale, tout en conférant au juge pénal la tâche de connaître des tels agissement et de prononcer, le cas échéant, les sanctions qui s'y rattachent. A cet effet le droit de fond et de procédure applicables aux personnes morales sont assortis de garanties similaires à celles reconnues pour la personne physique auteur de l'infraction. Face à une telle formule les opinions doctrinales divergent: alors que certains considèrent que la responsabilité en question est effectivement de

nature administrative, une majorité des auteurs est convaincue que cela cache une responsabilité réellement pénale, alors que certains y voient un *tertium genus* à mi-chemin entre administratif et pénal.

Le débat risque cependant d'occulter la vraie portée de la réforme qui se situe sans doute dans la *construction extrêmement articulée des critères d'imputation de l'infraction pénale*. En règle générale pour que l'infraction puisse être attribuée à l'entité collective, il est nécessaire qu'un individu personne physique doté de pouvoirs de représentation, d'administration ou direction, de gestion ou de contrôle dans son sein (individu en position apicale) ait commis une des infractions limitativement énumérées. La catégorie des sujets pouvant entrainer la responsabilité de l'entité collective ne se limite cependant pas à ces premiers: sont également visés les sujets soumis au pouvoir de représentation, d'administration ou direction,de gestion ou de contrôle d'autrui (individus en position para-apicale). Les uns et les autres doivent avoir commis l'infraction "dans l'intérêt" ou " au profit" de la personne morale: ce lien – formulé en termes alternatifs – entre l'agissement individuel et l'entité collective relève comme critère d'imputation sur un plan objectif et ne se distingue pas – comme on vient de le voir – selon que la personne physique soit en position apicale ou para-apicale.

En revanche une différenciation est à faire en ce qui concerne les critères dits d'imputation subjective et c'est sur ce plan que toutes les particularités du modèle italien apparaissent. Un rôle prépondérant est joué sur ce terrain par les règles d'organisation et de gestion internes à l'entreprise et destinées à prévenir la réalisation d'infractions (*compliance programs* ou règles de conformité) (DE MAGLIE, 1995). Dans le cas d'infractions commises par des sujets en position apicale, la responsabilité de l'entité collective surgit alors même qu'elle a adopté et correctement appliqué ses propres règles de conformité, car on présume alors que la volonté de la personne morale correspond à celle de son dirigeant, une seule exception étant prévue au cas de violation frauduleuse de la règle de la part du dirigeant. Lorsqu'il s'agit d'individus en position para-apicale, en revanche, l'adoption et la correcte mise en œuvre de la règle de conformité peut constituer un écran pour la responsabilité de l'entité collective, dans le sens qu'elle est susceptible d'amener à une exonération ou à une atténuation des sanctions à son encontre : le juge doit alors vérifier si, malgré la réalisation de l'infraction, les règles d'organisation internes à l'entreprises étaient adéquates pour prévenir des infractions relevant de la même catégorie que celle qui a été commise.

Un tel modèle d'imputation, entièrement construit sur un système d'attribution de l'infraction pénale à la personne morale en vertu de son organisation défectueuse, a été suivi dans d'autres législations, le plus souvent

s'ajoutant, sans le remplacer, ausystème de base de la responsabilité par ricochet. C'est le cas du Royaume-Uni, avec le *Corporate manslaughter* et de la Suisseet aujourd'hui d'une évolution internationale plus large (PIETH, 2011).

Malgré une telle évolution, on ne peut pas cependant cacher que le modèle de la responsabilité "propre à la personne morale" est loin de se généraliser à l'échelle européenne. Un certain nombre d'ordres juridiques, et parmi ceux-ci certains des plus importants au plan symbolique, rejettent encore aujourd'hui toute responsabilité des personnes morales pour les infractions pénales.

5. LE "REJET" DE LA RESPONSABILITÉ POUR LES INFRACTIONS PÉNALES ET SA PERSISTANCE ACTUELLE

On ne pourra pas s'étendre ici sur le modèle allemand et cela non simplement en raison de l'ampleur du débat doctrinal qui entoure la question dans un tel contexte juridique, mais aussi compte tenu du fait que le législateur allemand se refuse, encore aujourd'hui, à dépasser l'ancienbrocard *societas delinquere non potest*. En effet, l'Allemagne figure de nos jours parmi les États qui n'ont pas encore connu de réformes récentes allant dans le sens d'une responsabilité des entités collectives proprement pénale (selon l'exemple français) ou d'une responsabilité d'autre nature pour des infractions pénales (selon l'exemple italien).Ce choix a une importance majeure, compte tenu du rôle dominant joué par l'ordre juridique allemand dans l'élaboration juridique au niveau mondial.

D'une part, le *Strafgesetzbuch* allemand reconnaît l'applicabilité d'un certain nombre de mesures financières aux personnes morales. En vertu du § 75 StGB le patrimoine d'une personne morale peut faire l'objet d'une confiscation en tant qu'instrument ou produit du crime si l'auteur personne physique a agi au titre de représentant de la personne morale ou si celle-ci a obtenu un bénéfice de la commission de l'infraction. Nous ne sommes pas en présence de peines à proprement parler, de telles mesures visant simplement à soustraire à l'entité collective concernée les produits ou moyens illicites ou ayant une portée essentiellement préventive, sans impliquer une déclaration de culpabilité.

D'autre part, la législation allemande admet la possibilité pour une personne morale d'être appelée à répondre de certaines infractions de nature administrative relevant du système quasi-pénal des *Ordnungswidrigkeiten*. Une fois de plus on ne peut pas considérer qu'un tel système relève du droit pénal à proprement parler, la doctrine qualifiant une telle responsabilité de para-pénale (*para-strafrechtliche Lösung*). Il reste à constater, cependant, que le § 30 OWiG établissant des "amendes pour les personnes morales" se fonde sur un système

d'imputation "par identification", en vertu duquel il est demandé que l'infraction ait été commise par un représentant ou dirigeant de la personne morale, dans l'exercice de ses fonctions, et qu'un tel comportement ait engendré (ou simplement visé) un avantage pour l'entité collective. Il s'agit donc d'un modèle d'imputation qui repose sur la responsabilité des individus personnes physiques situées au sommet de l'entreprises (*strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*), qui s'apparente au modèle reconnu par la législation française.

En 1999, le Ministère fédéral de la justice amis en place une commission d'experts afin de réexaminer la question de la responsabilité pénale des personnes morales. Encore une fois la commission a abouti à une conclusion négative concernant la responsabilité strictement pénale, sur la base du constat que le § 30 OWiG était à considérer déjà suffisant pour faire face à la criminalité d'entreprise. De plus, la commission gouvernementale a souligné qu'une responsabilité pénale des personnes morales aurait été contraire au principe *nulla poena sine culpa*, en raison du fait que de les sanctions auraient pu amener à des conséquences négatives pour les tiers, tels que les associés ou les travailleurs. Si le débat est loin d'être clos au niveau doctrinal, on ne peut que convenir sur le fait que l'Allemagne continue de représenter un modèle qui se refuse d'abandonner le principe *societas delinquere non potes*ten vertu de l'enracinement fort, dans cet ordre juridique, du principe de la culpabilité comme fondement de la responsabilité pénale.

6. UNE TENTATIVE D'EXPLICATION (PARTIELLE): LA DÉPENDANCE DU MODÈLE DU RANG DU PRINCIPE DE CULPABILITÉ AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE CONSIDÉRÉ

La décision adoptée par la France s'inscrivait, comme nous avons eu l'occasion de le signaler, dans un contexte juridique où l'attention pour les catégories théoriques du droit pénal est extrêmement faible et où la recherche se caractérise par un certain pragmatisme peu enclin à l'élaboration conceptuelle de marque allemande. Dans ce cadre, force est de constater que les principes régissant la responsabilité pénale sont loin d'avoir connu le niveau d'analyse et d'approfondissement que l'on constate ailleurs en Europe ou en Amérique Latine. Il suffirait de souligner, à cet égard, que le principe de la responsabilité pénale de son propre fait n'apparaît formellement dans le textes qu'en 1994 et cela dans le seul code pénal, sans recevoir de consécration expresse au niveau constitutionnel, où sa reconnaissance se fonde indirectement sur le principe de la présomption d'innocente de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est donc sur ces bases, assez fragiles,

que l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales s'est appuyée, ce qui peut contribuer à expliquer pourquoi le *législateur français, opta en faveur d'un modèle d'imputation intégralement tiré de la responsabilité civile.* Il conviendra juste de mentionner ici, sans possibilité d'approfondir la question, que la classification du droit pénal parmi les branches juridiques relevant du droit privé, sa dépendance et son infériorité par rapport au droit civil proprement dit dans la formation du juriste français, ont fait en sorte que la théorisation de la responsabilité ait été fortement marquée par les civilistes: la responsabilité pénale a été traditionnellement calquée sur la responsabilité civile, et cela jusqu'à aujourd'hui, malgré les quelques signes d'autonomisation apparus récemment.

A l'extrême opposé se situe *le droit allemand*, au sein duquel – comme nous venons de le voir – *aucune disposition ne fait référence à une responsabilité proprement pénaledes personnes morales*, laquelle fait donc l'objet d'un véritable rejet: si le mécanisme de l'imputation, fondé sur l'identification, est proche de celui reconnu par le système français, il reste néanmoins cantonné au droit administratif punitif. Tel que le débat actuel vient de le confirmer, les obstacles principaux au dépassement d'une responsabilité pénale exclusivement axée sur les personnes physiques découlent de l'ancien principe de la responsabilité de son propre fait pour une seule reproche coupable, qui est solidement inscrit dans l'élaboration dogmatique allemande.

Quant au *choix italien en faveur d'une responsabilité dite administrative des entités collectives pour des infractions pénales*, il s'agit d'une formule à plusieurs égards intéressante. La solution retenue est largement due à la nécessité de concilier l'existence de principes de rang constitutionnel, qu'en Italie imposent la nature personnelle de la responsabilité pénale– ce qui aurait pu constituer un obstacle à la mise en œuvre de la réforme –avec les exigences politico-criminelles à la base de la pénalisation des agissements imputables aux entités collectives. Le législateur italien a voulu échapper tant à la solution " à la française" de l'imputation par ricochet, qui n'aurait pas pu s'accorder avec sa Constitution, quant à la solution "à l'allemande" purement extra-pénale, considérée probablement comme étant insuffisante face à une criminalité agressive et diffuse comme celle qui existe en Italie. Il a donc parcouru un chemin assez originel visant *la recherche d'une reprochabilité toute normative à la personne morale elle-même qui s'appuie sur les règles de conformité.* Ce système, largement inspiré de l'expérience nord-américaine,va au delà de la simple reconnaissance de la valeur des *compliance programs*aux fins de la détermination de la peine, pour en faire un élément essentiel de la construction de l'imputation de l'infraction et, le cas échéant, pour l'exonération de la responsabilité pour la personne morale.

7. DE LA FRAGMENTATION À L'HARMONISATION: LES PAS HÉSITANTS D'UNE POLITIQUE CRIMINELLE DE L'UNION EUROPÉENNE POUR LE RAPPROCHEMENT PÉNAL

Face à une teléloignement des trois des principaux modèles européens, qui est d'ailleurs le fruit d'une simplification remarquable du cadre juridique comparatif,cachant bien d'autres divergences entre systèmes aussi bien qu'à l'intérieur de chacun d'entre eux, il s'agit alors de se demander quelle a été l'attitude du législateur de l'Union européenne. En effet, une certaine harmonisation des solutions nationales est une nécessité fortement ressentie si l'on entend assurer la cohérence juridique et l'égalité entre acteursà l'échelle régionale. En se tenant à l'angle d'attaque qui guide nos réflexions, cela revient à se demander quelles sont les règles d'imputation dessinées par le législateur européen et, le cas échéant, quel rôle a été attribué aux programmes de conformité dans la structure de la responsabilité des personnes morales. Comme en le verra à l'analyse des textes, derrière une certaine indifférence du législateur de l'Union pour des telles questions, se cache une nette préférence pour le modèle le plus rudimentaire des modes d'imputation, celui de l'identification. Une telle conclusion exige cependant que l'on présente les modalités d'intervention de l'Union sur le droit pénal des États membres afin de vérifier en détail si et dans quelle mesure celui-ci est modelé du haut.

L'Union européenne – qui, comme nous tous le savons, est démunie d'une compétence pénale pleine – poursuit son objectif de construction d'une politique criminelle partiellement commune à ses États membres en se servant de deux leviers. Le premier levier constitue un "*frein à la pénalisation*" (neutralisation) et vise à d'annuler les excès de répression qui pourraient constituer un obstacle à la création du marché unique. L'incidence indirecte du droit de l'Union, découlant de l'hypothèse de l'antinomie, est susceptible d'entraîner de manière médiate un certain rapprochement des législations nationales mais cela ne se produit pas en relation avec la responsabilité pénale des personnes morales qui est caractérisée, en l'état actuel des législations nationales, par un défaut plutôt que par un excès de réponses pénales.

L'autre levier représente un "*accélérateur à la pénalisation*" (expansion) et consiste dans une impulsion donnée aux législateurs nationaux afin qu'ils se dotent de réponses pénales adéquates pour assurer la protection de certains biens juridiques à portée transnationale.Dans ce dernier cadre s'inscrit la politique de rapprochement, qui consiste à astreindre les législateurs des vingt-sept États membres à se conformer à une disposition modèle de source européenne, de manière à qu'une certaine compatibilité à l'échelle régionale soit réalisée.

C'est par le biais du rapprochement que le législateur européen a essayé de guider les réponses nationales concernant la criminalité d'entreprise au cours des dernières années: on étudiera ainsi les contenus de ce rapprochement afin de vérifier si, et dans quelle mesure, un modèle véritablement commun et satisfaisant au plan théorique a été mis en place concernant la responsabilité des personnes morales.

On ne traitera pas en revanche ici d'autres politiques de l'Union touchant indirectement à la responsabilité pénale des personnes morales. Ne seront donc pas abordées les questions tenant à la reconnaissance mutuelle – véritable pierre angulaire de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice que l'Union poursuit depuis 1999 – car une telle stratégie, visant à faire l'économie du rapprochement aux fins de la coopération judiciaire en matière pénale, en la remplaçant par la libre circulation des décisions judiciaires de chaque État membre, est encore tournée pour l'essentiel vers les infractions individuelles. Ne sera pas analysé non plus le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune, et notamment le gel des fonds par l'Union, qui est prévu par un certain nombre de règlements liés à la lutte contre le terrorisme, dont les destinataires sont au premier chef des entités collectives (voir par exemple le Règlement (CE) n. 423/2007 du Conseil du 19 avril 2007 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran).

Même réduit à sa portée essentielle de mise en compatibilité des dispositifs répressifs de nature pénale pour un certain nombre d'infractions, le thème du rapprochement de la responsabilité des personnes morales à l'échelle des vingt-sept États membres, montre cependant une dimension problématique, en termes de règles et de principes, qui nécessite d'être éclaircie. L'approche retenue ici portera à traiter tout d'abord de la question des *domaines d'intervention* de l'Union, et donc plus précisément des infractions pour lesquelles le législateur européen demande la mise en ouvre de sanctions pénales ou para-pénales à l'encontre des entités collectives. Ce n'est que dans un second temps que l'on pourra se pencher sur les *contenus d'un tel rapprochement*, notamment en ce qui concerne les critères d'imputation de l'infraction à la personne morale, aspect sur lequel les réponses nationales – comme nous l'avons vu – divergent de manière très significative. D'autres questions (telles que la nature des sujets collectifs visée, la nature de la responsabilité dont on demande la mise en œuvre, la typologie des sanctions, par exemple) – pourtant elles aussi d'un très grand intérêt – ne seront évoquées ici que dans la mesure où elles s'avèrent utiles pour traiter de l'imputation.

Domaines et contenus, d'ailleurs, ne sont pas deux variables indépendantes l'une de l'autre: l'étendu des domaines d'intervention est susceptible – du

moins en théorie – de guider l'adoption de choix des règles d'imputation à la personne morale. Ainsi, pour ne citer que l'élément le plus évident, il est courant que les critères d'imputation, au sein d'un même ordre juridique, divergent selon que l'infraction soit volontaire ou involontaire (que ça soit par voie législative ou prétorienne).

8. L'INCLUSION SYSTÉMATIQUE DE RÈGLES SUR LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES AU SEIN DES INSTRUMENTS DE RAPPROCHEMENT PÉNAL ET LES RISQUES D'UNE POLITIQUE CRIMINELLE PARCELLISÉE

En ce qui concerne les critères de sélection des domaines dans lesquels le droit de l'Union a essayé de bâtir un modèle homogène de responsabilité des entités collectives, la tâche est relativement aisée.Le premier pas a été accompli par le Deuxième protocole à la Convention pour la protection des intérêts financiers de 1997 (voir Deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *Journal officiel* n. C 221 du 19.07.1997, p. 12 et s.): le thème s'est toujours voulu fortement mobilisateur des énergies (un peu moins des esprits!) européennes. Quoi de mieux, pour harmoniser le droit pénal que de mettre en exergue une question si profondément liée à l'existence et au fonctionnement propre des institutions communautaires (un "bien juridique primaire", il a été dit), et en plus à la portée économique, manière de nous rappeler – au cas où nous l'avions oublié – que l'objectif est essentiellement celui du marché unique? La légitimation des institutions européennes à renforcer la demande de pénalisation adressée aux États membres est ici particulièrement forte, sans vouloir nier cependant qu'elle répond à une logique bureaucratique qui affaiblit remarquablement la portée du message symbolique.Bien d'autres commentateurs ont largement dévoilé le raisonnement sous-jacent à une telle priorité de la politique criminelle de l'Union et certains des ses défauts principaux. Comme Alessandro Baratta l'avait justement souligné, il aurait été mieux de commencer le chemin de l'harmonisation par des thème véritablementprioritaires pour le citoyen européen, telle que la traite de êtres humains (le penchant négatif de l'immigration des pays tiers) ou la protection de l'environnement (qui en revanche est émergétardivement parmi les points de mire de la coopération pénale européenne).

Depuis ce premier pas, la longue marche de la responsabilité des personnes morales a suivi un chemin qui a été marqué par deux aspects essentiels: l'Union a en effet retenu une approche que je définirais parcelliséemais tendanciellement systématique, ce dernier aspect pouvant être analysée en premier.

Tout d'abord, l'inclusion de règles sur la responsabilité des personnes morales au sein des instruments d'harmonisation pénale a eu lieu*de manière systématique*. A quelques exceptions près, il est loisible d'affirmer que, depuis une quinzaine d'années, tout texte portant rapprochement des infractions pénales pour les personnes physiques inclut des règles d'harmonisation de la responsabilité des personnes morales. Dans ce cadre, un découpagedes domaines d'intervention est possible en s'en tenant aux deux axes qui apparaissent à l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européennelequel, tout en étant entré en vigueur en 2009, est venu consacrer la pratique législative développée depuis deux décennies (GIUDICELLI-DELAGE; LAZERGES, 2012).

Premièrement, il est prévu que des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes. C'est la compétence dite "primaire", en vertu de laquelle il est envisageable le rapprochement des règles sur la responsabilité des personnes morales dans les domaines suivants: le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

Dans ce premier axe, l'Union a déjà établi des règles minimales pour la responsabilité des personnes morales de longue date, et cela en faisant recours à l'éventail entier des instruments de droit dérivé. Notamment, dans le passé ce sont des conventions (intérêts financiers et corruption en 1997, pour ne citer que les domaines principaux), des actions communes et des décisions-cadre (terrorisme 2002 et 2008, organisation criminelle 1998 et 2001, traite et pédopornographie 1999 et 2008, encore à titre d'exemple) qui ont été adoptées. Plus récemment ce sont les nouvelles "directives pénales de substitution" qui incluent systématiquement des règles exigeant des États membres qu'ils sanctionnent les agissements des personnes morales: on pourra citer à cet égard la Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil.

Deuxièmement, le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires par le biais d'une directive peut avoir lieu s'il s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation (compétence dite

"secondaire" ou "annexe"). C'est typiquement le domaine de l'environnement: ainsi la Directive 2009/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009, relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions (*JO L 280 du 27.10.2009*, p. 52 s.) à son article premier,introduit un nouvel article 8 ter à la directive 2005/35/CE, en vertu duquel: "chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions pénales visées à l'article 5 bis, paragraphes 1 et 3, et à l'article 5 ter".

La seconde caractéristique de la stratégie de l'Union en matière de responsabilité des personnes morales est sa nature parcellisée, et cela en raison du choix ponctuel des domaines d'intervention, de la renonciation à une règle générale et de l'oubli de certains thèmes.

Le choix ponctuel des domaines d'intervention est le résultat de la structure propre à la politique criminelle de l'Union: compte tenu du principe d'attribution elle n'intervient que dans des domaines biens précis, là où les traités prévoient une fondement juridique et – dans ce cadre, bien évidemment – là où un consensus politique se dégage. Cela amène à un certain nombre de paradoxes: si la pédopornographie ou les mutilations génitales féminines ont fait l'objet des plusieurs initiatives et textes de l'Union prônant en faveur de la responsabilité des personnes morales, rien n'est prévu en relation avec la sécurité et hygiène des lieux de travail et les directives en matière de pollution ont dû attendre plusieurs années avant de se colorer de contenus pénaux. Plus en général, le choix des domaines d'harmonisation pénale semble être guidé par des impératifs d'efficacité et par un souci de symbolisme qui s'accordent mal avec la rationalité et l'équilibre que l'on exigerait dans tout recours à la sanction pénale.

L'oubli des certains axes peut être souligné en relation avec la position de la victime au sein du système de la responsabilité des personnes morales. Alors que l'Union a fondé sur ce thème un ensemble de textes de droit dérivé, en nourrissant d'ailleurs une politique criminelle fortement sécuritaire et donc critiquable elle n'a pas directement envisagé le droit de se porter partie civile dans le cadre d'un procès pénal à l'encontre d'une personne morale. La question, qui est riche d'implications notamment en raison de l'ampleur des effets et de l'étendu du nombre de victimes susceptibles d'apparaître dans la criminalité d'entreprise, vient néanmoins d'être posée à la Cour de justice par le Tribunal de Florence dans l'affaire Giovanardi (C-79/11). Par son arrêt de juin 2012 elle a statué que la décision-cadre 2001/220/GAI du Conseil du 15 mars 2001 relative à la position de la victime dans le cadre de la procédure pénale ne fait pas obstacle à un système excluant le droit de la victime de se porter partie

civile à l'encontre de la personne morale, ainsi renonçant à harmoniser ce pan de la procédure pénale relatif auxpersonnes morales.

Le résultat final de ce mode d'intervention du droit de l'Union est représenté par la renonciation à une règle générale sur la responsabilité des personnes morales applicable à l'ensemble des infractions. Si cela se comprend bien du point de vue de l'Union – en raison du défaut d'une base juridique si large dans le cadre de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice – les effets que cela entraîne au niveau interne apparaissent comme étant moins satisfaisants. Les législateurs nationaux se retrouvent devant des impératifs de droit européen pour certaines infractions et dans un vide de discipline pour d'autres, ce qui engendre à l'occurrence un droit pénal à plusieurs vitesses au sein d'un même État membre.

9. L'IMPUTATION "PAR IDENTIFICATION" POUR LES AGISSEMENTS DES ORGANES ET REPRÉSENTANTS

Concernant la nature de la responsabilité à attribuer aux personnes morales, il convient de rappeler que l'Union exprime une certaine indifférence. Il serait donc erroné de vouloir déduire des textes européens une demande de pénalisation, l'Union se limitant à demander une responsabilité pénale ou administrative, pourvu qu'elle soit rattachée à des infractions et que les sanctions répondent à des critères d'adéquation (dissuasion et efficacité) dans le cadre de la proportion. Cet aspect se confirme dans les tout derniers documents de la Commission, qui, dans sa Communication du 20 septembre 2011intitulée "Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal" (*COM(2011) 573 final*), précise que "la question du régime de responsabilité à appliquer aux personnes morales" peut être indifféremment "pénale ou civile" car, "dans la législation existante, le choix a toujours été laissé aux États membres du type de responsabilité pesant sur les personnes morales, le concept de responsabilité pénale des personnes morales n'existant pas dans tous les ordres juridiques nationaux".

Cette ambigüité non résolue de la part du législateur et à l'origine du choix qu'il a accompli en matière d'imputation: n'exigeant pas, à proprement parler, l'adoption d'un modèle de responsabilité pénale au sein des ordres juridiques nationaux, le législateur européen s'est orienté en faveur d'une structure de l'imputation faiblement caractérisée par les garanties propres du droit pénal et notamment il n'a pas dû faire une place au principe de la responsabilité personnelle et coupable.

Ainsi *deux schémas alternatifs son réunis dans les textes de droit dérivé mais tous les deux sont tirés de la structure propre à la responsabilité civile.* Cela a lieu, de manière constante, depuis presque quinze ans, comme le confirme la comparaison entre le Deuxième protocole sur la protection des intérêts financiers de 1997 et la Directive de 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, un des derniers actes adoptés en matière pénale.

Au premier chef, les textes de l'Union visent la mise en place d'une imputation-modèle fondée sur la concept de l'identification pour les agissements des organes et représentants, c'est à dire des individus se trouvant en position supra-ordonnée (sommet de l'entreprise). Trois éléments doivent être réunis aux termes de ce modèle.

Tout d'abord, l'imputation exige un élément reposant sur lesqualités de la personne physique et notamment sur *sa position dominante au sein de l'entité collective*: "Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'un fait (...), sur les bases suivantes: un pouvoir de représentation de la personne morale ou une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ou une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale". Il faut donc qu'il s'agisse d'un organe ou représentant, même *de facto* (autorité de décision ou de contrôle). La notion de contrôle implique notamment le pouvoir de surveillance sur les activités financières et sur les écritures comptables et une certaine possibilité d'influencer la gestion de la personne morale.

Ensuite, il faut que l'infraction ait été *commise pour le compte* (lien de nature objective) de la personne morale: "Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'un fait commis pour leur compte par une des personnes susmentionnées". Le concept maintient, comme on le sait à l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence internes, un certain degré d'incertitude, s'agissant notamment de d'établir si et dans quelle mesure il se confond avec la notion d'avantage ou d'intérêt.

Enfin, la personne physique doit être *l'auteur ou le complice* de l'infraction, les textes se contentant du fait qu'il ait agi en qualité de complice ou d'instigateur, ou bien d'auteur de la tentative de commission du fait.

Concernant l'articulation de l'imputation, "la responsabilité de la personne morale n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigatrices ou complices des infractions". Le modèle est donc cumulatif et non pas alternatif, conformément à la solution adoptée par la plupart des États membres, ce qui est globalement justifié.

En conclusion, pour les agissement dusommet de l'entreprise (individus en position apicale) nous sommes en présence d'un modèle qui ressemble fortement au système d'imputation par ricochet de dérivation française,au point que l'on on pourrait se poser la question de savoir si ce n'est pas le choix du Nouveau code pénal de 1992-1994 qui à l'origine de la réglementation communautaire, avec tout le questionnement qui en découle sur le plan des concepts du droit pénal.

10. L'IMPUTATION "VICARIALE" POUR LES AGISSEMENTS DES PERSONNES SOUMISES AU POUVOIR DE DIRECTION OU DE CONTRÔLE

Le droit dérivé de l'Union prévoit un second modèle d'imputation concernant les agissements des individus se trouvant en position subordonnée (cadres intermédiaires) et quivient cependant s'ajouter au précédant. Comme la directive de 2011 sur la traite, à l'instar des textes adoptés auparavant, le prévoit, les États membres veillent également à ce qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission de l'une des infractions visées, pour le compte de ladite personne morale, par une personne soumise à son autorité. Il y a donc la mise en place d'une imputation-modèle pour les agissements des personnes soumises au pouvoir de direction ou de contrôle d'autrui.

Dans les toutes dernières initiatives de l'Union européenne, les deux modèles d'imputation continuent de coexister. Ainsi, dans le "Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal" du 27 novembre 2009 (16542/2/09 REV 2 JAI 868), il est prévu que: "Chaque État membre fait en sorte (prend les mesures nécessaires pour) qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable des infractions visées aux articles (articles relatifs aux infractions pénales) lorsqu'elles ont été commises pour son compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale qui exerce un pouvoir de direction en son sein, en vertu: a) d'un mandat de représentation de la personne morale; b) d'un pouvoir de prendre des décisions au nom de la personne morale; ou c) d'un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale". De même, il "fait en sorte qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission d'une infraction visée aux articles (articles relatifs aux infractions pénales) pour le compte de la personne morale par une personne soumise à son autorité".

La structure de l'imputation repose donc, dans ce second cas de figure, sur un élément ultérieur qui vient compenser l'absence du pouvoir de direction ou de représentation de la part de l'auteur personne physique. Ce dernier étant un subordonné (ou plutôt un individu en position para-apicale), dans le sens qu'il est soumis aux pouvoirs de direction ou de contrôle d'autrui, le défaut de surveillance ou de contrôle doit avoir "rendue possible" la commission de l'infraction selon la structure propre de la *culpa in vigilando*. On remarquera au passage que la condition posée par la norme que l'infraction soit commise "pour le compte" de la personne morale est plus difficile à constater dans le cas d'espèce, l'individu étant démuni de pouvoir de représentation.

Selon l'interprétation que l'on entend donner à l'expression "personne visée au paragraphe 1", le contenu du second critère d'imputation diverge. Si la référence est faite à la personne physique visée auparavant (individu en position apicale), c'est la circonstance que cette dernière ait commis une omission fautive qui vient fonder l'imputation à la personne morale, ainsi en rêvant à la structure à la française de l'identification combinée avec la figure du décideur. Si, en revanche, l'omission fautive ayant permis la réalisation du fait par le subordonnée était à référer à la personne morale elle même, dans le sens d'un défaut d'organisation, on serait alors en présence d'une toute première amorce de responsabilité de la personne morale de son propre fait, plutôt semblable au modèle italien.

La lecture du texte laisse sans doute prôner en faveur de la première option interprétative. Ce n'est donc qu'au prix d'une certain effort interprétatif, que le modèle d'imputation concernant les agissements des individus en position para-apicale pourrait correspondre à la recherche d'un degré quoique minimal de culpabilité de la personne morale dans le sens d'un défaut d'organisation.

11. CONCLUSION: LES PERSPECTIVES D'UN MODÈLE D'HARMONISATION AXÉ SUR LA CULPABILITÉ PROPRE À LA PERSONNE MORALE

Le moment est arrivé de recomposer dans un cadre cohérent les quelques fragments du système juridique européen qui ont été présentés iciet d'envisager quelques perspectives pour l'avenir.

Le droit de l'Union, face à la forte divergence des solutions retenues à l'échelle comparative, demande la mise en place d'une responsabilité quelconque des personnes morales, pourvu qu'elle dépasse un seuil minimal d'adéquation et qu'elle soit proportionnée, en relation avec toutes le infractions pour lesquelles un instrument de rapprochement a été mis en œuvre. Cette approche, que l'on peut définir comme étant systématique, reste

cependant parcellisée et fragmentaire, en raison du défaut de compétence pénale généralisée de l'Union, ce qui ne manque pas de donner lieu à des incohérences significatives. Une place pour un modèle généralisant, donc pour une disposition de la partie générale du droit pénal modelé à Bruxelles, est loin d'être actuelle, à défaut d'une base juridique si large. L'on pourrait envisager, cependant, la mise en place de normes-type mieux structurées que celles actuelles, dont le législateur pourrait se servir pour les inclure dans les directives à adopter et qui pourraient être différenciées en raison de la typologie des infractions sous-jacentes.

Cela amène à aborder la question de la structure de l'imputation, conçue encore selon le modèle dualiste. Les raison des ce choix sont à rechercher dans la nature ambiguë de la responsabilité exigée par Bruxelles, à son tour largement orientée par les résistances allemandes et françaises.Cependant, un des facteurs qui conditionne les choix insatisfaisants du législateur européen est aussi l'absence d'élaboration normative, ainsi que théorique, du principe de culpabilité au niveau européen. La Cour de justice de l'Union a reconnu, notamment dans le passé, la légitimité de formes d'imputation objective (sans dol ni faute) dans le domaine contraventionnel, ce qui n'a pu qu'affaiblir la portée de la garantie européenne. Plus largement, elle n'a pas évoqué dans ses décisions, pourtant nombreuses en droit pénal, un principe de responsabilité de son propre fait ou coupablequi, à vrai dire, ne figure nulle part dans les textes de droit primaire. Mêmela Charte des droits fondamentaux de l'Union, entrée en vigueur à fin 2009, tout en consacrant un chapitre à la justice dans lequel figurent des nombreux principes propres au droit et à la procédure pénale, ne pose pas de conditions concernant la responsabilité pénale. Les pas très timides accomplis par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Sud Fondi* de 2009, qui auraient pu conditionner l'évolution du droit de l'Union par l'intermédiaire de l'article 6 du Traité UE, font penser moins la consécration du *nullum crimen sine culpa* au niveau supranational qu'à une extension subjective de la légalité en termes de prévisibilité.

Devant une telle pauvreté des indications entourant la responsabilité pénale, en présence de cette faible "conscience" de l'Union européenne en relation avec le principe de culpabilité, faut-il renoncer à toute avancée sur le terrain des personnes morales, en acceptant que l'Union ne soit pas en mesure d'assurer une élévation des garanties? Peut-être le temps est venu de penser un raffinement du modèle, dans le sens d'exiger – en termes proches du système italien – une culpabilité toute normative propre à la personne morale (FIORELLA, 2012b).

Pour les sommets de l'entreprise, le raccourci du modèle par identification n'est guère satisfaisant et il devra être amendé afin d'exclure au moins la

responsabilité de l'entreprise dès lors que l'individu a agi exclusivement pour son intérêt personnel. Au mieux l'enseignement italien, permettant à l'entité collective de se dégager de sa propre responsabilité dès lors que les règles de conformité ont été éludées abusivement par le dirigeant, devrait être suivi.

Pour les personnes en position subordonnée, une toute petite ouverture et déjà présente dans les textes. Si l'on admet qu'elles puissent engager la responsabilité de la personne morale, il faudra également admettre que celle-ci pourra voir sa culpabilité atténuée ou écartée dès lors qu'elle s'est dotée d'un système adéquat de prévention des infractions.

Il ne s'agit, pout l'instant, que des vœux exprimés par une partie minoritaire mais autorisée de la doctrine pénale européenne : tout en étant conscients du fait que le temps de la réforme est encore loin, nous pouvons cependant souhaiter que de telles réflexions viennent nourrir le débat scientifique dans les années à venir, ce débat scientifique que l'IBCCRIM nous a donné aujourd'hui l'occasion d'entamer et qui se révélera de plus en plus important dans un avenir proche grâce à la richesse et à la variété du monde pénaliste du Brésil.

12. DES RÉFÉRENCES

DE DOELDER, H.; TIEDEMANN, K. *Criminal liability of corporations: la criminalisation du comportement collectif*. Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

DELMAS-MARTY, M. La responsabilité penale des *groupements* dans l'a-vant-projet de revision du Code penal. *Rev. int. dr. pen.* p. 38 et s., 1980.

DELMAS-MARTY, M.; Giudicelli-Delage, G. *Droit pénal des affaires*. 4ème édition. PUF, 2000. Coll. Thèmis, t. 1.

DE MAGLIE, C. Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. *Riv. it. dir. proc. pen.* p. 95 et s., 1995.

FIORELLA, A. *Corporate criminal liability and compliance programs*. Jovene, 2012a. vol. I, Liability 'ex crimine' of legal entities in member states.

_____. _____. Jovene, 2012b. vol. II.

GIUDICELLI-DELAGE, G. La responsabilité dans l'entreprise après la loi du 10 juillet 2000. *Revue de science criminelle*. p. 824 et s., 2001.

_____; LAZERGES, C. *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*. SLC, 2012.

LASCOUMES P.; PONCELA, P. *Réformer le code pénal: où est passé l'architecte?* PUF, 1998.

MAYAUD, Y. Responsabilité pénale d'un centre hospitalier universitaire pour défaut d'organisation. *Revue de science criminelle*. p. 617 et s., 2010.

PALIERO, C. E. Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano. *Riv. trim. dir. pen. ec.* p. 1173 et s., 1996.

PIETH, M.; IVORY, R. *Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk* (ius gentium: *comparative perspectives on law and justice*). Springer, 2011.

ROBERT, H. *Homicide involontaire à la charge d'une personne morale: frein, mais non fin, de la jurisprudence relative à son imputation "présumée"*, 2012.

STASIAK, F. Responsabilité de la personne morale. *Revue de science criminelle*. p. 165 et s., 2010.

TULLY, S. (ed.). *Research handbook on corporate legal responsibility*. Elgar Original Reference, 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã, de Sebástian Borges de Albuquerque Mello – *RCP* 12/261;
- A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade, de Carmen Silvia de Moraes Barros – *RBCCrim* 26/291;
- Culpabilidade e a polêmica no Brasil: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena, de Luís Augusto Freire Teotônio – *RT* 814/455;
- Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro, de Cláudio Brandão – *RCP* 1/17; e
- O conceito material da culpabilidade: o fundamento da imposição da pena de um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana, de Sebástian Borges de Albuquerque Mello – *RCP* 9/330.

1 GENOCÍDIO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL

Genocide in the context of the new Criminal Code Bill

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ

Professor de Direito Penal da UERJ, da UFRJ e da Unesa. Secretário-geral adjunto da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Presidente do Grupo Brasileiro da AIDP.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Examina a previsão de genocídio no Anteprojeto de Código Penal apresentado como PLS 236/2012, pelo Presidente do Senado Brasileiro, Senador José Sarney. Discute a proposta de adequação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional por meio de um novo Código Penal. Para tanto analisa o genocídio dentro de um conceito mais amplo de crimes internacionais. A seguir, verifica se a previsão do Anteprojeto é conforme as previsões e entendimentos internacionais, apontando as eventuais contradições e equívocos constantes na proposta brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Genocídio – Crimes contra a humanidade – Anteprojeto de Código Penal – Crimes internacionais – Direito penal – Direito penal internacional.

ABSTRACT: This paper examines the topic of genocide in the context of the new Criminal Code Bill, submitted to the Senate as Bill number 236 of 2012, by the Chairman of the Brazilian Senate, Senator José Sarney. It addresses the proposal to adjust the Brazilian legislation to the Statute of Rome of the International Criminal Court by means of a new criminal code. For this purpose, genocide is analyzed within a wider concept of international crimes. Then, provisions of the bill are analyzed and compared to international provisions and understandings. Finally, possible contradictions and misunderstandings are pointed out in the Brazilian proposal.

KEYWORDS: Genocide – Crimes against humanity – New Criminal Code bill – International crimes – Criminal law – International criminal law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Crimes internacionais – 3. Genocídio – 4. Os crimes contra a humanidade e o genocídio no Anteprojeto de Código Penal – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Anteprojeto de Código Penal, que foi apresentado como PLS 236/2012, pelo Senador José Sarney, Presidente do Senado Federal, que pretende reformar o Código Penal brasileiro em particular e a legislação penal brasileira em geral, incluiu, entre as inovações apresentadas, a inclusão dos chamados crimes internacionais entre aqueles previstos pelo Anteprojeto. Mais especificamente existe previsão, no Título XVI do Anteprojeto, Dos crimes contra dos direitos humanos, e, no Título XVII, Dos crimes de guerra.

A iniciativa de incluir tais crimes decorreu da pretensão de trazer para o Código Penal toda a legislação especial e, mais que isso, modernizar a legislação penal brasileira.

No caso dos crimes internacionais próprios, o Anteprojeto pretendeu adequar a legislação penal ao Tratado de Roma, que contém o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e prevê os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Contraditoriamente, o Anteprojeto não tipifica todas as condutas previstas no Estatuto de Roma – não tipifica o crime de agressão – e, ao mesmo tempo, prevê incriminações de maneira distinta daquelas previstas no referido Estatuto.

Quanto ao genocídio, mais do que isso, a Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto ampliou o conceito de genocídio internacionalmente adotado, com a intenção de, segundo seus autores, atualizar a legislação penal, ampliando o rol de grupos que podem ser objeto deste crime.

Cabe, então, discutir sobre o acerto ou equívoco do proposto para uma futura legislação penal brasileira.

Para tanto, inicialmente, far-se-á uma breve apresentação dos crimes internacionais e do genocídio, para, adiante, discutir a disposição constante no Anteprojeto de Código Penal e a sua conveniência ou não.

2. CRIMES INTERNACIONAIS

O conceito de crime internacional não é fácil de ser estabelecido e nem tampouco unânime.[1]

1. VERHAEGEN, Jacques. Les crimes internationaux et le droit pénal interne. *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60, n. 1-2, p. 127. Toulouse: Érès, 1989.

Diante disto, parece razoável a posição de Cassese,[2] ao sustentar que crimes internacionais constituem violações graves às regras do direito internacional que impõem a responsabilidade penal internacional individual e, assim, diferenciam-se dos casos de responsabilidade dos Estados, dentro dos quais os indivíduos atuam.

Assim, o conceito de crimes internacionais precisa conter cumulativamente os seguintes elementos: violações do direito consuetudinário internacional, bem como de tratados internacionais; regras que pretendam proteger valores considerados importantes pelo conjunto da comunidade internacional e, consequentemente, afetem todos os Estados e indivíduos; deve haver um interesse universal em reprimir esses crimes e, portanto, em princípio os pretensos autores de tais infrações devem poder ser processados e julgados por qualquer Estado; e, por fim, o autor deve ter agido a partir de agente oficial do Estado, em nome do qual praticou a infração.[3]

Dessa maneira, seriam crimes internacionais as seguintes figuras delitivas: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, crime de agressão e algumas formas extremas de terrorismo (quando patrocinado pelo Estado ou, ao menos, tolerado por este).[4]

Neste particular, apesar da posição de Cassese, existe certa tendência à ampliação do se considera como crime internacional, havendo duas ou três categorias. Uma primeira referente aos crimes cometidas pelos representantes do Estado, que ofenderiam a ordem, a legalidade e a segurança internacional. Assim, seriam infrações internacionais a chamadas atrocidades (crimes de agressão, crimes de guerra e crimes contra a humanidade). Constituiriam os chamados em sentido estrito ou propriamente ditos, já que violam bens ou interesses jurídicos supranacionais e geram uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no direito internacional.

Haveria, ainda, outra classificação, que compreenderia os crimes internacionais em sentido amplo ou transnacionais, que são os que, por suas características, extensão e consequências, ultrapassam fronteiras, envolvendo mais de um Estado, estejam ou não previstos em tratados e convenções bilaterais, multilaterais ou universais. Seria o caso, por exemplo, da pirataria, do tráfico internacional de entorpecentes e da falsificação de moeda.

---

2. CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 23.
3. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 14.
4. CASSESE, Antonio. Op. cit., p. 24.

Por força do desenvolvimento da internet e dos meios de comunicação, poder-se-á falar também em crimes internacionais por contaminação ou difusão, que são os crimes, convencionais ou não, que se manifestam mais ou menos ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, passando de um Estado a outro epidemicamente, como é o caso da chamada cibercriminalidade.

A discussão sobre a criminalidade internacional ganhou expressiva importância nos últimos 25 anos. Isso, pois, o direito penal, como, de resto, o mundo, sofreu profundas transformações com a queda do muro de Berlim (1989), e fim da bipolaridade que marcou as relações internacionais entre após o final da 2.ª Guerra Mundial. Passou a ocorrer a internacionalização do direito penal. Este processo pode ser caracterizado a partir de duas grandes linhas mestras: 1.º a criminalização dos conflitos armados; e 2.º a repressão das atividades criminais organizadas.[5]

No primeiro caso, assistiu-se ao surgimento de Tribunais Penais Internacionais, seja na modalidade *ad hoc* (como no caso de Ruanda e Antiga Iugoslávia), tribunais mistos (como nos casos da Corte Especial de Camboja, da Corte Especial de Serra Leoa e da Corte Especial de Timor Leste)[6] e, sobretudo, com o permanente Tribunal Penal Internacional (TPI).[7]

Efetivamente, a adoção de documentos internacionais relativos aos conflitos armados gerou modificações nas legislações nacionais, com a incorporação de tratados internacionais e as respectivas leis de implementação do TPI.[8]

Ao lado disso, observa-se uma série de iniciativas internacionais em matéria relacionada com a atividade criminosa organizada, que seria a expressão do mundo globalizada. Assim, pode ser destacada a repressão, na esfera internacional, da criminalidade organizada transnacional, da lavagem de dinheiro, da corrupção e, genericamente, dos crimes transfronteiriços, como os diversos tráficos internacionais, conforme se pode observar de diversos tratados e convenções sobre tais matérias.[9]

---

5. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 39.
6. AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI; Mateo; FRONZA; Emanuela; VALINI; Antonio. *Introduzione al diritto penale internazionale*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 16-18.
7. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
8. No caso brasileiro, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi incorporado à legislação brasileira pelo Dec. 4.388/2002.
9. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., p. 40.

Assim sendo, estabeleceu-se um quadro de internacionalização do direito penal e do estabelecimento de Tribunais Penais Internacionais e tribunais mistos, além da adoção de mecanismos de reprovação às sistemáticas e graves violações aos direitos humanos e ao direito humanitário, conhecido como Justiça de Transição.[10]Com isso, o genocídio passou a ser um dos crimes que fundamentalmente é previsto e tenta-se reprimir neste recente ordenamento jurídico-penal internacional.

3. GENOCÍDIO

O genocídio é, na sua essência, um crime contra a humanidade, que, entretanto, dada a sua relevância, foi destacado dessa categoria de ilícitos, para que pudesse receber tratamento específico.

É um crime internacional de definição recente na história da humanidade, remontando ao período imediatamente posterior à 2.ª Grande Guerra, embora sua prática tenha sido uma constante ao longo da história.

Os antecedentes históricos da construção desse delito são atribuídos às obras de Vitoria, Suárez e Grotius, por força do desenvolvimento do *ius ad bellum* e da doutrina da intervenção humanitária.[11]

Essa categoria de delito surgiu com os processos de Nuremberg, embora o termo crimes contra a humanidade seja conhecido, desde a IV Convenção de Haia de 1907, referente às leis e aos costumes da guerra terrestre, por meio da chamada cláusula *Martens*, que determinava que mesmo que não tivesse sido tratado de forma expressa pela Convenção, estariam protegidos pelo direito das gentes tanto beligerantes quanto população civil.[12]

Os crimes de lesa-humanidade foram mencionados pela primeira vez, em 1915, quando da declaração feita pelos Governos da França, da Inglaterra e da Rússia, referindo-se ao massacre turco na Armênia.[13]

---

10. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O papel do direito penal no século XXI. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 350 e ss.
11. GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 106.
12. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 124.
13. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito...* cit., 2008, p. 26.

Já em outubro de 1933, Lemkin apresentou a proposta de incluir os crimes de barbárie e de vandalismo nas legislações internas à V Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal.[14]

O delito de barbárie consistia em tomar parte em massacres e outras atrocidades coletivas sobre uma população indefesa. Entre seus requisitos, destacavam-se: o emprego de violência que prove os atos antissociais e cruéis dos autores; a ação sistemática e organizada contra uma coletividade definida; o grupo atacado está indefeso; deve haver intimidação da população.

O delito de vandalismo consistia na destruição dolosa de obras de arte e de cultura, cuja importância seja reconhecida.

Esses dois conceitos foram incluídos no que ele chamou de luta de extermínio, que é o efetivo antecedente dos crimes contra a humanidade.

O *nomen iuris* genocídio somente apareceu pela primeira vez no livro *Axis rule in occupied Europe*, de Lemkin (1944).[15] O termo e o conceito foram definidos em decorrência dos crimes cometidos pelo Estado nazista. Genocídio seria a destruição de uma nação ou de um grupo étnico. Essa nova palavra, criada por Lemkim, vem do grego (*genos*) e do latim (*occidere*).

Quanto ao conceito técnico da expressão, desenvolveu-se durante a 2.ª Guerra Mundial. Em particular, teve especial importância o trabalho desenvolvido pela *United Nations War Crimes Comission* (UNWCC), criada em 1943, para investigar os possíveis crimes que estivessem sendo cometidos durante o conflito.

Com a Conferência de Londres, de 1945, e com o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, os crimes contra humanidade foram reconhecidos e, ao lado dos crimes contra a paz e dos crimes de guerra, foram objeto de julgamento em Nuremberg.[16]

Os crimes contra a humanidade foram previstos no art. 6.º (c) do Estatuto, que, todavia, não foi previsto de maneira clara e nem sequer a jurisprudência elaborada pelo tribunal foi capaz de esclarecer o conceito desses crimes.

A Organização das Nações Unidas (ONU), então, nomeou Comissão Especial para elaborar Projeto de Convenção sobre Genocídio, o que acabou sendo aprovado pela Res. 260/1948.

---

14. Idem, p. 27.

15. LEMKIN, Rafael. *Axis rule in occupied Europe. Laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. 2. ed. Washington/Clark: Carnegie Endowment for International Peace/The Lawbook Exchange, 2008. p. 79-95.

16. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito...* cit., 2008, p. 28.

O art. 2.º da Convenção aprovada pela ONU assim definiu o genocídio:

"Qualquer um dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo."

Percebe-se que a Convenção rejeitou as propostas de incluir genocídio cultural e genocídio político, atendo-se ao genocídio biológico.

Dentre outras regras, a Convenção estabeleceu a responsabilidade individual dos autores desse crime, bem como determinou que o acusado de crime de genocídio, para efeito de extradição, não será considerado autor de crime político e deverá ser julgado pelo tribunal do país onde o crime foi cometido ou por um Tribunal Penal Internacional.[17]

Ademais, tanto pode ser cometido em tempo de guerra, quanto em tempo de paz.

No Brasil, o genocídio está definido duas vezes: na Lei 2.889/1956 e no art. 208 do CPM, além de ser considerado crime hediondo (parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.072/1990). As definições legais coincidem com o texto adotado pela Convenção das Nações Unidas.

O Código Penal de 1969 o incluiu entre os crimes contra a pessoa, em seu art. 208.[18]

Na esfera internacional, foi também previsto no Estatuto dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda e do TPI, além do Projeto da Comissão de Direito Internacional de Código dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade, de 1996. Nenhum desses, todavia, apresentou alterações à redação de 1948.

Quanto ao bem jurídico, Laplaza sustenta que o genocídio pretende proteger o grupo ao qual o indivíduo pertence, seja ele racial, étnico, nacional ou religioso.[19] Para Fragoso seria a vida em comum dos grupos de homens, na co-

17. Idem, ibidem.

18. Sobre o tema, vide LEÃO, João Batista Klautau. *O crime de genocídio no Código Penal de 1969*. Belém: Falangola, 1975.

19. LAPLAZA, Francisco P. *El delito de genocidio o genticidio*. Buenos Aires: Depalma, 1953. p. 76.

munidade dos povos, em primeiro plano.[20] Canêdo faz menção à humanidade, além da vida e da integridade física. O entendimento majoritário é aquele que admite que se trata da defesa de um bem jurídico supraindividual, cujo titular não é a pessoa física, mas o grupo, entendido como uma coletividade.[21]

Pode ser sujeito ativo qualquer pessoa, pois se trata de crime comum. Já quanto ao sujeito passivo, existe uma divergência doutrinária. Fragoso afirma que pode ser qualquer pessoa que integre grupo nacional, étnico, racial ou religioso. E, comentando a expressão "matar membros de um grupo", sustenta que "pode configurar-se o crime ainda que um só seja vítima, desde que atingido em caráter impessoal, como membro de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso".[22]

Marsicano, concordando com esse ponto de vista, estabelece que, se fosse utilizada a interpretação gramatical, por força da expressão "membros", poder-se-ia pensar que haveria necessidade de uma pluralidade de vítimas para a sua consumação. De outra maneira, a expressão indica apenas o gênero e, por isso mesmo, o que vai distinguir o genocídio é o elemento subjetivo.[23]

Não é esse o pensamento de Laplaza, que considera que um só ato isolado não é suficiente para destruir, no todo ou em parte, uma comunidade.[24] Em consequência, deve ter início a matança, feita em massa, com pluralidade de vítimas, não sendo possível a caracterização em razão da morte de um só indivíduo do grupo. Em sentido semelhante, pensa Canêdo.[25]

Os elementos do crime do Estatuto de Tribunal Penal Internacional definem que basta que sejam vítimas uma ou mais pessoas, desde que o agente tenha a intenção de destruir, no todo ou em parte, o grupo.

Quanto ao tipo objetivo, a conduta de matar é idêntica àquela constante no crime de homicídio. A ressalva é a de que as vítimas devem pertencer a um determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

---

20. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – Edição universitária: volume I – Arts. 121 a 212 do CP*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 105.
21. CANÊDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 173.
22. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 106.
23. MARSICANO, Sebastião. *Um novo-velho delito (contribuição ao estudo do genocídio)*. Juiz de Fora: Universidade de Juiz de Fora (tese), 1961. p. 39-40.
24. LAPLAZA, Francisco P. Op. cit., p. 77.
25. CANÊDO, Carlos. Op. cit., p. 183.

Nação diz respeito à parte de uma população que pode ser caracterizada por possuir unidade de território, de origem, de costumes e de idioma, enfim, ligados por laços de origem e de afinidade.[26]

Etnia diz respeito a agrupamento humano com características físicas, culturais ou de origem homogêneas.[27]

A distinção de raça é muito difícil de ser identificada, pelo fato deste conceito, como aquele, fazer referência a aspectos externos. Deve-se considerar que o componente racial pode gerar categorias e discriminação, por formar estereótipos.[28]

Grupo religioso é aquele composto por indivíduos com idêntica crença religiosa, o que o faz, decerto, o mais simples de ser identificado dos aqui relacionados.[29]

Os casos assimilados terão estrutura semelhante. O primeiro se refere a lesões graves, sendo qualquer ofensa à integridade física ou à saúde que tenha natureza grave, em padrões semelhantes aos definidos, no art. 129 do CP.

A submissão do grupo a condições capazes de ocasionar-lhe a destruição, total ou parcial, tem como escopo punir a simples criação das condições para atingir esse objetivo, não sendo exigida a superveniência do resultado.

Impedir nascimentos e transferir crianças são formas de eliminar fisicamente o grupo determinado, impedindo o seu desenvolvimento ou a sua renovação.

Com relação à transferência forçada, deve ocorrer mediante violência ou grave ameaça e pretende proteger a criança, por sua menor possibilidade de se defender.

Por fim, exige-se sempre o dolo específico (propósito de aniquilar, total ou parcialmente, o grupo) e não é admissível modalidade culposa.

Como se pode notar não foi adotada, para o crime de genocídio, a noção de elemento contextual. A ideia é saber se tal crime, para ser caracterizado, necessita ser praticada de maneira que haja uma direção estruturalmente centralizada e organizada. Em que pese haver precedentes jurisprudenciais, relacionando genocídio com está prática em meio a um contexto delitivo em larga

26. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito...* cit., 2008, p. 35.

27. Idem, ibidem.

28. Idem, ibidem.

29. Idem, ibidem.

escala, no Tribunal Constitucional Federal alemão,[30] a existência de um plano ou de uma política não é uma exigência legal. É, no máximo, útil para prova do dolo específico, que, em última análise, é o que caracteriza o genocídio.

4. OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E O GENOCÍDIO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL

O Projeto de Código Penal previu genocídio em seu Capítulo I – Crimes contra a humanidade. O art. 458 define, de maneira genérica, tais crimes, que englobariam, entre outros, o próprio genocídio, a tortura, o desaparecimento de pessoas e as associações terroristas da seguinte maneira:

"Art. 458. São crimes contra a humanidade previstos neste capítulo os praticados no contexto de ataque sistemático dirigido contra população civil, num ambiente de hostilidade ou de conflito generalizado, que corresponda a uma política de Estado ou de uma organização.

Parágrafo único. Quando presentes as circunstâncias referidas no *caput*, serão considerados crimes contra a humanidade as condutas descritas nos títulos dos crimes contra a vida e contra a dignidade sexual."

Justifica tal previsão com o fato do Brasil ser signatário do Tratado de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional e tipificou o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. Considerou a Comissão que elaborou o Anteprojeto a insuficiência da previsão convencional para que as condutas sejam consideradas aplicáveis no Brasil e, por conseguinte, a necessidade de elaboração de legislação específica, que ainda não existe.[31]

Assim, o Código Penal preencheria esta lacuna e asseguraria a jurisdição primária pelo Estado brasileiro com relação a tais crimes, a partir da tipificação de tais crimes. Afirma, de maneira expressa, que a Comissão se valeu dos termos do Estatuto de Roma para esta empreitada.[32]

Partindo desta premissa, já existe uma primeira divergência em relação ao que foi definido no Anteprojeto e o que foi definido no Estatuto de Roma.

---

30. No original, em inglês, *context element*. Sobre o tema, vide AMBOS, Kai. Selected issues regarding the "core crimes" in international criminal law. *International criminal law*: quo vadis? – *Proceedings of the International Conference in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30th Anniversary of ISISC. Nouvelles etudes pénales*. n. 19, p. 228. Toulouse: Érès, 2004.

31. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1]. Acesso em: 22.09.2012.

32. Idem, ibidem.

Ao invés de utilizar a expressão internacionalmente aceita de ataque sistemático ou generalizado, restringe a um ataque sistemático, o que não parece razoável e nem encontra justificativa clara para isto.

Seria preferível reproduzir os termos do Estatuto de Roma que o Brasil ratificou, que estabelece no art. 7.º, *caput*, do Dec. 4.388/2002: "1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por 'crime contra a humanidade', qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque".

O tema dos crimes contra a humanidade não foi simples e, mais do que isso, gerou intensas discussões. Com o que foi aprovado na capital italiana e tem vigido no Tribunal Penal Internacional, quatro características fundamentais podem ser destacadas: a ausência do requisito da conexão com um conflito armado; a ausência do requisito da existência de motivos discriminatórios; o elemento subjetivo do conhecimento do referido ataque; o caráter generalizado ou sistemático do ataque contra uma população civil.[33]

Aprovou-se a desnecessidade do nexo, o que era previsto em outros documentos internacionais, como a Convenção do Genocídio e no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR). Tal decisão que o art. 7.º se tornasse redundante em relação ao subsequente, que trata dos crimes de guerra.

Quanto ao elemento discriminatório, apenas algumas delegações, notadamente a francesa, sugeriram a inclusão de um elemento discriminatório como requisito que deveria constar no Estatuto. Diferentemente, a maioria dos Estados se opôs a essa ideia e consideraram que somente existiria tal requisito na conduta perseguição (art. 7.º, *h*). De resto, consistiria em desnecessário obstáculo ao processo e poderia afastar algumas violações graves da tutela internacional.

Também foi definido que os crimes contra a humanidade, para a sua configuração, exigem um elemento de intencionalidade especial, já que é necessário que se tenha conhecimento que se participa do ataque. O aspecto subjetivo, que tem sido destacado também pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (ICTY), demonstra que os crimes contra humanidade são crimes de natureza especial e apresentam um grau de reprovabilidade mais intenso.[34]

---

33. LIROLA DELGADO, Isabel; MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. *La Corte Penal Internacional – Justicia* versus *impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001. p. 119-120.

34. Idem, p. 123.

O *mens rea* irá se caracteriza não apenas pelo dolo, mas também pela consciência de participar de uma política de ataque a uma população civil. Sem esse, poderá haver homicídio, sequestro ou estupro, todavia jamais ocorrerá um crime de lesa humanidade.

A jurisprudência internacional tem definido ataque como o múltiplo cometimento de atos que preencha os requisitos dos atos desumanos enumerados no art. 5.º do Estatuto do ICTY e o art. 3.º do Estatuto do ICTR.[35] Significa dizer que a definição crimes contra a humanidade exclui atos esparsos e isolados. O próprio Estatuto de Roma, em seu art. 7.º, 2, *a*, estabelece que por ataque contra uma população civil deve ser entendida "qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no § 1.º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a persecução dessa política".

Isto significa que o ataque não necessariamente será militar e nem mesmo militar, podendo haver prática de crimes contra a humanidade em situações de paz, como, por exemplo, no caso de uma política de *apartheid*.

Ademais, quanto ao modo de execução, a prática de múltiplos atos tanto pode significar que um único ou vários agentes atuem uma única vez ou por diversas vezes. Ambos exemplificam, referindo-se à possibilidade de um esquadrão da morte matando membros da oposição política durante um longo período tempo ou um único indivíduo que lança uma bomba em uma multidão.[36]

Quanto ao caráter generalizado ou sistemático contra uma população civil, trata-se de tema que gerou maiores dificuldades durante a Conferência de Roma. Todas as delegações reconheceram que o direito internacional consuetudinário jamais reconheceu que qualquer prática de ato desumano constituiria um crime contra humanidade, por isso, deveria estar incluído em um conjunto de atrocidades.

Em Roma, diversos Estados sugeriram a inclusão da expressão "generalizado ou sistemático," que estaria assente no costume internacional, principalmente por conta do Estatuto do ICTR, da jurisprudência do ICTY e comentários da Comissão de Direito Internacional da ONU. Em sentido contrário, um número significativo de delegações, incluindo Estados da Ásia, do mundo árabe e membros permanentes do Conselho de Segurança – a França, o Reino Unido e os Estados Unidos –, defenderam ardorosamente um conceito cumulativo de "generalizado e sistemático".

---

35. AMBOS, Kai. Op. cit., p. 241.

36. Idem, p. 242.

A fórmula, ao final, que foi aprovada teve sua origem no Canadá e evitou o que, no entender de Bourdon,[37] seria um passo atrás no direito internacional, visto que há jurisprudência bem estabelecida, no sentido de tanto admitir que o ataque seja feito de maneira generalizada ou sistemática. Frisa que um ataque generalizado muito provavelmente será sistemático, mas a recíproca não é necessariamente verdadeira.

Assim, a expressão "generalizado" tem sido definido de várias maneiras, mas, de maneira geral, significa um ataque em larga escala e com um grande número de vítimas. Assim, tanto significa o efeito cumulativo de numerosos atos desumanos quanto um única ato de extraordinária magnitude.[38]

No que se refere ao termo "sistemático", foi definido no caso *Blaskic*, julgado pelo ICTY,[39] que existem quatro requisitos para caracterizá-lo: haver plano ou objetivo; serem cometidos de maneira continuada ou em larga escala de crimes relacionados; a utilização de recursos significativos; a participação de autoridades de alto nível.

Ao lado desse elemento, a própria jurisprudência do ICTY se encarregou de definir, para o direito internacional, os elementos da noção de prática sistemática ou generalizada, que são o estabelecimento de instituições paralelas para o desenvolvimento dessa política, o emprego de meios financeiros, militares ou de outro tipo e o alcance e a natureza contínua e persistente da violência cometida contra uma população civil determinada.[40]

Destarte, pode-se dizer que para se chegar a um conceito de crimes contra a humanidade, devem ser levados em conta dois critérios: quantitativo ou qualitativo, referentes a cada uma das expressões, respectivamente, e que demonstram a necessidade, para configurar um ataque, que seja feito em larga escala. Mais que isso, pode ser entendido que a conduta implique no cometimento de múltiplos atos contra população civil, em conformidade com uma política estatal ou de uma determinada organização (*policy element*), o que exclui a prática de atos individuais isolados.[41]

---

37. BOURDON, Willian. *La Cour Pénale Internationale*. Paris: Éditions du Seuil, 2000. p. 46-47.
38. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 194-195.
39. Prosecutor vs. Blaskic, ICTY T. Ch. I, 03.03.2001, § 203.
40. Prosecutor vs. Tadic, ICTY, Caso n. IT-94-1-T, Opinião e Julgamento, T. Ch. II, 07.05.1997, §§ 232-255.
41. LIROLA DELGADO, Isabel; MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. Op. cit., p. 121-122.

Pode-se concluir, portanto que o Anteprojeto de Código Penal, no que se refere aos crimes contra a humanidade, não meramente adequou a legislação brasileira ao previsto no Estatuto de Roma, mas inovou de maneira que parece desacertada.

Ademais, pela localização desta definição, exige para a prática de qualquer crime contra a humanidade o ataque sistemático contra a população civil, num ambiente de hostilidade ou de conflito generalizado, que corresponda a uma política de Estado ou de uma organização.

Isto constitui outra inovação em relação ao previsto no Estatuto de Roma e em relação à vigente legislação penal brasileira.

Mesmo se for considerado, como fez Schabas,[42] que pareça implícito que a prática de genocídio seja parte de um ataque sistemático e generalizado, não existe clara exigência disto nos diversos documentos internacionais que trataram deste crime. Da mesma maneira, a jurisprudência assim tem decidido.[43]

A Lei 2.889/1956 e o art. 208 do CPM, que definem genocídio no vigente direito brasileiro, além da jurisprudência do STF,[44] não têm previsão de prática sistemática ou generalizada e nem de qualquer elemento contextual.

Dessa maneira, a inovação prevista no Anteprojeto, que não parece ser tratada como se inovação fosse, mereceria, no mínimo, uma justificativa mais aprofundada, pois diverge da orientação internacional a esse respeito.

Assim, neste particular, não houve adequação ao Estatuto de Roma, mas uma segunda inovação no que se refere ao genocídio, que é, ao menos, discutível. Se for levado em conta o que tem sido decidido nos tribunais internacionais, criticável.

Quanto à própria definição de genocídio, também houve inovação. O Anteprojeto de Código Penal previu o crime de genocídio da seguinte maneira:

"Art. 459. Praticar as condutas descritas nos incisos abaixo com o propósito de destruir, total ou parcialmente, um grupo, em razão de sua nacionalidade, idade, idioma, origem étnica, racial, nativa ou social, deficiência, identidade de gênero ou orientação sexual, opinião política ou religiosa:

---

42. SCHABAS, William. *Introduction to the International Criminal Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 32.

43. Prosecutor vs. Jelesic, ICTY, Case n. IT-95-10-T, j. 14.12.1999, § 100.

44. A título ilustrativo, vale mencionar dois acórdãos recentes do STF que não fazem qualquer referência a ataque sistemático ou generalizado: STF, RE 419.528/PR, j. 03.08.2006, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso; STF, RE 351.487/RR, j. 03.08.2006, rel. Min. Cezar Peluso.

I – matar alguém;

II – ofender a integridade física ou mental de alguém;

III – realizar qualquer ato com o fim de impedir ou dificultar um ou mais nascimentos, no seio de determinado grupo;

IV – submeter alguém a condição de vida desumana ou precária; ou

V – transferir, compulsoriamente, criança ou adolescente do grupo ao qual pertence para outro:

Pena – prisão, de vinte a trinta anos, sem prejuízo das penas correspondentes aos outros crimes.

Parágrafo único. Na mesma pena incide quem incita publicamente a prática do genocídio."

Propôs, assim, a ampliação do rol de grupos, para incluir a idade, idioma, origem nativa ou social, deficiência, identidade de gênero ou orientação sexual e opinião política de determinado grupo. Segundo previsto no Anteprojeto, "a redação proposta alegadamente teve o intuito de atualizar o ordenamento jurídico com a realidade social, pretendendo proteger os chamados grupos vulneráveis, ao tratar dos crimes de discriminação e preconceito, crimes contra os deficientes, crimes contra os idosos, entre outros".

Ao contrário disto, contrariou os dispositivos internacionais sobre o genocídio e desconheceu toda a discussão a esse respeito, produzindo texto problemático.

Inicialmente, existe uma previsão bastante estrita de quais seriam os grupos protegidos por este tipo penal. A opção internacionalmente adotada tem sido de proteger aqueles que pertencessem a um grupo independentemente de sua vontade, e não pretendia atingir os grupos voluntários.

Mais que isso, tem sido feito uma clara preferência por grupos permanentes e estáveis nos diversos documentos internacionais e, mais especificamente, no Estatuto de Roma,[45] que alegadamente é a influência para a redação do Anteprojeto.

Assim, claramente foram excluídos os chamados grupos móveis, tais como grupos políticos, culturais e econômicos. Um critério que tem sido adotado em relação ao genocídio é a de que seus membros devem pertencer a ele automaticamente, desde o nascimento, de maneira contínua e irremediável.[46]

45. SCHABAS, William. Op. cit., p. 33.

46. AMBOS, Kai. Op. cit., p. 221.

A título meramente ilustrativo, jamais foi incluído o genocídio político, ou melhor, poder ser vítima deste crime aquele que pertencer a grupo político, pela clara opção pessoal em integrá-lo e pela falta de estabilidade em grupos políticos. Em relação a este último argumento, basta que se reflita sobre as modificações em posições entre rivais e aliados em eleições. O que hoje é adversário, amanhã pode ser aliado e vice-versa.

O Anteprojeto, ao contrário, ao ampliar o rol de grupos, incluiu grupos móveis como idade, origem social e opinião política, além de outros também discutíveis, como idioma, origem, nativa, deficiência, identidade de gênero ou orientação sexual.

Não parece haver sentido em incluir grupos de existência discutível, outros absolutamente móveis e, portanto, não estáveis. Seria mais simples e tecnicamente adequado lançar mão, para o caso de crimes contra membros destes que, pelo Anteprojeto, são chamados de grupos.

Mais que isso, além de uma perda de clareza e segurança jurídica com estes grupos, não há benefício na proteção dos membros destes grupos ou da punição dos responsáveis por estes crimes, pois se poderia, para as mesmas condutas, lançar mão dos demais crimes contra a humanidade ou, ainda, crimes como homicídio e lesões corporais, se não presentes os requisitos daqueles.

Há, por fim, ainda uma última crítica que merece ser feita à previsão do Anteprojeto do crime de genocídio. Nos incisos do art. 459, são definidas diversas condutas que podem constituir tal infração penal, a saber: matar alguém; ofender a integridade física ou mental de alguém; realizar qualquer ato com o fim de impedir ou dificultar um ou mais nascimentos, no seio de determinado grupo; submeter alguém a condição de vida desumana ou precária; ou transferir, compulsoriamente, criança ou adolescente do grupo ao qual pertence para outro. Como pode ser facilmente percebido, condutas bastante distintas entre si.

Apesar disto, para todas é cominada a mesma pena: "prisão, de vinte a trinta anos, sem prejuízo das penas correspondentes aos outros crimes".

A Lei 2.889/1956, que no Brasil prevê o genocídio, prevê condutas idênticas,[47] mas, em relação às penas, respectivamente, comina a pena do ho-

47. Art. 1.º da Lei 2.889/1956. "Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
a) matar membros do grupo;
b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

micídio qualificado, lesões corporais gravíssimas, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia e medicinal; aborto provocado por terceiro; sequestro e cárcere privado.

A orientação anterior parece a mais indicada, pois a cominação de penas idênticas para condutas distintas, ainda que relacionadas ao crime de genocídio, significa a imposição desproporcional de penas.

5. CONCLUSÃO

A reforma da lei penal brasileira é pretensão já antiga e urgente, visto que ainda vige Código de 1940, como parte geral de 1984. A excessiva produção de legislação especial tem produzido dificuldades, contradições e distorções na previsão de crimes e penas.

Não se discute que a adequação da lei brasileira a dispositivos convencionais é medida recomendável e necessária. Há 10 anos, desde que o Dec. 4.388/2002 incorporou o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária uma legislação de implementação do referido tratado.

Apesar disto, a maneira como foi proposto o genocídio, incluindo-o após o dispositivo genérico dos crimes contra a humanidade, incluiu o critério de ataque sistemático, mas não de ataque generalizado.

Mais que isso, ampliou o rol de grupos que podem ser objeto do genocídio, ainda que, lançando mão de grupos não estáveis.

E, por fim, uniformizou as penas, prevendo a mesma pena para condutas de intensidade distinta.

Assim, o Anteprojeto, além de não ter esclarecido as opções feitas, ao relacionar com o Estatuto de Roma, adotou previsões que não se adéquam ao previsto naquele tratado internacional.

Mais que isto, tal previsão merece ser repensada e revista, para que haja o efetivo aperfeiçoamento da legislação penal brasileira.

---

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;
Será punido:
Com as penas do art. 121, § 2.º, do Código Penal, no caso da letra *a*;
Com as penas do art. 129, § 2.º, no caso da letra *b*;
Com as penas do art. 270, no caso da letra *c*;
Com as penas do art. 125, no caso da letra *d*;
Com as penas do art. 148, no caso da letra *e*."

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Genocídio: un crimen internacional, de Martín Lozada – *RBCCrim* 43/46;
- O genocídio e o crime de genocídio, de Geraldo Minuci – *RBCCrim* 83/299; e
- ¿Qué significa la "intención de destruir" en el delito de genocidio?, de Kai Ambos – *RBCCrim* 84/7.

- Poluição ambiental e genocídio de grupos indígenas, de Helita Barreira Custódio, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, organizada por Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 821.

1 Il controllo del traffico di droghe tra politica criminale e dogmatica: l'esperienza italiana

Drug trafficking control between criminal and dogmatic policy: the Italian experience

Antonio Cavaliere

Professore straordinario di Diritto penale nell' Università di Napoli Federico II. Visiting Professor nell'Università di Monaco di Baviera. Borsista della Fondazione Alexander von Humboldt. Co-Direttore della Rivista "Critica del diritto".

Área do Direito: Penal

Riassunto: Il lavoro contiene una critica del diritto penale degli stupefacenti. In primo luogo, viene individuato il bene giuridico tutelabile, identificato non nell'ordine o nella salute 'pubblica', ma nella salute della persona. Si esamina, quindi, la dannosità o pericolosità delle diverse droghe, concludendo nel senso di una notevole differenziazione tra esse, con particolare riguardo alla scarsa o remota pericolosità della cannabis, droga illegale più consumata, anche a fronte di droghe legali quali alcool e tabacco; ciò pone in questione la compatibilità della normativa con i principi di proporzione/ragionevolezza ed offensività. Sorge, poi, il problema se il consumo di droghe rientri nell'ambito di un diritto all'autodeterminazione, in particolare in rapporto alla gestione della propria salute; e si propone una soluzione differenziata, orientata ai principi

Abstract: This paper provides a critique of drug criminal law. Firstly, it specifies the protectable legal interest, not found in the 'public' order or health, but in people's health. It looks into the harm or danger of various drugs by making a remarkable differentiation between them, particularly regarding small or remote dangers of cannabis, the most consumed illegal drug, even in comparison with legal drugs, such as alcohol and tobacco. That raises the issue of how compatible the legislation is with the principles of proportion / reasonableness and offensiveness. Furthermore, there is the question of whether drug use falls within the scope of the right to self-determination, especially concerning one's own health and proposes a differentiated solution, guided by the principles of freedom / personal dignity and social solidarity. Finally, it

di libertà/dignità personale e di solidarietà sociale. Infine, viene analiticamente motivata l'inefficacia del regime proibizionista, sia in rapporto alla tutela del consumatore che della collettività.

PAROLE CHIAVE: Stupefacenti - Politica criminale - Diritto penale - Proibizionismo - effettività.

analytically justifies the ineffectiveness of the prohibitionist regime in terms of protecting both the consumer and the community.

KEYWORDS: Drugs - Criminal policy - Criminal law - Prohibitionism - Effectiveness.

SOMMARIO: I. Schizzo della disciplina italiana in tema di droghe - II. Il bene giuridico - III. Droghe e lesività - IV. Droghe e libertà di autodeterminazione - V. Quale effettività del diritto penale degli stupefacenti?

I. SCHIZZO DELLA DISCIPLINA ITALIANA IN TEMA DI DROGHE

Conformemente a quanto previsto dalle Convenzioni internazionali e,[1] recentemente, dalla Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 25 ottobre 2004,[2] in Italia il Testo unico in materia di stupefacenti (d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309), come modificato nel 2006,[3] sancisce all'art.73 la punibilità, con la reclusione da sei a venti anni, della coltivazione o produzione, del traffico e della cessione, anche gratuita, di determinate sostanze comprese in un elenco normativo. Dal 2006, nell'elenco come nel trattamento sanzionatorio vengono equiparate droghe c.d. leggere e pesanti, mentre vengono distinti i medicinali contenenti sostanze stupefacenti. L'evoluzione normativa, dalla legge del 1954 a quelle del 1975, 1990, 2006,[4] è univocamente connotata, per quel che concerne le predette condotte, in senso sempre più repressivo. In ordine alla detenzione finalizzata al consumo personale, mentre la legge del 1954 equiparava questa allo spaccio – dando adito ad interpretazioni correttive e questioni di legittimità costituzionale –,[5] dal 1975 se ne è ritagliato un incerto spazio di

1. Da ultimo la Convenzione ONU di Vienna del 20.12.1988, cfr. [www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf].
2. Pubblicata in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 335/11 del 11.11.2004.
3. L. 21.02.2006, n.49, di conversione, con modifiche, del d.l. 30.12.2005, n. 272.
4. In proposito, cfr. per tutti PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, 2. ed., Padova, 1994, p. 33 ss.; sulla l.n. 49/2006, cfr. spec. INSOLERA (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano 2008, p.1 ss.
5. Sul punto, con opinioni diverse, v. STORTONI, *La legge sulla droga: profili storici e valutazioni di politica criminale*, e MANNA, Legislazione simbolica e diritto penale: a

non punibilità; essa era condizionata, nel 1975, alla detenzione di una "modica quantità", dai confini indeterminati, e, dal 1990, al mancato superamento del limite della "dose media giornaliera"; con il *referendum* popolare del 1993, fu eliminato tale limite quantitativo, che, però, è stato reintrodotto nel 2006, con riferimento ad una "quantità massima detenibile".[6] Alla non punibilità corrisponde, tuttavia, fin dal 1975 l'assoggettabilità del consumatore a sanzioni amministrative, che incidono sulla libertà di movimento. Le sanzioni penali o amministrative a carico del consumatore possono cessare o essere sospese o essere eseguite alternativamente, se egli accetta di sottoporsi ad un trattamento riabilitativo.

La disciplina della materia è estremamente più vasta e complessa. In questa sede ci si soffermerà sul nucleo appena abbozzato; scopo del lavoro è infatti proporre alcune riflessioni intorno all'annosa questione della legittimità ed efficacia della politica criminale italiana in materia. Naturalmente, il problema

---

proposito della recente riforma legislativa sugli stupefacenti. in: BRICOLA; INSOLERA (a cura di), *La riforma della legislazione penale in tema di stupefacenti*, Padova, 1991, rispettivamente p. 15 e p. 20 ss.

6. Va precisato che l'art. 73 co.1 *bis* n.1 T.U. n. 309/1990 prevede ora la punibilità della detenzione di "sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute (...), ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale". L'infelice formulazione, indeterminata ("altre circostanze") ed in chiave di mero sospetto (la punibilità si fonda sul dato per cui le sostanze "appaiono" destinate etc.!), ha dato luogo a diverse interpretazioni; preferibile appare quella per cui la norma elenca meri criteri probatori, alternativi, della destinazione ad uso non personale, cosicché dal superamento dei limiti quantitativi non discende necessariamente la punibilità (così ad es. MANES, Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze, in: INSOLERA (nota 4), p. 36 ss.; RUGA RIVA, La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 238-239). Tuttavia, appare forte il rischio di presunzioni di spaccio legate alla quantità detenuta (o ad es. al frazionamento della sostanza); v. Già: GARGANI, Introduzione, in: PIEMONTESE (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti: un'analisi sul campo*, Pisa, 2010, p. 8-9, secondo cui il superamento dei limiti tabellari assume "il significato di presunzione *juris tantum* della finalità di spaccio, cosicché spetta al detentore dimostrare" la finalità di uso personale. Sul tema ampiamente GRILLO, *La disciplina penale in materia di stupefacenti dopo la novella del 2005-2006: rilevanza e prova delle finalità della condotta, offensività dell'azione e concorso di reati*, *ivi*, p. 26 ss., spec. 44, ove mette in guardia da striscianti scorciatoie probatorie.

degli stupefacenti è di dimensioni transnazionali, e sovranazionali sono gli attuali vincoli normativi delle politiche criminali statali. Ma lo stato delle cose non offre una buona ragione per non sforzarsi di contribuire, da una prospettiva locale, ad una riflessione dottrinale transnazionale, che possa fornire argomenti per una, magari diversa, politica criminale transnazionale:[7] un Convegno transnazionale come il *18.º Seminàrio Internacional* del prestigioso *IBCCRIM* questo fornisce una buona occasione in questa direzione.

II. IL BENE GIURIDICO

Dal punto di vista della scienza penalistica, la legittimità di una politica criminale si valuta alla stregua della sua conformità ai principi di un ordinamento giuridico, che – elaborati, a partire dall'esperienza, dalla cultura giuridica –[8] hanno acquisito il rango vincolante di Costituzione.[9]

In ordinamenti da Stato sociale di diritto come quello italiano, il diritto penale, in quanto strumento lesivo di libertà e dignità della persona, può essere impiegato soltanto per la tutela sussidiaria da offese a beni giuridici, perseguita attraverso strategie di prevenzione generale e speciale positiva.[10]

La verifica della legittimità della politica criminale in materia di droghe passa allora attraverso una successione di valutazioni: occorre chiedersi (1) quali beni giuridici possa legittimamente tutelare un diritto penale degli stupefacenti; (2) quali condotte risultino dannose o almeno pericolose per quei beni; (3) se e in che misura quei beni siano disponibili dal titolare, con la possibile conseguenza di escludere l'illiceità di condotte pur dannose o

7. La globalizzazione delle decisioni politico-criminali non può significare ‚fine della politica, nel senso di un fatalismo positivistico dei politici e dei giuristi nazionali, riferito ai vincoli derivanti da Convenzioni internazionali o Decisioni quadro dell'Unione europea; in tal senso valgono anche per il diritto penale le considerazioni di BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, 1997, p. 196 ss.

8. Cfr. MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. HASSEMER; E. KEMPF; S. MOCCIA, München, 2009, p. 470.

9. Sull'orientamento del diritto penale alla Costituzione, in Italia v. per tutti BRICOLA, Teoria generale del reato, *Nss.D.I.*, XIX, Torino, 1973, p. 7 ss.

10. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*_Bd.I, 4. Aufl., München, 2006, p. 13 ss., 85 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 83 ss.

pericolose; (4) se e in che misura un intervento penale sia utile e necessario per prevenire offese a beni giuridici.

Ebbene, relativamente al bene giuridico, secondo la giurisprudenza italiana, la disciplina penale in materia di droghe mira alla "tutela sia della salute pubblica... sia – con non minore rilievo – della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico... negativamente incisi vuoi dalle pulsioni criminogene indotte dalla tossicodipendenza... vuoi dal prosperare intorno a tale fenomeno della criminalità organizzata", nonché alla tutela "delle giovani generazioni".[11]

Una tale definizione del bene giuridico è inaccettabile.[12] L'ordine pubblico è notoriamente una "Rumpelkammer von Begriffen", un concetto vago ed onnicomprensivo, e dunque incompatibile con il principio costituzionale di determinatezza;[13] in quanto onnicomprensivo, si presta, da sempre, a fondare l'intervento penale contro tutto ciò che il potere costituito definisca disordine, laddove il contributo sussidiario del diritto penale all'ordine può consistere solo nella tutela da offese verificabili ad afferrabili beni di uno o più consociati,[14] di significatività proporzionata a quelli aggrediti dalla pena. La sicurezza pubblica ha sostanzialmente le stesse caratteristiche vaghe ed onnicomprensive; comprende, in realtà, la sicurezza della vita, dell'incolumità fisica, del patrimonio etc.; è piuttosto un predicato dei beni giuridici che un bene a sé; può alludere ad un certo modo di tutelare i beni giuridici, ovvero ad una certa variante, costituzionalmente problematica, della prevenzione speciale negativa – sicurezza come neutralizzazione di soggetti pericolosi – ed insieme della prevenzione generale positiva – rassicurazione (simbolica) dei consociati.[15]

---

11. Così, paradigmaticamente, Corte cost., sent. 10-11 luglio 1991, n. 333, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 293.

12. Criticamente sui pretesi beni giuridici tutelati dalla l.n.162/1990 già SGUBBI, *Il bene giuridico e la legge di riforma in materia di stupefacenti*, in: BRICOLA; INSOLERA (nota 5), p. 63 ss.

13. La celebre definizione di BINDING è in *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig 1922, p. 352; sull'incompatibilità dell'ordine pubblico con il principio di determinatezza v. in Italia per tutti ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 193; MOCCIA, Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell'), *Enc. giur.*, XXII, Roma 1990, p. 4.

14. Cfr. in proposito già ROXIN, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe (1966), *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin/New York, 1973, p. 13.

15. Per una critica della sicurezza come bene giuridico, sia consentito rinviare al nostro *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, (nota 8), p. 111 ss.

Quanto alle pulsioni criminogene indotte dalla tossicodipendenza ed al prosperare della criminalità organizzata, in entrambi i casi si tratta di pericoli per beni diversi e più concreti di ordine e sicurezza; pericoli non sempre verificabili e talora solo remoti o indiretti, come si avrà modo di vedere più avanti; ma soprattutto, pericoli in rapporto ai quali si dovrà porre la questione dell'effettività: ovvero se l'intervento penale sia uno strumento adeguato contro tali fenomeni o, piuttosto, finisca per favorirli.

Resta, dunque, il richiamo alla salute pubblica ed alle giovani generazioni. In effetti, una salute "pubblica" non c'è, se non come salute di una o più persone.[16] Ed i giovani sono i più colpiti dagli effetti nocivi per la salute di alcune droghe. Un bene legittimamente tutelabile in materia di droghe c'è: la salute della persona.

Corrispondentemente alla funzione 'negativa' del concetto di bene giuridico, con ciò non è detto che il diritto penale possa intervenire, ma si presentano altre domande. La prima – solo in apparenza incontroversa – è se e in che misura l'assunzione di droghe – e, quindi, la cessione e le altre condotte realizzate da terzi – leda o metta in pericolo la salute. Ciò richiede conoscenze empiriche: cos'è la droga, quali droghe fanno male, quanto fanno male. La seconda, da porre successivamente, riguarda le delicate questioni se ed in che misura si possa disporre della propria salute e se e fino a che punto ciò possa legittimare l'agire con il consenso dell'avente diritto.

III. DROGHE E LESIVITÀ

La definizione di droga dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) è: "A term of varied usage. In medicine, it refers to any substance with the potential to prevent or cure disease or enhance physical or mental welfare, and in pharmacology to any chemical agent that alters the biochemical physiological processes of tissues or organisms. Hence, a drug is a substance that is, or could be, listed in a pharmacopoeia. In common usage, the term often refers specifically to psychoactive drugs, and often, even more specifically, to illicit drugs (...). Professional formulations (e.g. "alcohol and other drugs") often

16. Secondo l'insegnamento di HASSEMER, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: L. PHILIPPS; H. SCHOLLER (hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg 1989, p. 90 ss., una concezione personale di bene giuridico consente la tutela di interessi collettivi, purché abbiano un substrato personale verificabilmente offendibile. Criticamente sul concetto di salute, pubblica MANNA (nota 5), p. 31-32.

seek to make the point that caffeine, tobacco, alcohol, and other substances in common non-medical use are also drugs in the sense of being taken atleast in part for their psychoactive effects".[17] Se limitiamo l'uso del termine droga alle "sostanze o droghe psicoattive", possiamo far riferimento alla seguente definizione OMS: "A substance that, when ingested, affects mental processes, e.g. cognition or affect. This term and its equivalent, psychotropic drug, are the most neutral and descriptive terms for the whole class of substances, licit and illicit, of interest to drug policy. *Psychoactive* does not necessarily imply dependence-producing (...)".

Entrambe le definizioni vengono ritenute generiche, e vi è un vasto consenso, in campo medico, psicologico e sociologico, su due circostanze: (1) al di là della comune definizione, le droghe sono molto diverse tra loro, per effetti prima che per considerazione sociale;[18] (2) vi sono molte incertezze circa gli effetti delle singole sostanze.[19]

Le classificazioni delle sostanze psicoattive si riferiscono per lo più agli effetti diretti sul sistema nervoso centrale (s.n.c.). Quella più diffusa in Italia distingue quattro tipi di droghe:[20] (1) sostanze analgesiche, che comprendono gli oppiacei (ad es. eroina, morfina, metadone); (2) sostanze che deprimono il s.n.c., quali alcool, barbiturici ed ipnosedativi; (3) sostanze che stimolano il s.n.c., come caffeina, nicotina, cocaina, amfetamine, *ecstasy*; (4) sostanze che alterano la percezione, come i derivati della *cannabis* (spec. *hashish* e *marijuana*), l'LSD e l'*ecstasy* (che ha più effetti, come pure altre sostanze).

Ai fini specifici di una valutazione penalistica dei danni e pericoli per la salute, vanno tuttavia palesemente considerati altri due elementi: gli altri effetti sulla salute, spesso legati alla quantità di sostanza assunta e emergenti solo nel lungo periodo, e la dipendenza.

Quest'ultima viene variamente definita e si distingue in fisica e psichica; opportunamente, nel linguaggio biologico ed ancor più in quello farmacologico

17. Cfr. il *Lexicon of alcohol and drug terms published by the World Health Organisation*, in [www.who.int/substance_abuse/terminology/who_lexicon/en/index.html]. Dalla stessa fonte è tratta la definizione successiva.

18. V. ad es. FLICK, *Droga e legge penale*, Milano, 1979, p. 45 ss.; PICCONE STELLA, *Droghe e tossicodipendenza*, 2. ed., Bologna, 2002, p. 7-8.

19. Obiettività e responsabilità impongono, quindi, di non piegare i dati disponibili ad opzioni di tipo proibizionista (con eccessivi allarmismi) od antiproibizionista (minimizzando gli effetti delle droghe), cfr. PICCONE STELLA (nota 18), p. 75, 122 e passim.

20. Cfr. ad es. BARBAGLI; COLOMBO; SAVONA, *Sociologia della devianza*, Bologna, 2003, p. 73.

si considera solo la prima, come rileva l'OMS;[21] quello di dipendenza psichica è concetto dai confini incerti, riferibile ad esempio anche allo sport, al lavoro ("Workaholic"), ai videogiochi, alla televisione e ad internet;[22] peraltro, la dipendenza fisica agisce sulla psiche. Secondo l'OMS, voce "Addiction, drug or alcohol", si tratta del "repeated use of a psychoactive substance or substances, to the extent that the user (referred to as an addict) is periodically or chronically intoxicated, shows a compulsion to take the preferred substance (or substances), has great difficulty in voluntarily ceasing or modifying substance use, and exhibits determination to obtain psychoactive substances by almost any means. Typically, tolerance is prominent and a withdrawal syndrome frequently occurs when substance use is interrupted. The life of the addict may be dominated by substance use to the virtual exclusion of all other activities and responsibilities." Da un punto di vista penalistico, è significativo che tale definizione implica menomazione dell'autodeterminazione e pericolo di una sindrome da astinenza, a cui corrispondono danni fisici anche molto gravi.[23]

Va, ancora, tenuto presente il fenomeno diffuso del consumo, da parte di un unico assuntore, di più droghe (ad esempio, alcool e analgesici, alcool e *ecstasy*).

Relativamente alle dimensioni del consumo di droghe, naturalmente vi è un enorme interrogativo sul sommerso. Ad ogni modo, secondo il rapporto annuale 2011 dell'*European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction* (EMCDDA)[24] – che limita la propria attività alle droghe illegali –, in base ai dati più recenti, in Europa hanno consumato *cannabis* una volta nella vita almeno 78 milioni di persone (il 23 % della popolazione adulta!), e nell'ultimo anno circa 22,5 milioni di persone; cocaina, nella vita 14,5 milioni di persone (il 4,3 % degli adulti), nell'ultimo anno 4 milioni; amfetamine, nella vita 12,5 milioni di persone (3,8 %), nell'ultimo anno 2 milioni; *ecstasy*, nella vita 11 milioni di persone (3,2 %), nell'ultimo anno 2,5 milioni; i "consumatori problematici di oppiacei", ossia principalmente gli eroinomani, sono stimati tra 1,3 e 1,4 milioni di europei.[25] Ampliando lo sguardo alle droghe legali, secondo dati

21. V. (nota 17), voce "dependence".

22. V. PICCONE STELLA, (nota 18), p. 71, che pure distingue la dipendenza psicofisica da droghe.

23. Cfr. ancora il Lexicon OMS (nota 17), voce "withdrawal syndrome".

24. Si tratta di un Istituto specializzato dell'Unione Europea. I dati che seguono sono tratti dal sito ufficiale dell'EMCDDA: [www.emcdda.europa.eu/situation/commentary/1#section2].

25. A loro volta, i dati dell'OMS riferiti al meno recente periodo 1998-2001 indicano le seguenti cifre del consumo mondiale: *cannabis* 147,4 milioni di consumatori (il 69

OMS riferiti al 2002, nel mondo, a fronte di 185 milioni di consumatori di droghe illegali vi erano 2 bilioni di consumatori di alcolici e 1,3 bilioni di consumatori di tabacco.[26]

A questo punto, tenendo presenti – pur con le loro incertezze – definizioni, classificazione e indici di consumo delle droghe, è possibile tratteggiare, per alcune sostanze più diffuse, il quadro della loro lesività. A tale scopo verranno utilizzati i 'profili' delle singole droghe, non sempre concordanti, elaborati da istituzioni come l'EMCDDA,[27] l'OMS,[28] la Direzione centrale dei servizi antidroga (DCSA) del Ministero dell'Interno italiano,[29] ma anche il parere degli studiosi.

In rapporto alla *cannabis* – di gran lunga la droga illegale più consumata – a parte gli effetti temporanei di euforia e rilassamento, secondo l'EMCDDA "there is little evidence for damage to organ systems among moderate users, but consumption with tobacco carries all of the risks of that substance". Per l'OMS, sono accertate difficoltà di apprendimento e memorizzazione e di coordinamento psicomotorio, che però gli studiosi tendono a ravvisare in casi infrequenti di consumo cronico o "pesante di droga leggera".[30] Per l'EMCDDA non è accertato il rapporto con fenomeni di schizofrenia e "fatalities directly attributable to cannabis are rare"; in effetti, nei dati sui decessi per droga in 30 Paesi europei riferiti al 2009, solo la Finlandia segnala la presenza di *cannabis*.[31] Circa la dipendenza, l'EMCDDA tace, gli studiosi tendono a negarla,[32] l'OMS ne ritiene "probabile" l'insorgere a condizione di un consumo cronico. Non

---

% dei consumatori di droghe illegali); amfetamine 33,4 milioni (il 16 %); cocaina 13,4 milioni (6 %); eroina 9,2 (4%); *ecstasy* 7 milioni (3 %), cfr.: [www.who.int/substance_abuse/facts/psychoactives/en/index.html].

26. Cfr.: [www.who.int/substance_abuse/facts/global_burden/en/index.html].
27. [www.emcdda.europa.eu/publications/drug-profiles].
28. Cfr.: [www.who.int/substance_abuse/facts/en].
29. Cfr.: [www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/ministero/dipartimenti/dip_pubblica_sicurezza].
30. PICCONE STELLA (nota 18), p. 48.
31. V.: [www.emcdda.europa.eu/stats10/drdtab108]; per la Finlandia, su 229 morti attribuite a droghe illegali, per 99 è riportata l'indicazione "cannabis", cifra chiaramente esorbitante; non essendo indicato se la sostanza compaia da sola od insieme ad altre, appare decisamente più verosimile la seconda ipotesi.
32. Salvo quella psichica, che può insorgere con il consumo prolungato, v. ad es. BARBAGLI; COLOMBO; SAVONA (nota 20), p. 77. Nega decisamente una dipendenza fisica da *cannabis* ARNAO, *Perché legalizzare la droga significa ridurne la pericolosità*, in MANCONI

si può annoverare tra i pericoli legati al consumo di *cannabis* il passaggio alle droghe pesanti, che secondo l'opinione largamente prevalente è talmente raro da non essere attribuibile a quel consumo.[33]

Pare, dunque, potersi asserire che la *cannabis* è probabilmente pericolosa per la salute in caso di uso frequente e/o 'pesante'.

A questo punto, va osservato che le due droghe legali più comuni, e di consumo assai più frequente della *cannabis*, ovvero alcool e tabacco, possono essere, in caso di consumo cronico, più pericolose per la salute, e lo sono anche per la vita, in quanto ne sono accertati, e ben noti, gli effetti lesivi della salute, ed anzi mortali. L'abuso di alcool, secondo il profilo tracciato dall'OMS, provoca tumori dell'esofago, tumori del fegato, cirrosi epatiche; nell'ipotesi di abuso abituale possono insorgere dipendenza e crisi di astinenza, fino al delirium tremens, e danni cerebrali permanenti.[34] Secondo l'*Atlas 2010* dell'OMS, a livello mondiale, circa 39 morti su 100.000 sono dovute all'abuso di alcool e droghe illecite; fra queste, l'alcool è responsabile di 35 su 39. Il tabacco – secondo il World Health Report dell'OMS del 2002 – "among industrialized countries where smoking has been common, (...) is estimated to cause over 90% of lung cancer in men and about 70% of lung cancer among women. In addition, in these countries, the attributable fractions are 56-80% for chronic respiratory disease and 22% for cardiovascular disease".[35]

Tornando alle droghe illecite, cocaina, amfetamine ed *ecstasy* presentano caratteristiche in parte simili, in quanto sostanze stimolanti. Secondo l'EMCDDA la cocaina produce inizialmente euforia, tachicardia ed ipertensione e toglie l'appetito; provoca rapidamente una forte dipendenza psichica;[36] la dose minima mortale stimata è 1,2 gr, sebbene varii secondo le caratteristiche individuali; in base ai dati disponibili, dopo gli oppiacei appare la seconda

---

(a cura), *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Milano, 1991, p. 60-61; così pure la DSCA (nota 29).

33. BARBAGLI; COLOMBO; SAVONA (nota 20), p. 86.

34. Questi effetti dell'abuso abituale sono descritti nel rapporto dell'OMS, *Neuroscience of psychoactive substance use and dependance*, Geneva, 2004, p. 71-72.

35. Sempre secondo l'OMS, il tabacco è responsabile dell'8,8 % della mortalità sul pianeta; l'alcool del 3,2; le droghe illecite, tutte insieme, dello 0,4%; naturalmente bisogna tener conto dell'incerto rapporto con il numero di consumatori e del calcolo di decessi solo indirettamente riconducibili all'uso di sostanze, come ad es.quelli dovuti ad incidenti stradali per guida in stato di ebbrezza o stupefazione.

36. Cfr. in particolare pure il profilo della sostanza a cura della DCSA (nota 29).

sostanza più letale. Le amfetamine producono, al momento, effetti stimolanti simili alla cocaina, sopprimono il senso di fatica e provocano insonnia; l'intossicazione acuta causa disturbi cardiocircolatori e stati di agitazione, confusionali, paranoidi; quella cronica provocherebbe danni cerebrali; le morti attribuite alle amfetamine sono definite rare. Peraltro, in particolare per le droghe sintetiche, ma anche per le altre, vale il rilievo secondo cui spesso non viene identificata precisamente la sostanza letale, ed in un'alta percentuale di decessi si tratta di *cocktails* di sostanze. L'MDMA o *ecstasy* produce inizialmente euforia e aumento della percezione sensoriale; a lungo termine viene associata a difficoltà cognitive; gli effetti possono variare secondo la composizione; le morti sono rare e di difficile attribuzione.

Riassumendo, la cocaina è pericolosa per salute e vita; amfetamine ed *ecstasy* lo sono, in grado decrescente, per la salute, e raramente per la vita.

L'eroina è notoriamente la droga illegale più distruttiva. La capacità di indurre dipendenza fisica è certa, sebbene quest'ultima non insorga necessariamente né immediatamente; la dipendenza svuota l'esistenza, giacché tutte le energie emotive vengono assorbite dalla spasmodica ricerca della sostanza, i cui effetti euforizzanti regrediscono fino a scomparire; compaiono poi patologie fisiche come la depressione respiratoria;[37] vi sono inoltre i pericoli di contagio da HIV, epatite B e C, legati però alle modalità dell'assunzione. Il numero dei decessi per overdose costituisce la maggioranza schiacciante di quelli dovuti a droghe illecite.

Volendo, allora, ricavare qualche indicazione utile ai fini del diritto penale da questi dati pur sommari, non incontroversi e densi di incognite, si può anzitutto affermare che le droghe presentano un grado di pericolosità per la salute molto differenziato, e che solo talune sono seriamente pericolose per la vita. Inoltre, i pericoli e i danni dipendono sempre anche dalle caratteristiche fisiopsichiche del consumatore e dalle modalità (ad es. assunzione endovena o fumo di eroina) e dalla frequenza del consumo.[38]

Vi è, ancora, un altro elemento rilevante ai fini di una valutazione giuspenalistica. Le ricerche tossicologiche sugli effetti delle sostanze e quelle epidemiologiche sul consumo verificano evidenze statistiche e probabilità generali, analizzano un fenomeno. In diritto penale, invece, si tratta della valutazione di un singolo fatto; non si può far rispondere una

37. La DCSA (nota 29) pone in evidenza anche disfunzioni ormonali e gastrointestinali.

38. PICCONE STELLA (nota 18), p. 46 ss.

persona di un fenomeno, né della pericolosità generale di una condotta, pena la strumentalizzazione dell'essere umano per finalità a lui estranee.[39] La fattispecie penale dev'essere costruita in modo da descrivere una condotta almeno pericolosa per il bene giuridico.

In materia di stupefacenti viene in considerazione il reato di pericolo per la salute o la vita, essendo la realizzazione di eventi di danno per quei beni già punibile, a seconda dei casi, a titolo di lesioni personali, omicidio, oppure morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.). Nelle convenzioni internazionali, nella citata decisione quadro, nella legislazione italiana ed in quelle straniere si tratta di reati di pericolo astratto o presunto; si descrive una mera condotta, senza prevedere una clausola del tipo "in modo pericoloso per la salute o la vita", e ciò pone un noto e controverso problema di legittimità costituzionale. Per la Corte costituzionale e la dottrina prevalente in Italia, reati di pericolo presunto sono legittimi, fintantoché si tratti della tutela di beni primari come vita e salute e la presunzione di pericolo sia ragionevole.[40]

Chi scrive non condivide tale parziale legittimità; ma, anche adottando i criteri indicati dalla Corte, tenendo presenti le acquisizioni empiriche risulta una legittimazione selettiva, differenziata della punibilità del consumo e della detenzione per uso personale (in Italia non prevista), ma anche della cessione e simili.

Infatti, il consumo o la cessione di una singola dose di *cannabis* non possono ritenersi neppure pericolosi per la salute – neanche per induzione di dipendenza –; non più di quanto ciò possa dirsi per un bicchiere di *whisky* o una sigaretta.[41] Una (astratta) pericolosità potrebbe affermarsi solo in rapporto all'uso frequente e quindi anche alla cessione abituale ad uno stesso soggetto; ma, rinviando altre considerazioni, fattispecie penali che richiedessero una condotta reiterata o abituale presenterebbero una ben scarsa praticabilità. L'incriminazione non solo del consumo o della detenzione, ma anche della cessione di *cannabis* appaiono dunque in contrasto con il principio di

39. Nella dottrina italiana cfr., con riferimento a personalità della responsabilità penale e funzione della pena, BRICOLA (nota 9), p. 83; MOCCIA (nota 10), p. 185.

40. Cfr. ad es. la citata sent. Corte cost., n. 333/1991 (nota 11), p. 295-296; in dottrina, per tutti in tal senso FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6. ed., Bologna 2010, p. 205 ss.

41. E lo stesso vale ipotizzando la cessione di un pacchetto di 'spinelli' o di sigarette o di una bottiglia di whisky: non se ne può ragionevolmente affermare la pericolosità, che dipende in modo decisivo da come li si consuma.

offensività[42] e con il principio di eguaglianza *sub specie* ragionevolezza, per l'ingiustificata discriminazione rispetto alle droghe legali alcool e tabacco.[43]

Diversi sono gli effetti delle altre sostanze, ed anche sotto tale profilo irragionevole e, quindi, incostituzionale è l'attuale parificazione vigente in Italia tra cessione di sostanze come *cannabis* ed eroina, ad esempio.[44]

Anche per le amfetamine e per l'MDMA o l'*ecstasy* appare debole e tutt'altro che scontata, secondo l'attuale stato delle conoscenze, una presunzione di pericolosità del consumo occasionale e, quindi, della cessione anch'essa occasionale. L'onere della prova dovrebbe spettare al legislatore, sulla base di adeguate indagini empiriche. Relativamente all'*ecstasy*, peraltro, vi è consenso sul dato secondo cui decisiva, ai fini della pericolosità, è la variabilità e quindi l'imprevedibilità della composizione chimica della sostanza, un punto su cui si tornerà nell'esaminare la questione dell'effettività del controllo penale.

Cocaina ed eroina possono essere mortali già alla prima assunzione; dipende dalla dose, dalla modalità di assunzione, dalle caratteristiche individuali. Il pericolo per la vita non si può ragionevolmente presumere in qualunque consumo o cessione; per l'eroina ciò, oltre a risultare scientificamente confermato, è testimoniato dalle esperienze di somministrazione controllata in alcuni Paesi.[45] Una tesi scomoda, ma sostenuta da non pochi studiosi[46] è quella secondo cui anche delle droghe pesanti esiste un consumo occasionale o 'leggero' – non necessariamente si sviluppa tossicodipendenza – e un consumo

42. Ritenuto in Italia di rango costituzionale, pressoché unanimemente, salvo divergenze sulla portata del principio: cfr. in giur. ad es. Corte cost., sent. 13-24 luglio 1995, n. 360, *Foro it.*, 1995, I, 3083; in dottrina spec. MARINUCCI; DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, 3. ed., Milano, 2001, p. 49; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, passim.

43. La Cassazione, Sez.unite, sent. 24 aprile 2008, n. 28605, in *Cass. pen.* 2008, 4504, sulla scorta di indicazioni della Corte costituzionale, ritiene che la punibilità della cessione di stupefacente debba escludersi solo allorché risulti privo di qualsiasi efficacia psicoattiva e quindi non "drogante"; sarebbe inoffensiva e, quindi, non punibile solo la cessione di "canne" senza *cannabis*. Ma allora, dovrebbe essere lecita solo la cessione di sigarette senza nicotina, o di birra e rum senz'alcool.

44. Così già INSOLERA; STORTONI, Un'altra legge "speciale": la legge sulla droga, *Quest. crim.* 1976, p. 111 ss.; da ultimo RUGA RIVA (nota 6), p. 254 ss., che opportunamente rileva pure il contrasto con la decisione quadro citata in nota 2.

45. Così PICCONE STELLA (nota 18), p. 120.

46. Cfr. ARNAO (nota 32), spec. p. 73-74, ove si segnala l'abolizione dell'espressione "uso responsabile di droga" imposta dall'ONU nel 1987; PICCONE STELLA (nota 18), p. 31 ss. e passim.

'responsabile', non pericoloso per la vita e perfino non incompatibile con l'inserimento sociale e l'attività lavorativa.

La pericolosità per la vita del consumo o della cessione di eroina o cocaina dovrebbe, quindi, essere valutata in concreto ai fini della punibilità, o quantomeno legata ad indici quali la quantità elevata di sostanza. Il pericolo per la salute deriva, ad ogni modo, già dalla probabilità dell'insorgere della dipendenza, anch'essa condizionata agli indici predetti: ciò legittima una fattispecie di pericolo concreto. Altri pericoli e danni alla salute ed alla vita sono associati solo al consumo cronico; altri (ad es. overdose, Aids, epatiti) sono legati piuttosto al regime di illegalità delle droghe ed a pericolose modalità di assunzione. Sul punto si dovrà tornare.

IV. DROGHE E LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE

Il bene legittimamente tutelabile in materia di droghe è dunque la salute. E l'assunzione di droghe copre, a seconda della sostanza e delle modalità, uno spettro variabile dall'inoffensività o, al più, remota pericolosità del consumo modico ed occasionale di alcol, tabacco o spinelli, alla concreta pericolosità e perfino alla dannosità per la salute o addirittura per la vita di determinate modalità di consumo di altre sostanze. La legittimazione di un intervento penale dipende, allora, anche dalla legittimità di una tutela della persona da sé stessa, ovvero dalla disponibilità dei beni salute e vita.

Forse è questo l'aspetto più complesso del problema, perché coinvolge opzioni etico-filosofiche, religiose e visioni del mondo che incidono sul modo di concepire la persona ed il rapporto tra essa e la collettività.[47] Ciò impone, in democrazia, apertura al dialogo e rinuncia a pretese di verità assoluta. E al giuspenalista impone di considerare vincolanti le indicazioni di principio provenienti dal sistema normativo di riferimento.[48]

La Costituzione italiana si fonda sul primato della persona; e, mirando a conciliare libertà, eguaglianza e *fraternité*, impone al singolo ed allo Stato doveri di solidarietà verso gli altri, artt. 2, 3 Cost. Ora, tra i pilastri del rapporto costituzionale tra individuo e collettività vi è l'intangibilità dell'autodeterminazione della persona sulle proprie scelte esistenziali, sullo

47. Si pensi al dibattito sul paternalismo, riacceso dal lavoro di FEINBERG, *Harm to Self*, New York 1986.

48. In Italia, fondamentale sul punto MOCCIA, Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, p. 1006 ss.

sviluppo della personalità, artt. 2 e 13 Cost. Ciò costituisce elemento essenziale della dignità umana: essa viene lesa quando la persona, l'essere umano quale *Phaenomenon*, è ridotta a cosa, ovvero ad oggetto di scelte della collettività intorno a cosa possa fare o cosa sia bene per lei o 'degno' dell'uomo 'come dovrebbe essere'.

Perciò la salute, nell'art. 32 Cost., è definita diritto, e non dovere, della persona e – per ottime ragioni solidaristiche, che non implicano, né possono implicare, sopraffazione dell'autodeterminazione – "interesse della collettività". Ed anche per questo l'art. 32 co.2 Cost., consentendo i trattamenti sanitari obbligatori solo nel "rispetto della persona", secondo l'interpretazione dominante esige che essi siano volti a tutelare non la persona stessa da proprie scelte responsabili, ma la salute di altri consociati, in particolare da contagi.[49] Da tutto ciò deriva la libertà di scegliere autonomamente se curare la propria salute, se rifiutare le cure, se vivere o morire,[50] quali rischi per la salute o per la vita correre. Perfino suicidarsi o tentare di farlo (o anche rischiarlo, senza volerlo), per quanto contrasti con l'interesse della collettività e sia ciò che meno desideriamo che un altro faccia della propria vita, è lecito, non può essere oggetto di coazione giuridica eteronoma. E così pure decidere di assumere droghe pericolose.[51]

All'obiezione secondo cui in tal modo s'ignora la componente solidaristica dell'impianto costituzionale, è agevole replicare che un solidarismo rispettoso del primato della persona interviene garantendone l'effettiva autodeterminazione ed offrendo aiuto sia a chi intenda curarsi, sia a chi rifiuti di farlo e voglia essere diversamente aiutato, nel rispetto della sua scelta.

---

49. Cfr. per tutti VINCENZI AMATO, *Art.32 co.2*, in: BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1976, p. 170 ss.

50. Il diritto, ricavabile dalla Costituzione, di rifiutare le cure mediche anche a costo di morire, riconosciuto dalla dottrina prevalente, è stato ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, da ultimo in due discussi casi di eutanasia (rispettivamente noti come Welby ed Englaro: Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 437 ss.; Cass.civ., I, 4-16 ottobre 2007, n. 21748, *ivi*, 384 ss.).

51. Di diverso avviso FLICK (nota 18), p.153 ss., secondo cui da un'interpretazione sistematica della Costituzione risulterebbe l'illiceità della scelta individuale, operata dall'assuntore di droghe, di una 'fuga' dai condizionamenti e dai doveri sociali, di cui all'art. 2 e 4 co.2 Cost., in tema di dovere di lavorare. La stessa libertà personale ed il diritto alla salute andrebbero visti quali vincolati a doveri solidaristici. Sebbene venga – tendenzialmente – esclusa una coazione diretta sull'assuntore, le premesse generali non scongiurano il pericolo di legittimare, coerentemente, interventi coattivi sulle persone motivati, magari, con l'obbligo di lavorare.

Si obietta che non curare la salute, fumare, bere (ma anche alimentarsi troppo o male) non è solo decidere di sé stessi, ma rischia di avere costi economici per la collettività; e ciò legittimerebbe, salve altre valutazioni, anche un intervento penale.[52] Si tratterebbe, dunque, di condotte eventualmente punibili quali reati contro l'economia pubblica! La dignità umana – sia in quanto autodeterminazione, sia per effetto dello stigma penale – e la libertà personale (coinvolta, seppure attraverso la convertibilità, pure in presenza di pene pecuniarie) soccomberebbero in un bilanciamento con il patrimonio collettivo; tanto da giustificare l'inflizione di una pena per un atto di autodeterminazione solo indirettamente e lontanamente pericoloso per il patrimonio stesso. Si tratta di un completo rovesciamento del primato della persona, che non sarebbe libera di decidere della propria vita e potrebbe essere coartata penalmente, con una gravissima intromissione nella sua vita privata quotidiana, per non costare alla collettività.[53]

Ciò dovrebbe valere, anche se è meno scontato, anche in rapporto all'inflizione di sanzioni amministrative. Se esse restringono la libertà personale, sono, al di là di truffe delle etichette, sostanzialmente penali; vale, allora, quanto già detto e, dunque, in Italia appaiono illegittime le sanzioni previste per la detenzione a scopo di consumo personale.[54] Qualora si tratti di una sanzione amministrativa pecuniaria, per una elementare ragione di proporzione, il bilanciamento tra la libertà di autodeterminazione – menomata dalla sanzione solo in termini di lieve costo economico – e il pericolo di costi per la collettività si pone in termini diversi. E la tenuità dell'intervento sanzionatorio pone,

---

52. In Italia in tal senso M. ROMANO, Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 995-997.

53. Aleggia lo spettro dell'utilitarismo collettivistico, v. spec. in tema di salute PLATONE, *Repubblica*, III, Cap. 14-15. D'altronde, ciò che si contesta è, a ben vedere, il costo della solidarietà collettiva; si dovrebbe, allora, coerentemente, lasciare alla persona di gestire autonomamente la propria salute, pagando in proprio i costi della cattiva gestione. Sarebbe questo un modello coerentemente *liberal*, con la conseguenza che quei costi sarebbero sostenibili solo per le persone abbienti. In un ordinamento che contemperi liberalismo e solidarismo, invece, anziché costringere a curarsi, devono offrirsi aiuti e strumenti, di informazione e sensibilizzazione, di prevenzione sociale ed anche di cura per tutti; e ciò anche in virtù della consapevolezza – troppo spesso rimossa – della corresponsabilità della società nell'eziologia culturale dei modelli 'autonomi' di gestione pericolosa della propria salute. Ciò non esclude, laddove esigibile, una partecipazione individuale ai costi in caso di patologie causate da cattiva autogestione.

54. Specialmente quelle previste per la "tutela della sicurezza pubblica": condivisibili le critiche di RUGA RIVA (nota 6), 246 ss.; GAMBERINI/INSOLERA, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, in INSOLERA (nota 4), p. 11-12.

forse, diversamente anche il rapporto tra libertà e solidarietà. In particolare, una sanzione amministrativa pecuniaria appare sostenibile qualora consegua ad una immediata e grave esposizione a pericolo della salute e della vita, sia – ma molto secondariamente – a tutela del patrimonio collettivo, sia, soprattutto, in chiave di solidarietà, quale strumento di prevenzione *sub specie* orientamento individuale e collettivo.[55] Ma non, invece, qualora si tratti di pericoli remoti, riconducibili ad effetti ipotetici di una eventuale serialità di condotte autoresponsabili private.

Si può tentare ora di abbozzare le implicazioni di un tale ordine di idee in rapporto, da un lato, ad una legittima disciplina del consumo personale di droghe e delle condotte di detenzione ad esso preordinate e, dall'altro, delle condotte di cessione e simili. Quanto al primo ambito, in presenza di un consumo non abituale di sostanze innocue o di pericolosità solo remota e necessariamente 'seriale' (alcool, tabacco, *cannabis*) è da escludersi qualunque sanzione penale o amministrativa. Una sanzione esclusivamente amministrativa pecuniaria potrebbe tutt'al più ammettersi – dal limitato punto di vista in esame e salvo quanto si dirà più avanti – per un consumo immediatamente e concretamente pericoloso per la salute o per la vita (abuso abituale di alcool, *cannabis* o *ecstasy*, consumo di cocaina o eroina).

Quanto alla cessione, quella di sostanze innocue o di pericolosità solo remota e seriale dovrebbe essere lecita, se avviene con il valido consenso dell'assuntore, quindi nel rispetto di limiti di età e capacità,[56] e curando l'informazione intorno ai rischi, come elemento essenziale di prevenzione sociale. La cessione di sostanze immediatamente pericolose per la salute, ma non immediatamente per la vita (con esclusione, quindi, di dosi potenzialmente letali di superalcolici, cocaina o eroina) dovrebbe essere lecita,[57] ma sempre

55. Ciò sembra giustificare sanzioni amministrative pecuniarie per l'inosservanza dell'obbligo del casco o della cintura di sicurezza, ma potrebbe giustificare la stessa sanzione per la detenzione di una dose immediatamente pericolosa di eroina o cocaina; ferma la diversa, ma, come si vedrà, decisiva considerazione dell'assoluta inefficacia di una sanzione del genere.

56. Quanto alla dipendenza, si parte dal presupposto per cui l'uso non cronico di *cannabis* non la determina; ad ogni modo, si ritiene che la dipendenza da nicotina sia forte, eppure nessuno sostiene che, salvo forse per fumatori cronici incalliti, manchi la capacità di consenso.

57. Una tale posizione fa prevalere ancora, nel bilanciamento, la libertà ed autonomia della persona del consumatore sulle opposte istanze di solidarietà; nel nostro ordinamento è del resto prevista la disponibilità, entro i limiti di cui all'art. 5 c.c., del bene salute.

solo se avviene in presenza di un valido consenso, problematico in presenza di una dipendenza. La cessione di sostanze immediatamente pericolose per la vita – ovviamente illecita in mancanza di valido consenso (problematico nella dipendenza da eroina) – darebbe luogo ad una tentata agevolazione al suicidio; il bilanciamento, qui, tra la libertà di scegliere di morire ed il dovere di solidarietà, che potrebbe tradursi, in presenza del valore fondamentale della vita, in non collaborazione e nella necessaria certezza di un'autodeterminazione non condizionata da terzi, coinvolge problemi enormi, discussi in materia di eutanasia, e non può essere affrontato in questa sede.

In mancanza di ciò, resta, per ora, una legittimazione differenziata dell'intervento penale; in particolare, risulta legittima, dai punti di vista sin qui considerati, la sola punibilità della cessione di droghe a soggetti incapaci di consenso e della cessione consensuale di droghe immediatamente pericolose per la vita.

Tuttavia, se il diritto penale deriva la propria legittimità dalla sua utilità e necessità per la tutela da offese ai beni giuridici, non è sufficiente l'aver stabilito che, entro i limiti tratteggiati, vi è un bene tutelabile ed offeso, e in quale misura l'autonomia del titolare del bene lasci residuare una meritevolezza di pena. Il prossimo problema fondamentale è se l'intervento penale sia utile e necessario.

V. QUALE EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO PENALE DEGLI STUPEFACENTI?

La valutazione di effettività e necessità dell'intervento penale – in particolare, in tema di droghe – richiede conoscenze empiriche solo in parte disponibili e un sistema di criteri orientato agli scopi dell'intervento, che non possono essere se non quelli, costituzionalmente imposti, di tutela dei beni giuridici mediante prevenzione generale e speciale positiva. Esistono modelli teorici complessi di valutazione d'impatto *ex ante* ed *ex post*, purtroppo praticamente ignorati dal legislatore penale.[58] In questa sede è possibile solo una schematica valutazione *ex post*. Si possono distinguere, in primo luogo, gli effetti sulle persone dei consumatori la cui salute il diritto penale mira a tutelare; in secondo luogo, gli effetti sugli altri consociati e sulle istituzioni.

Relativamente ai consumatori, per ora considerati in modo indifferenziato, se l'intervento penale mira a diminuirne il numero, secondo le istituzioni e gli studiosi ciò non è avvenuto, né in Italia né altrove; si parla diffusamente di

58. Nella dottrina penalistica italiana cfr. per tutti PALIERO, Il principio di effettività del diritto penale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.

fallimento del proibizionismo.[59] In contesti normativi di liberalizzazione[60] o di legalizzazione,[61] il consumo tende a diminuire;[62] ed anche se, confrontando diversi Paesi o diversi regimi legali nello stesso Paese, non risulta univocamente un miglior risultato delle politiche di legalizzazione, sicuramente la proibizione non diminuisce il consumo più della legalizzazione;[63] in tal senso, appare provata l'inutilità dell'intervento penale.

Ma l'obiettivo non è, né può essere, semplicemente quello della riduzione dei consumatori, bensì quello della tutela della loro salute. Per verificare l'effettività a tal proposito, bisogna distinguere. Sostanze illegali come la *cannabis* sono innocue, o pericolose solo in caso di uso cronico; in rapporto al consumatore occasionale quindi non c'è nulla da tutelare. Per il consumatore cronico, alla costatazione relativa al fallimento del proibizionismo si aggiunge quella secondo cui, mentre il temuto 'effetto di passaggio' dalla *cannabis* alle droghe pesanti non dipende dal consumo di *cannabis*,[64] proprio quel passaggio può essere indotto dalla contiguità di tali sostanze sul mercato illegale,[65] unita a tecniche di *marketing* criminale (temporaneo ritiro dal mercato di sostanze leggere e contestuale offerta di quelle pesanti, cessione di sostanza diversa da quella richiesta). L'intervento penale quindi aumenta, anziché diminuire, i rischi per la salute.

---

59. Eloquenti i dati indicati *supra*, par.III, testo corrispondente alla nota 24.

60. Vale a dire, di assenza di vincoli legali. Due noti esempi: in Inghilterra nel XIX secolo il commercio di eroina (da ingerire) è stato libero fino al 1868, in quanto principale antidolorifico sul mercato; oppure si pensi al libero consumo di alcolici negli USA fino al 1919.

61. Cioé di commercio regolamentato; è il noto caso della *cannabis* in Olanda.

62. Interessante è il dato per cui, sia in Inghilterra che negli USA, in rapporto a due diverse droghe, il consumo era calato, per la sensibilizzazione sociale intorno ai rischi, già prima della regolamentazione (Inghilterra) (v. ARNAO (nota 32), p. 58-59) o della proibizione (USA). Anche chi, contrariamente all'opinione prevalente, ritiene che il proibizionismo sugli alcolici ne abbia diminuito il consumo, riconosce che tale diminuzione era già in atto nel 1919 ed era legata alla predetta sensibilizzazione, cfr. BARBAGLI; COLOMBO; SAVONA (nota 20), p. 97.

63. BARBAGLI; COLOMBO; SAVONA (nota 20), p. 96-97, con ulteriori riferimenti bibliografici.

64. Vi è, tra l'altro, chi suggerisce che la pratica dell'uso di eroina endovena sia derivata da quella, diffusa già prima degli anni '70 del XX secolo, di iniettare psicofarmaci, cfr. in proposito ad es. PICCONE STELLA (nota 18), p. 24; altri (ARNAO (nota 32), p. 67) osservano che la pratica pericolosissima dell'iniezione di eroina è favorita dal prezzo elevato della sostanza illegale, che induce a cercare l'efficacia maggiore rispetto a quella derivante dall'ingestione, anche per ottimizzare i costi.

65. Così ad es. FERRAJOLI, *Proibizionismo e diritto*, in: MANCONI (nota 32), p. 151, 155.

Per droghe sintetiche come le amfetamine o l'*ecstasy* – oltre alle considerazioni relative all'incerta lesività, all'autodeterminazione ed al fallimento sul piano della riduzione dei consumi – vale particolarmente l'asserzione secondo cui la criminalizzazione e, quindi, l'illegalità del mercato aumenta i rischi per la salute, a causa dell'imprevedibilità della composizione della sostanza.[66]

In rapporto a cocaina ed eroina, l'intervento penale aumenta, innanzitutto, il rischio per la vita del mero consumo occasionale o saltuario, per l'imprevedibilità della qualità (tagli) e della quantità della droga assunta, con conseguente possibile overdose letale. È un rischio più diffuso di quanto si pensi, essendo falsa l'equiparazione assuntore-tossicodipendente, che fa parte di una costruzione sociale criminalizzante del problema droga.[67]

Per il tossicodipendente, ed in particolare per l'eroinomane, ai continui rischi di overdose – che ne esasperano la condizione di dipendenza dallo spacciatore – la punibilità della cessione di stupefacenti aggiunge altri pericoli per la salute. Il tossicodipendente, specialmente quello più povero, è posto in una condizione psicologica di 'sbattimento', di ansia perpetua, cui contribuisce la necessità di denaro per pagare l'elevato prezzo dello stupefacente sul mercato illegale. E soprattutto l'assunzione della sostanza in condizioni di illegalità, emarginazione e, quindi, carenza di informazione aumenta il rischio di comportamenti come lo scambio di siringhe, una delle principali cause di diffusione di AIDS e di contrazione di epatiti B e C.

Ma la vita di molti tossicodipendenti è resa ancora più penosa dalla necessità di commettere reati, per procurarsi la dose; vengono in considerazione principalmente condotte di piccolo spaccio e reati contro il patrimonio. Ogni legislazione che punisca la cessione anche di piccole quantità di stupefacenti o le condotte ruotanti attorno alla mera detenzione,[68] contribuisce significativamente alla carcerizzazione di tossicodipendenti e, quindi, ad un

---

66. Ciò viene riconosciuto da studiosi ed istituzioni citate *supra*, testo successivo alla nota 35.

67. BARATTA, *Introduzione a una sociologia della droga*, in *Inchiesta* 1988, 79 ss.; INSOLERA; STORTONI (nota 44), 102-103; PAVARINI, *La pena tossica. Carcere e misure limitative della libertà per il condannato e l'imputato tossicodipendente*, in: BRICOLA; INSOLERA (nota 5), 116 ss.; ARNAO (nota 32), 60-61.

68. In Italia è frequente la critica alla depenalizzazione solo apparente della detenzione per uso personale, sia perché condotte prossime ad essa sono punibili, sia perché la violazione delle prescrizioni amministrative imposte al detentore per uso personale è punibile, cfr. per tutti INSOLERA; STORTONI (nota 44), p. 115 ss.

ulteriore deterioramento delle loro condizioni di vita. In Italia circa un terzo della popolazione carceraria è attualmente costituito da tossicodipendenti.

Chi difende la legislazione proibizionista può obiettare che al tossicodipendente è aperta l'alternativa dell'adesione ad un programma di trattamento di riabilitazione. Ora, a parte il carattere di coazione relativa – sotto minaccia di sanzioni amministrative[69] e penali – di tale 'offerta',[70] il problema più grave sta nella concreta, inesorabile incompatibilità tra una politica di criminalizzazione e l'intento di una decarcerizzazione in concreto.[71] Soltanto una minoranza di tossicodipendenti detenuti, in particolare, vuole e può intraprendere un trattamento di riabilitazione.[72]

Gli effetti negativi sulla vita del tossicodipendente, causati da un intervento penale che asserisce di volerlo tutelare, giustificano l'appellativo di "inumano" che gli è stato attribuito.[73] A quegli effetti hanno cercato di far fronte, con risultati positivi, i programmi di riduzione del danno e di somministrazione controllata di eroina in Svizzera ed altri Paesi.[74]

Sul piano degli effetti per la collettività, vi è innanzitutto il problema delle condotte criminali dell'assuntore e del tossicodipendente, distinguibili in quelle finalizzate a potersi procurare la sostanza e in quelle dovute agli effetti della sostanza.[75] Tali effetti criminogeni non possono essere considerati quali beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice in tema di cessione o detenzione, perché si tratterebbe di una tutela esasperatamente anticipata, ad un momento prodromico alla stessa ideazione del reato da parte dell'assuntore.[76]

Ebbene, quanto alla commissione di reati indotta dagli effetti delle sostanze, soltanto taluni stupefacenti possono indurla, in particolare non gli oppiacei; l'abuso di alcool è di gran lunga più criminogeno, specie in rapporto

69. È diffuso il rilievo circa l'inefficacia deterrente delle sanzioni amministrative previste per la detenzione per uso personale, v. ad es. PALAZZO (nota 4), p. 92-93.

70. Che costituisce una pessima premessa per un percorso rieducativo che presuppone un consenso reale e non coartato o strumentale, cfr. PAVARINI (nota 67), p. 115.

71. Cfr. spec. PAVARINI (nota 67), p. 113 ss.

72. Non da ultimo per l'indisponibilità delle strutture riabilitative, cfr. ancora PAVARINI (nota 67), p. 130 ss.

73. HAFFKE, Drogenstrafrecht, *ZStW*, 1995, 786.

74. Cfr. sul punto ARNAO (nota 32), p. 84 ss.; PICCONE STELLA (nota 18), p. 105 ss.

75. PALAZZO (nota 4), p. 15.

76. Così pure HAFFKE (nota 73), 781.

a condotte violente.[77] Ad ogni modo, la punibilità della commissione di quei reati può ben essere considerata sufficiente. Relativamente ai reati dovuti alla necessità di pagare le sostanze sul mercato illecito, è noto come sia proprio il regime proibizionista a far aumentare considerevolmente tale criminalità; e, se pare troppo ottimistico ritenere che in un regime di legalizzazione il prezzo delle sostanze crollerebbe e la criminalità acquisitiva sparirebbe,[78] appare condivisibile l'opinione diffusa secondo cui quest'ultima diminuirebbe significativamente.

Sempre con riguardo agli effetti per la collettività, un secondo, tangibile effetto del regime proibizionista è il prosperare – davvero tossico, per l'intera società – della criminalità organizzata, per la quale i profitti legati alla droga costituiscono, in Italia, una delle primissime fonti di reddito e, quindi di potenza, anche in termini di reinvestimenti nell'economia reale e finanziaria legale e di capacità corruttiva. Con tutto il carico di sangue degli scontri per il controllo del mercato illegale che ne consegue.

A ciò può aggiungersi che la punibilità della cessione di qualunque tipo e quantità di stupefacenti – anche non pericolosi – determina un'ampia criminalizzazione e tendenzialmente la carcerizzazione di molti giovani, spesso con scarse alternative legali di reddito (anche immigrati), che costituiscono la piccola manovalanza delle organizzazioni criminali.

Il regime proibizionista contribuisce significativamente al sovraccarico del sistema processuale penale ed in particolare di quello penitenziario, contribuendo ad un sovraffollamento e ad una degradazione dell'ambiente carcerario incompatibili con l'art. 27 co. 3 Cost., secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione".

In conclusione, le considerazioni svolte appaiono tali da richiedere un deciso, sebbene faticoso, impegno per una svolta nelle politiche nazionali ed internazionali in tema di stupefacenti. Un ordinamento laico, da stato sociale di diritto, non può coltivare prospettive eticizzanti, ma dovrebbe, secondo una prospettiva liberale, riconoscere un ampio spazio di autodeterminazione sulla propria salute e, secondo una prospettiva solidaristica, regolamentare il consumo – a tutela dei terzi – ed offrire strumenti adeguati di prevenzione, aiuto ed assistenza, ove occorra anche in termini di somministrazione controllata di

77. Ciò è empiricamente confermato ed ampiamente condiviso, v. solo BARBAGLI; COLOMBO; SAVONA (nota 20), p. 103 ss.

78. Così, pur a partire da un'opzione proibizionista, PALAZZO (nota 4), p. 24-25.

eroina.[79] L'intervento penale attuale non è uno di tali strumenti adeguati per la tutela di salute e vita degli assuntori di droghe, anzi, risulta controproducente per costoro ed anche per la collettività.[80]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A legislação "antidroga" Latino-Americana: seus componentes de direito penal autoritário, de Eugenio Raúl Zaffaroni – *RT* 679/447.
- Aspectos políticos criminales en materia de drogas, de Enrique García Vitor – *RBCCrim* 16/63;
- La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal, de José Luis de La Cuesta Arzamendi – *RBCCrim* 41/2006;
- Políticas (criminais) e o problema das drogas: evoluções e tendências na República Federal da Alemanha, de H. J. Albrecht – *RBCCrim* 26/24; e
- Principales rasgos dogmáticos1 y político-criminales del derecho penal del narcotráfico en Colombia – Main dogmatic and political-criminal features of drug trafficking criminal law in Colombia, de Juan Pablo Montiel – *RBCCrim* 96/205.

---

79. Per un simile ordine di idee MANCONI, *Limitare la sofferenza. Per un programma di riduzione dei danni*, in: idem (nota 32), p. 36 ss.; FERRAJOLI (nota 65), 133 ss, con un significativo parallelo con il tema dell'aborto. Per un ordine di idee diametralmente opposto MANTOVANI, Droga: male oscuro della vita e della libertà, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, 57 ss.

80. Così, ampiamente, FERRAJOLI (nota 65), p. 134, che definisce la legislazione proibizionista "un caso limite ed esemplare di irrazionalismo legislativo".

CULTURAL CRIMINOLOGY: CRIME, MEANING, AND POWER

1

Criminologia cultural: crime, significado e poder

JEFF FERRELL

Professor of Sociology at Texas Christian University, USA and Visiting Professor of Criminology at the University of Kent, UK.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A criminologia cultural sintetiza uma série de orientações teóricas, inclusive o interacionismo simbólico norte-americano e a "nova criminologia" britânica na tentativa de fazer uma análise contemporânea sobre as interseções que ocorrem em crimes, no direito, na economia e cultura. A criminologia cultural tem seu maior enfoque no estilo, na linguagem e nos significados simbólicos que animam os mundos sociais ilícitos e as maneiras como as autoridades políticas e jurídicas utilizam uma representação de mediação para criminalizar esses mundos. O objetivo é desenvolver uma análise cultural crítica sobre o controle jurídico e os indivíduos e grupos que se tornam o seu alvo, além de conceitualizar o crime com relação às diversas complexidades de desigualdades e injustiças contemporâneas. Neste contexto, a criminologia cultural presta especial atenção à dinâmica do capitalismo tardio e ás políticas emergentes de crimes e resistência.

ABSTRACT: Cultural criminology synthesizes a number of theoretical orientations, including North American symbolic interactionism and the British "new criminology", in an attempt to analyze contemporary intersections of crime, law, economy, and culture. Cultural criminology focuses especially on the components of style, language, and symbolic meaning that animate illicit social worlds, and on the ways in which legal and political authorities utilize mediated representation to criminalize such worlds. The goal is to develop a critical cultural analysis of legal control and of those individuals and groups targeted by it, and to conceptualize crime in relation to the many complexities of contemporary inequality and injustice. In this context cultural criminology pays close attention to the dynamics of late capitalism, and to the emerging politics of crime and resistance.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia cultural - Criminologia crítica - Significado - Capitalismo tardio - Resistência.

KEYWORDS: Cultural criminology - Critical criminology - Meaning - Late capitalism - Resistance.

TABLE OF CONTENTS: 1. Cultural criminology and contemporary capitalism - 2. The politics of crime and resistance - 3. Cultural criminology and critical criminology - 4. References.

Cultural criminology was built originally from a synthesis of two theoretical orientations, the first North American, the second British. The North American orientation dates to the mid-twentieth century, and the emergence of symbolic interactionism and labeling theory in the analysis of deviance, crime, and power. For symbolic interactionists and labeling theorists, the appropriate subject matter of criminology was not crime as an individual act, but rather the web of social interactions and interpretations by which any act might or might not be constructed as crime. At issue was the meaning of crime, and the exercises of power and discrimination by which that meaning was determined within an ongoing social process. As regards crime and crime control, the "symbolic" dimensions of symbolic interaction suggested that a transgressive act could be made to symbolize heroism or horror, self-defense or assault; likewise, the practice of crime control could be presented as a matter of good policing, patriotic participation, or political repression. For these theorists, the reality of crime was inherently social and cultural in nature – and political as well. By understanding the symbolic construction of crime and crime control, criminologists could begin to penetrate the proselytizing claims of moral entrepreneurs, the discriminatory dynamics of the criminal justice system, and the lived experiences of those labeled criminal. These lived experiences could in turn be documented through case studies and careful ethnographies that revealed patterns of shared meaning and symbolic communication within marginalized subcultures. Here, then, was one foundation of cultural criminology: an attentiveness to symbolism and meaning in the construction of crime, and a critical analysis of crime, culture, and power.

Influenced by the work of the North American symbolic interactionists, those sociologists and criminologists associated with the National Deviancy Conference, the Birmingham School of cultural studies, and the "new criminology" in Great Britain began in the 1970s to develop what would become cultural criminology's second intellectual foundation. Sharpening the critical potential of interactionist and labeling approaches, they carefully investigated the cultural avenues through which power was by turns enforced

and resisted. Situating crime and crime control in historical and political context, they likewise analyzed the shifting ideological utility of crime, exposing the ways in which crime concerns and anti-crime campaigns were made to fit within larger political agendas and historical trajectories. These researchers also engaged in the sort of case study and ethnographic research developed among interactionist criminologists, finding amidst the leisure worlds and illicit subcultures of their subjects moments of stylized defiance and collective resistance to legal authority. Taken as a whole, this work not only continued the interactionists' reconceptualization of crime as a social and cultural construction; it also began to reconceptualize the very nature of power and social control in contemporary society. Power in many ways now denoted the power to control the meaning of public events, and social control the ability to control the terms by which the activities of marginal groups came to be understood and interpreted.

In the 1990s these two orientations were synthesized for the first time into a distinct "cultural criminology" that explicitly drew on both the North American and British traditions in an attempt to theorize contemporary intersections of crime and culture (FERRELL and SANDERS, 1995). Supplementing and expanding these earlier approaches, cultural criminologists now included a variety of additional disciplinary and interdisciplinary perspectives. To the neo-Marxist political economy that British cultural theorists had woven into their analyses of crime and social control, for example, they now added the critical energy of anarchist analysis, and with it a foundational critique of law and the state (FERRELL, 1998). Likewise, the cultural analysis of crime and its contexts was increasingly understood in spatial terms, with cultural criminologists drawing on emerging insights in radical and cultural geography (FERRELL, 2001, 2012; HAYWARD, 2004, 2012). Utilizing this synthetic approach, cultural criminologists focused especially on the components of style, language, and symbolic meaning that animate illicit social worlds, and on the ways in which legal and political authorities in turn utilize mediated representation to criminalize such worlds. Cultural criminologists also sought to revitalize the tradition of ethnographic research into illicit subcultures, both by theorizing the epistemic and emotional dynamics of this approach in distinction to quantitative research methods (FERRELL and HAMM, 1998), and by engaging in in-depth ethnographic explorations of graffiti writers, neo-Nazi skinheads, street-level sex workers, and other groups.

In these ways cultural criminology was intended to revitalize the criminological imagination (YOUNG, 2011), and specifically to recharge the project of critical criminology – to become, that is, a viable and innovative

form of legal and social critique for the 21.st century (CARVALHO, 2009). The goal was to develop a thoroughgoing cultural analysis of both legal control and those individuals and groups targeted by it, and to conceptualize crime in relation to the many complexities of contemporary inequality and injustice. In both their theorizing and their field research, cultural criminologists also attempted to move beyond the old dualisms that have long haunted sociological and criminological analysis: structure versus agency, form versus content, the material versus the ideological, the social versus the cultural. For cultural criminologists, such dualisms falsely dichotomize the complex patterns through which power and control are constructed, and likewise miss the complex cultural process by which power, control, crime, and resistance are given meaning in everyday life. This is precisely the point of Stephen Lyng's (2005) "edgework" concept, a concept meant to embody both economic analysis and interactionist observation so as to account for the interplay between structural context and illicit sensuality and excitement. Likewise, Katz's (1988) "seductions of crime" model offers a provocative engagement with, and corrective to, structural theories of crime causality. As Katz argues, a criminology lost within the abstractions of conventional structural analysis tends to forget the interpersonal drama of its subject matter – or paraphrasing Becker (1973: 190), tends to turn crime into an abstraction and then study the abstraction – and so must be reminded of crime's fearsome foreground.

Cultural criminology, then, undertakes what we might hope is a style of analysis that can focus structure and subject in the same frame. As the British cultural theorists and "new criminologists" began to demonstrate decades ago, structures of economic and political power are at the same time cultures of power; power resides not only, perhaps not even primarily, in the ability to exert physical force or enforce economic harm, but in the ability to construct subjective perceptions of such activities and to shape the meaning of everyday life. And if we can recognize this in looking back at the long sweep of history, we can see it even more clearly today, in a world awash in twenty four hour media, the symbolic politics of terror and fear, high-profile wars on crime, and world-wide commerce in communication and style.

1. CULTURAL CRIMINOLOGY AND CONTEMPORARY CAPITALISM

As the primary form of contemporary economic exploitation, capitalism certainly merits the critical attention of criminology, and of cultural criminology. Tracing a particularly predatory trajectory these days, global capitalism now contaminates one community after another, shaping social life into a series of privatized encounters and saturating everyday existence with expectations

of material convenience. All along this global trajectory, collectivities are converted into markets, people into consumers, and experiences and emotions into products. So steady is this seepage that capitalist dynamics now seem to pervade most every situation.

And yet, even as they focus on this particular form of contemporary domination and inequality, cultural criminologists have been drawn away from a simple economic framework and toward interactionist and cultural analysis. For capitalism is essentially a *cultural* enterprise these days; its economics are decisively cultural in nature. Perhaps more to the point for criminology, contemporary capitalism is a system of domination whose economic and political viability, and its crimes and transgressions, rest precisely on its cultural dynamics. Late capitalism markets lifestyles, employing an advertising machinery that sells need, affect and imagined affiliation more than material products themselves. It runs on service economies that package privilege and manufacture experiences of imagined indulgence. Even the material fodder for all this, the flesh for the consumer's fantasy – the cheap appliances and seasonal fashions – emerge from a global gulag of factories kept well hidden behind ideologies of free trade and economic opportunity. This is a capitalism founded not on material production, but on the manipulation of meaning and the seduction of the image; it is an essentially cultural capitalism. Poisoning destabilized working class neighborhoods, swirling along with mobile populations cut loose from career or community, it is particularly contagious; it offers the market where not much else remains.

As much as the south China factory floor, then, this is the foundation of late capitalism, and so the contested turf of late modernity. If we are to do our jobs as critical and cultural criminologists – if we are to understand contemporary moments of crime, conflict and politics in this context – it seems that we must conceptualize late capitalism in these terms. To describe the fluid, expansive, and culturally charged dynamics of contemporary capitalism is to understand its power; it is to consider current conditions in such a way that they can be critically confronted. The notion of "late capitalism" references many meanings, including for some an anticipated demise – but among these meanings is surely this sense of capitalism transformed into a cultural operation.

A second dynamic likewise pulls cultural criminology into the cultural currents of late capitalism and late modernity. Building in part from the theory of exclusion/inclusion (YOUNG, 1999), cultural criminologists have found a complex of values, practices, and identities that coalesce around drift, dislocation, and the particular forms of transgression that accompany them. In this shifting world, status and identity are increasingly cut loose from traditional

anchors of steady career or home-based stability; indeed, the notion of "home" itself loses its conventional comfort as more and more people migrate from city to city or country to country in search of something other than part-time work and political insecurity. Especially in light of the ongoing global economic crisis, aspirations of upward achievement are often replaced by a desperate sense of surviving with what is at hand – and yet advertisers continue to aggressively market identities that, while made desirable, are neither affordable nor achievable. In such a world, cultural criminologists argue, insecurity and uncertainty become a way of life, and in response, some people seek to find identities in acts of individual risk-taking and transgression; others engage in expressive crimes fueled by resentment, fear, and failure. In this world crime control also changes, becoming increasingly a matter of risk-management and the containment of transitory populations and their desires. Here is an emerging global milieu permeated not only by inequality and injustice, exclusion and inclusion, but by a seemingly intractable culture of ambiguity and uncertainty; to make sense of it, cultural criminologists argue, criminology may itself have to become comfortable with ambiguous findings, liquid analysis, and drifting forms of inquiry (YOUNG, 2007; FERRELL, HAYWARD and YOUNG, 2008).

As already noted, the social classes of capitalism have likewise long meant more than mere economic or productive position – and under the conditions of late capitalism, this is ever more the case. Within late capitalism social class is experienced, indeed constituted, as much by affective affiliation, leisure aesthetics, and collective consumption as by income or employment. The cultural theorists and "new criminologist" of the 1970s first began to theorize this class culture, and its connection to patterns of crime and criminalization. As they revealed, and as scholars like Jock Young (1999) continue to document, predatory crime within and between classes so constituted often emerges out of perceptions of relative deprivation, or other times from a twisted allegiance to consumer goods considered essential for class identity or class mobility. And yet even when so acquired, a class identity of this sort remains a fragile one, its inherent instability spawning still other crimes of everyday outrage or transgression. If crime is connected to social class, as it surely is, the connective tissue is today formed largely from the cultural filaments of leisure, consumption, and shared perception.

2. THE POLITICS OF CRIME AND RESISTANCE

Perhaps cultural criminology's most controversial stance has been its willingness to explore the entangled politics of crime and political resistance; in fact, critics at times accuse cultural criminologists of looking for cultural

resistance where none exists, or of romanticizing the misdeeds of criminals and delinquents (HALL and WINLOW, 2007; O'BRIEN, 2005). In response, cultural criminologists emphasize the multiplicity of forms that resistance to economic and political power can take; highlight past and present cases of cultural creativity in the shaping of such resistance; and point to the readiness of those in authority to define such resistance as simple criminality or misconduct. Cultural criminologists note, for example, the history of the labor movement in North America and elsewhere, and the ways in which the movement was animated and organized by the deployment of shared symbols, subversive recodings of popular culture, and cultural inversions of the existing order (FERRELL, 1991). They note the women's movements, gay/lesbian movements, and anti-war movements of past decades, with their staging of public spectacles, confrontations with mediated misrepresentation, and recruiting of members through channels of alternative communication – all while facing aggressive criminalization. They explore the work of New York City activists, organizing opposition to the criminalization of informal public notices by distributing informal public notices saying, "Warning! Do Not Read This Poster" – or the British graffiti artist Banksy, so perfectly mimicking official anti-graffiti signage with his own "This Wall Is A Designated Graffiti Area" signs that walls featuring these signs are soon covered in graffiti. With the historian John Bushnell (1990), they suggest a parallel dynamic outside the bounds of capitalism, noticing how the emergence of street graffiti in the Soviet Union was essential to exposing the totalizing lies of the Soviet authorities, and ultimately to organizing successful resistance to them.

Investigating contemporary legal and economic conflicts in this fashion, cultural criminologists pay particular attention to the ways in which both legal control and resistance to it emerge within the cultural dynamics of late capitalism:

• Urban graffiti "writers" organize themselves and their subcultures around codes of style, public visibility, and symbolic communication. Such subcultures come under particular attack by legal and economic authorities during those periods when urban public spaces are being converted to privatized consumption zones, or when political authorizes are most in need of a highly visible anti-crime campaign. In such contexts legal authorities aggressively criminalize graffiti, and working with corporate media, launch campaigns to construct graffiti writers as violent vandals. Graffiti writers in turn often become better organized and more politicized in response to these criminalization campaigns, find even greater excitement in the sort of skilled edgework that defines the production of graffiti, and even manage to turn their infamy into economic and cultural gain (FERRELL, 1996; SNYDER, 2009).

• When consumer culture and privatized automotive transportation conspire to shape cities into little more than a grid of parking areas and motorways, bicycle and pedestrian activists band together to create collective alternatives and to stage illegal public festivals. Likewise, as corporate media colonize local television and radio stations, an underground movement of digital hackers and micro-radio stations emerges – and is in turn aggressively policed for its failure to abide by the very regulatory standards that privilege corporate media (FERRELL, 2001).

• By systematically creating new desires and making existing products obsolete, the consumer culture that defines late capitalism spawns profligate waste across the globe. This waste, and those who would attempt to glean survival from it, are in turn regulated through statutes that privatize waste collection and criminalize independent waste gatherers. Despite this, waste scroungers form illicit communities that convert consumer "trash" into food for homeless folks, clothes for illegal immigrants, and housing for the impoverished. In this way their activism embodies both a critique of the current economic system and the beginnings of an alternative to it (FERRELL, 2006).

• As already suggested, the global dynamics of late capitalism and the prevalence of worldwide political conflict force millions of people into precarious, drifting circumstances. Often the policing of these populations increases their spatial dislocation, as they are pushed from privatized areas and moved from one temporary location to another. Yet a number of contemporary subcultures and social movements – especially those emerging among young people – embrace their drifting dislocation, finding in it new possibilities for political resistance and cross-cultural communities (FERRELL, 2012).

In all of these investigations simple dichotomies again don't hold. These aren't cases of culture or law or economy; they are cases in which activists employ subversive cultural politics – that is, various forms of organized and often illegal resistance – in response to a capitalist economy itself defined by cultural dynamics of mediated representation, urban marketing, and lifestyle consumption. These cases embody a contemporary confounding of economy, culture, and law that produces both new forms of illegality and new campaigns of enforcement. They reveal widespread resistance to a capitalist culture – but at the same time, a capitalist culture readily developing new forms of containment and control.

Similarly, these and other contemporary cases often expose yet another complexity: the potential of capitalism to co-opt such resistance into the very system it is meant to oppose, and so to transform experiential opposition

into commodified acquiescence. Indeed, this homogenizing tendency is one of late capitalism's essential dynamics; certainly the most insidious of market capitalism's control mechanisms is its ability to reconstitute resistance as a commodity, in this way creating the illusion of freedom and diversity while converting crime and rebellion into profit. Lyng and Bracey (1995) have demonstrated, for example, that early criminal justice attempts to criminalize outlaw bikers only amplified their illicit appeal, while later corporate schemes to incorporate biker style into mass production and marketing effectively evacuated its subversive potential. More recently, Hayward (2004) has outlined the many ways in which consumption overtakes experiences of resistance – indeed, most all experiences – within the consumerist swirl of the late capitalist city. Likewise, Alvelos (2004) has documented the appropriation of illegal street graffiti by multi-national corporations and their advertisers; as the illicit *lingua franca* of urban hip, graffiti is now incorporated into everything from corporate car commercials to clothing lines.

Yet a dichotomization of "authentic" resistance as against commodified resistance does little to explain such cases, or this larger dynamic of crime, resistance, and capitalism. As seductive as it is, the late capitalistic process of incorporation is not hegemonic; it is instead an ongoing battleground of meaning, more a matter of policing the crisis than of definitively overcoming it. Sometimes the safest of corporate products becomes, in the hands of activists or artists or criminals, a dangerous subversion, all the more dangerous for its ready familiarity, a Trojan horse sent back into the midst of the everyday. Other times the most dangerous of criminal subversions becomes, in the hands of corporate marketers, the safest of selling schemes, a sure bet precisely because of its illicit appeal. Mostly, though, these processes intertwine, often bearing the fruits of both "crime" and "commodity". Born to these circumstances, a new generation of progressive activists seems well aware of them, by the way – and because of this, well aware that the point is ultimately not the thing itself, not the act or the image or the style, but the activism that surrounds and survives it. Because of this, they throw adulterated images back at the system that disseminates them, recode official proclamations, and remain ready to destroy whatever of their subversions might become commodities (FERRELL, 2001). Even within the formidable machinery of late capitalism and law, the exhaustion of resistance is never complete, the subversion never quite conquered.

This consideration of meaning, resistance, and control leads in turn to a fundamental assumption embedded in cultural criminology. Certainly the "cultural" in cultural criminology denotes in one sense a particular analytic focus; it suggests an approach that highlights meaning and representation in

the construction of crime, and that aims to untangle the symbolic entrapments laid by late capitalism and criminal law. But the "cultural" in cultural criminology denotes something else, something deeper: the conviction that it is shared human agency and symbolic action that shape the world. From the view of cultural criminology, people certainly don't make history just as they please – but together, they do indeed make it. For cultural criminologists, embracing this sort of social constructionist approach in turn promotes a radical critique of authorities' truth claims about crime and justice, and assists in unraveling the reifications through which progressive alternatives are made unimaginable. Such an approach also serves to keep more conventional forms of criminological analysis open to the possibility and ambiguity inherent in the ongoing process of crime and justice.

In this context critics sometimes allege that cultural criminology has fallen into Romanticism, into "the basic Romantic conviction (...) that criminalized and marginalized social groups possess an inexhaustible wellspring of subversive and resistant energy that can never be entirely corralled by capitalism's authorities or its dominant culture" (HALL and WINLOW, 2007: 84-85). As regards that basic conviction, though, many cultural criminologists would indeed answer in the affirmative. A sense of human possibility, not to mention a rudimentary grasp of recent world history, would indeed suggest that human agency is never completely contained nor defined by dominant social forces, capitalist or otherwise. The Warsaw ghetto, the Soviet gulag, the American slave plantation – not even the horrors of their systematic brutality were able to exhaust the "wellspring of subversive and resistant energy" among those criminalized or marginalized within their walls. If law is the mailed fist of the ruling class, then those hammered down by that fist, those criminalized and marginalized and made out-laws, carry with them at least the seeds of progressive opposition and transgression, offering at a minimum a broken mirror in which to see power and its consequences. Marginalization and criminalization can certainly produce internecine predations – but they can also produce, sometimes in the same confounded circumstances, moments in which outsiders collectively twist and shout against their own sorry situations, from the United States Delta blues to Russian prison poetry, from the Paris Commune to the poetic *Wasteland* (WALKER, 2010) of the Brazilian *catadores*.

From a cultural criminological view, then, criminal acts are never simply "what they are"; they're made to be what they are, invested with meaning and consequence, by perpetrators, victims, lawyers, news reporters, and judges, all operating within and against existing arrangements of power. Delinquents little and big, petty misdemeanors and high crimes emerge from a process so fraught

with injustice that it regularly confounds life and death, guilt and innocence – and so, again, this cultural process must be the *subject matter* of criminology, not an *a priori* foundation for it. When urban gentrification is underway, little criminals like homeless folks and graffiti writers get larger, at least in the eyes of the authorities; when the United States Patriot Act passes, petty misdemeanors and moments of resistance can become terrorism and treason; with enough political influence, the high crimes of corporations and investment bankers can be made inconsequential, if not invisible. Criminology's job is not to posit criminal acts as what they are, but to interrogate them for what they have become, and might become.

3. CULTURAL CRIMINOLOGY AND CRITICAL CRIMINOLOGY

We might imagine two ways of engaging in a critical, progressive criminology. One is to analyze the criminal violence and interpersonal degradation spawned by social arrangements of exploitative inequality, including those of global capitalism. Another is to analyze moments and movements that resist inequality and predation, exploring the ways in which resistance emerges out of legal marginalization, comes to be commodified or criminalized within the existing order, and then reinvents itself once again. Ideally we would do both, since both suggest the possibility of a better world. Yet to embrace this mix of critique and hope requires a willingness to think beyond existing social structures and ideologies, and a tempered optimism about the possibilities of achieving a more humane world. Without this tempering hope, we're left with little more than a passive nihilism, a self-defeating critique that trumps every progressive possibility. Now perhaps this is the state of things; perhaps history has indeed ended, and badly. Cultural criminologists, though, prefer to believe that the future remains to be written, and so they stand willing to explore the often contradictory politics of law, crime, culture, and social change. Their view, and their hope, is that cultural criminology – attuned to the cultural dynamics of late capitalism, open to the human construction of collective meaning, aware of both the harm and the promise that transgression can offer – might itself contribute to that better future.

4. REFERENCES

ALVELOS, H. The desert of imagination in the city of signs: cultural implications of sponsored transgression and branded graffiti. In: FERRELL, J.; HAYWARD, K.; MORRISON, W.; PRESDEE, M. (eds.). *Cultural criminology unleashed*. London: Glasshouse, 2004.

BECKER, H. S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1973.

BUSHNELL, J. *Moscow graffiti*. Boston: Unwin Hyman, 1990.

CARVALHO, S. Cultural criminology, complexity and research frontiers in criminal sciences. *XV International Seminar of the Brazilian Institute of Criminal Sciences*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

FERRELL, J. The brotherhood of timber workers and the culture of conflictt. *Journal of Folklore Research*. vol. 28. n. 2-3. p. 163-177. Bloomington: Indiana University Press, 1991.

_____. *Crimes of style: urban graffiti and the politics of criminality*. Boston: Northeastern University Press, 1996.

_____. Against the law: anarchist criminology. *Social Anarchism*. n. 25. p. 1-17. 1998.

_____. *Tearing down the streets: adventures in urban anarchy*. New York: Palgrave/MacMillan, 2001.

_____. *Empire of scrounge*. New York: New York University Press, 2006.

_____. Outline of a criminology of drift. In: HALL, S.; WINLOW, S. (eds.). *New directions in criminological theory*. London: Routledge, 2012.

_____; HAMM, M. (eds.). *Ethnography at the edge*. Boston: Northeastern University Press, 1998.

_____; HAYWARD, K.; YOUNG, J. *Cultural criminology: an invitation*. London: Sage, 2008.

_____. SANDERS, C. (eds.). *Cultural criminology*. Boston: Northeastern University Press, 1995.

HALL, S.; WINLOW, S. Cultural criminology and primitive accumulation. *Crime, Media, Culture*. n. 3(1). p. 82-90. Sage, 2007.

HAYWARD, K. *City limits*. London: Glasshouse, 2004.

_____. Five spaces of cultural criminology. *British Journal of Criminology*. n. 52(3). p. 441-462. Oxford University Press, 2012.

KATZ, J. *Seductions of crime*. New York: Basic Books, 1988.

LYNG, S. (ed.). *Edgework: the sociology of risk*. London: Routledge, 2005.

_____; BRACEY, M. Squaring the one percent: biker style and the selling of cultural resistance. In: FERRELL, J.; SANDERS, C. (eds.). *Cultural criminology*. Boston: Northeastern University Press, 1995.

O'BRIEN, M. What is *cultural* about cultural criminology? *British Journal of Criminology*. n. 45. p. 599-612. Oxford University Press, 2005.

SNYDER, G. *Graffiti lives*. New York: New York University Press, 2009.

WALKER, L. *Wasteland*. New York: Arthouse Films, 2010.

YOUNG, J. *The exclusive society*. London: Sage, 1999.

_____. *The vertigo of late modernity*. London: Sage, 2007.

_____. *The criminological imagination*. Cambridge: Polity, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho - *RBCCrim* 81/294;
- Momento atual da reflexão criminológica, de Antonio García-Pablos de Molina - *RBCCrim* 0/7;
- Tédio, crime e criminologia: um convite à criminologia cultural, de Jeff Ferrell - *RBCCrim* 82/339; e
- XLV curso internacional de criminologia - Comentário, de Oswaldo Henrique Duek Marques - *RT* 674/368.

SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: PERSPECTIVAS DESDE A CRIMINOLOGIA *QUEER*

2

About the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology

SALO DE CARVALHO

Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra, Barcelona. Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UFSC.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O presente estudo objetiva analisar a legitimidade jurídica (direito penal) e criminológica do projeto de criminalização da homofobia no Brasil. A partir da aproximação do discurso das ciências criminais com as teorias *queere* feministas, propõe a construção de um olhar criminológico aberto e qualificado, atento às diversidades, preocupado com a efetivação dos direitos humanos e, sobretudo, não discriminatório em relação às demandas políticas (positivas e negativas) dos movimentos sociais representados por gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e transgêneros. Dentre as demandas político-criminais do movimento, a investigação é concentrada na análise dos custos e dos riscos da criminalização. Assim, são verificadas as estratégias normativas (direito penal) e os possíveis impactos empíricos (criminologia) da criminalização da homofobia. Como variável teórica, a investigação analisa as condições de

ABSTRACT: This study attempts to analyze the legal (Criminal Law Theory) and criminological legitimacy of the draft bill to criminalize homophobia in Brazil. By approaching the discourse of Criminal Sciences to both *queer* and feminist theories, it proposes the construction of an open and qualified criminological perspective that is aware of diversity, concerned with human rights and, above all, non-discriminating towards the (positive and negative) political demands of social movements represented by gays, lesbians, bisexuals and transgender. Considering the political-criminal demands of the movement, this research focuses on the analysis of the costs and risks of criminalization. As such, the normative strategies (Criminal Law) and the possible empirical impact (Criminology) of the criminalization of homophobia are verified. As a theoretical variable, the investigation

possibilidade de uma criminologia *queer* ou, no mínimo de um olhar *queer* sobre os fenômenos das ciências criminais – *queer(ing) criminology.*

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Direito penal – Criminologia *queer* – Homofobia – Direitos humanos.

analyzes the possibilities of a *Queer* Criminology or, at least, of a *queer* look over the phenomena of Criminal Sciences – *Queer(ing) Criminology.*

KEYWORDS: Criminology – Criminal Law – Queer Criminology – Homophobia – Human Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a homofobia como tema central das teorias *queer* – 2. As políticas (criminais) *queer*: demandas positivas e negativas do movimento LGBTs – 3. A questão da criminalização da homofobia: o debate jurídico-penal – 4. Considerações finais: o debate criminológico sobre a criminalização da homofobia – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO: A HOMOFOBIA COMO TEMA CENTRAL DAS TEORIAS *QUEER*

"Jovem gay submetido a sessão de 'cura' em igreja foi eletrocutado, queimado e perfurado.

Após meses de tortura, jovem [norte-americano Samuel Brinton] considerou o suicídio, subindo no telhado de casa. Sua mãe, que também apoiava a tentativa de 'conversão', tentou dissuadi-lo dizendo: 'Eu vou te amar de novo, mas só se você mudar'" (*Agência Pragmatismo Político*, 07.10.2011).

1. O objetivo deste estudo[1] é problematizar, desde os pontos de vista normativo (direito penal) e empírico (criminologia), a legitimidade do projeto de criminalização da homofobia no Brasil. O tema tem adquirido importante espaço nos meios de comunicação e, justificadamente, tem sido objeto de inúmeras pesquisas no campo das humanidades.

No entanto, em razão de uma série de investigações que tenho realizado nos últimos anos sobre as novas tendências do pensamento criminológico, sobretudo as inovações no campo da criminologia crítica e pós-crítica, entendo ser adequado inserir, de forma introdutória, o tema (criminalização da homofobia) no contexto político do movimento social que representa gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e simpatizantes (movimento LGBTs) e no âmbito acadêmico das teorias *queer*.

Nas lições de Kepros, é possível identificar as teorias *queer* como um movimento acadêmico com forte inclinação política que tem como foco central

1. Artigo especialmente elaborado para o 18.º Congresso Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), São Paulo, ago. 2012.

de análise a maneira pela qual a heterossexualidade manteve-se, silente, mas, salientemente, como norma dominante, estabelecendo privilégios, desigualdades e opressões. Inseridas neste horizonte, as teorias *queer* objetivam, "*promover mudanças sociais mantendo o* status *de uma teoria indefinida, de uma técnica pós-moderna, de uma associação aberta*" (apud FINEMAN, 2009, p. 5).

Ao revisar a literatura da área no âmbito nacional, foi possível verificar a inexistência de diálogo entre teoria *queer*, direito (penal) e criminologia (crítica). A ausência de intersecção do discurso jurídico e criminológico com uma área de saber consolidada nas ciências sociais acabou motivando o desenvolvimento de um estudo mais amplo que procurou tensionar ao máximo o direito penal e a criminologia a partir da teoria *queer* (e da teoria feminista), de forma a indagar as possibilidades de afirmação de uma nova perspectiva criminológica (*queer criminology*).

Em uma série de artigos sobre a temática (CARVALHO, 2012a; CARVALHO, 2012b), optei por manter o termo *queer* no vernáculo inglês em razão de sua consolidada adoção pelas ciências sociais na tradição ibero-americana. Como adjetivo, o significado de *queer* se aproxima de estranho, esquisito, excêntrico ou original. Como substantivo normalmente é traduzido como homossexual; mas o seu uso cotidiano e a sua apreensão pelo senso comum denota um sentido mais forte e agressivo, com importantes conotações homofóbicas: "gay", "bicha", "veado" e "boneca".

Criminologia *queer* poderia, então, ser traduzida de várias formas: criminologia estranha, criminologia excêntrica, criminologia homossexual, criminologia gay, criminologia bicha. Deixo, porém, ao critério do leitor atribuir o sentido que melhor lhe convier. Inclusive porque penso que este exercício de tradução consiste, por si só, em um interessante processo hermenêutico que permite verificar, em nós mesmos, os níveis de preconceito e de discriminação.

Ressalto, portanto, que apesar de este texto estar inspirado pelas teorias *queer* e pelo feminismo, o debate sobre as possibilidades de uma criminologia *queer* (questão epistemológica; inserção no campo das ciências criminais; objeto de investigação e pressupostos de análise), foi realizado em estudos autônomos (CARVALHO, 2012a; CARVALHO, 2012b), sobretudo em razão da necessidade do aprofundamento dos seus marcos teóricos referenciais (notadamente FERREL; SANDERS, 1995; FOUCAULT, 1998; FOUCAULT, 1996; GROOMBRIDGE, 1999; MESSERSCHMIDT, 2012; SMART, 2005; SORAINEN, 2003).

"Um pastor americano causou indignação na Internet nesta terça-feira, depois de sugerir às pessoas que prendam homossexuais em um cercado elétrico como gado e esperem que morram (...).

Diante dos fiéis, declarou: 'Construam um grande cercado (...), ponham todas as lésbicas dentro, voem acima delas e atirem-lhes comida. Façam o mesmo com os homossexuais e garantam que a cerca seja elétrica, para que não possam sair (...) e em alguns anos morrerão (...) não podem se reproduzir', diz o pastor em um vídeo no *Youtube*, que nesta terça-feira tinha 305 mil acessos" (*Portal Terra*, 22.05.2012).

2. Como seria esperado em um tema sensível que envolve questões de sexualidade, o debate sobre a criminalização da homofobia tem radicalizado posições. A demanda do movimento LGBTs recebeu apoio de importantes movimentos sociais com similar perspectiva emancipatória, como o movimento de mulheres e o movimento negro, que consideram legítima a inclusão dos temas relativos à orientação sexual e à identidade de gênero na lei que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei 7.716/1989). Em sentido oposto ao da criminalização, distintas perspectivas políticas, muitas vezes orientadas por posições ideológicas absolutamente antagônicas – por exemplo, as representações políticas-evangélicas e os atores jurídicos identificados com o direito penal mínimo e o abolicionismo –, acabaram convergindo.

No entanto, como preliminar necessária ao debate sobre os ônus e os bônus de uma eventual criminalização das condutas homofóbicas, entendo ser possível diagnosticar uma certa superficialidade dogmática do debate. Ao revisar a literatura jurídico-penal, foi possível notar que o enfrentamento da questão normalmente se pulveriza (e se dicotomiza) em certos argumentos de consenso, teses genéricas e pouco palpáveis (senso comum teórico) como, por exemplo: (a) a necessidade de tutela de novos bens jurídicos; (b) a proibição da proteção penal deficiente; (c) a ineficácia da lei penal na prevenção de condutas homofóbicas; e (d) a ruptura com a ideia de intervenção mínima.

Neste quadro, creio que o diálogo das ciências criminais (direito penal e criminologia) com as teorias *queer* e o feminismo possibilita ampliar e aprofundar o debate, alterando o sentido deste procedimento de redução dogmática do tema. Apesar de as teorias *queer* estarem consolidadas academicamente no âmbito dos estudos culturais e integrarem, nos países anglo-saxônicos, como teoria jurídica (*queer legal theory*), a pluralidade de perspectivas críticas do direito (*critical legal theory*), as intersecções com as ciências criminais, mormente no Brasil, são incipientes. Aliás, a partir do levantamento e da revisão da literatura nacional foi possível perceber como a criminologia e o direito penal, inclusive suas tendências críticas, situam-se à margem das reflexões sobre os estudos *queer*.

É interessante notar que assim como o movimento de mulheres encontra sustentação na teoria feminista, o movimento verde se consolida a partir da

ecologia política, o movimento antimanicomial é fundado na antipsiquiatria e o movimento negro se estrutura no paradigma da afrocentricidade, o movimento LGBTs firma suas bases e constrói suas dinâmicas através dos *estudos gays* e das *teorias queer*. A propósito, a maioria dos novos (ou novíssimos) movimentos sociais opera nesta dupla dinâmica: *política*, como movimento orgânico e representativo, na defesa de pautas emancipatórias (positivas e negativas); e *teórica*, com inserção acadêmica, na construção de um sistema de interpretação capaz de compreender os processos de violência e de exclusão da diferença (intolerância) em suas especificidades (misoginia, homofobia, racismo, degradação ambiental).

Nota-se, inclusive, que as pautas políticas e as construções teóricas que fundamentaram inúmeros movimentos sociais contemporâneos foram recepcionadas pelas ciências criminais, desdobrando-se em importantes vertentes da criminologia contemporânea (criminologia feminista, criminologia negra, criminologia ambiental dentre outras perspectivas). Assim, penso que a intersecção das ciências criminais com a *teoria queer* pode criar novos campos de reflexão e desdobrar novas linhas de pesquisa.

Olhar o problema desde fora da dogmática e mergulhar o tema na complexidade do empírico, possibilidade fornecida pelas ciências sociais, permite perceber que o projeto de criminalização da homofobia não representa uma pauta isolada ou voluntarista e muito menos desamparada de uma séria reflexão teórica, como insinuam determinados estudos no campo jurídico.

2. AS POLÍTICAS (CRIMINAIS) *QUEER*: DEMANDAS POSITIVAS E NEGATIVAS DO MOVIMENTO LGBTS

"Projeto de bancada evangélica propõe legalizar 'cura gay'.

O paciente deita no divã e pede: não quer mais ser gay. O psicólogo deve ajudá-lo a reverter a orientação sexual? Parlamentares evangélicos dizem que sim e tentam reverter uma resolução do Conselho Federal de Psicologia (...).

Segundo o projeto do deputado João Campos (PSDB-GO), líder da Frente Parlamentar Evangélica, o conselho 'extrapolou seu poder regulamentar' ao 'restringir o trabalho dos profissionais e o direito da pessoa de receber orientação profissional'" (*Folha de S. Paulo*, 27.02.2012).

3. Existe uma conexão praticamente necessária entre as perspectiva criminológicas e as demanda político-criminais. Assim como os modelos criminológicos, mesmo os autointitulados 'neutros' (criminologia positivista), carregam desdobramentos político-criminais inerentes aos seus postulados, as pautas político-criminais são estruturadas em imagens construídas sobre o crime, o

criminoso, a criminalidade, a criminalização e o controle social. Não por outra razão é possível verificar que as distintas agendas dos novos movimentos sociais,[2] sobretudo aquelas em que há pontos relativos à (des)criminalização, criam, incorporam ou compartilham, implícita ou explicitamente, discursos criminológicos.

Todavia, é igualmente possível dizer que as agendas destes movimentos sociais emancipatórios que dialogam diretamente com a criminologia não estão restritos ou não privilegiam, ao menos em um primeiro momento, questões político-criminais. Nota-se, por exemplo, que para os movimentos negro, de mulheres e de gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e transgêneros, a reivindicação primeira é a do reconhecimento dos direitos civis (igualdade formal) para, posteriormente, buscar sua densificação e efetividade (igualdade material). Dois episódios que marcaram a emergência das ações reivindicatórias no século passado são significativos: a luta do movimento de mulheres pelo direito ao voto e a luta do movimento negro contra as políticas segregacionistas.

No âmbito dos *direitos antidiscriminatórios*, tem sido notável o avanço do movimento LGBTs brasileiro nos últimos anos, ampliando significativamente suas conquistas, fato que marca, inclusive, uma ingerência positiva do Judiciário na política. Na ausência de marcos legais regulatórios da igualdade substancial, o movimento LGBTs aportou suas demandas ao Poder Judiciário, encontrando um acolhedor espaço de reconhecimento de direitos – por exemplo, o reconhecimento da união estável e, posteriormente, do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, com reflexos nos direitos sucessório e previdenciário; a realização de cirurgias de mudança de sexo para transexuais no sistema público de saúde; a possibilidade de alteração do registro civil para adoção do nome correspondente à identidade de gênero; a adoção de crianças por casais homossexuais e, em decorrência, o direito à licença natalidade.

---

2. Wolkmer, a partir da constatação da insuficiência das fontes clássicas do monismo estatal que acaba por gerar um alargamento dos centros geradores de produção jurídica, afirma que os (novos) movimentos sociais constituem-se como novas fontes de juridicidade (1994, p. 137). Neste cenário, inovam em duas modalidades de comportamento político: "a) os novos movimentos sociais, autônomos e inteiramente independentes do Estado, agem para responder às necessidades humanas existenciais e culturais, como a ecologia, pacifismo, feminismo, anti-racismo e direitos difusos; b) os novos movimentos sociais, detentores de uma 'autonomia relativa', mantendo relações que envolvem algum grau de dependência (não se caracterizando coo submissão) [com o Estado], agem motivados por necessidades e conflitos vinculados à produção/distribuição de recursos e bens materiais" (WOLKMER, 1994, p. 133).

A construção de mecanismos jurídicos e de práticas políticas de garantia dos direitos civis representa um expressivo avanço na luta pela igualdade e pela diminuição do preconceito, com importantes impactos não apenas nas esferas jurídicas, mas, sobretudo, no plano simbólico. Tais fatores incrementam as ações de resistência e de ruptura com a cultura homofóbica determinada pela lógica heteronormativa.[3]

"Bispo justifica pedofilia: 'tem criança que provoca'.

'(...) Há adolescentes de 13 anos que são menores e estão perfeitamente de acordo e, além disso, desejando-o. Inclusive, se ficares distraído, provocam-te'. Na mesma conversa, o prelado apresenta, sem nuances, todos os preconceitos da igreja católica contra os homossexuais. 'É algo que prejudica as pessoas e a sociedade', critica o bispo.

'Não é politicamente correto dizer que é uma doença, uma carência, uma deformação da natureza própria do ser humano', descarrega Bernardo Álvarez, após se proteger em uma frase feita: 'As pessoas são sempre dignas do maior respeito'.

'Ainda assim, o titular da diocese de Tenerife chega a assegurar que, em ocasiões, a homossexualidade se pratica 'como vício'. 'Eu não digo que se reprima,

3. Constata Miskolci que a teoria *queer*, que emerge nos Estados Unidos no final dos anos 80, compartilha a noção de sexualidade como construção social e histórica, contudo, diferentemente dos demais estudos sociológicos, afirma que as ciências sociais operam a partir de uma *lógica heteronormativa* constitutiva da sociedade moderna: "o estranhamento *queer* com relação à teoria social derivava do fato de que, ao menos até a década de 1990, as ciências sociais tratavam a ordem social como sinônimo de heterossexualidade (...). A despeito de suas boas intenções, os estudos sobre minorias terminavam por manter e naturalizar a norma heterossexual" (MISKOLSCI, 2009, p. 151).
As teorias *queer* procuram desestabilizar algumas zonas de conforto culturais criadas pelo heterossexismo, como a polarização entre homens e mulheres e a heteronormatividade compulsória que se instituiu historicamente como um dispositivo de regulação e de controle social (dispositivo de poder). A naturalização da norma heterossexual, ao aprisionar os sujeitos e as subjetividades no binarismo hetero/homossexual, cria, automaticamente, mecanismos de saber e de poder, nos quais a diferença é exposta como um desvio ou como uma anomalia (CARVALHO, 2012b).
Neste sentido, é possível conceituar *heterossexismo* como: "(...) a discriminação e a opressão baseada em uma distinção feita a propósito da orientação sexual. O heterossexismo e a promoção incessante, pelas instituições e/ou indivíduos, da superioridade da heterossexualidade e da subordinação simulada da homossexualidade. O heterossexismo toma como dado que todo mundo é heterosexual" (WELZER-LANG, 2001, p. 467).

mas entre não o reprimir e o promover há uma margem', acrescenta" (*Agência Pragmatismo Político*, 23.08.2011).

4. No plano político-criminal, é possível identificar duas pautas distintas do movimento LGBTs: (a) *pauta negativa* (limitadora de intervenção penal), nas esferas do direito e da psiquiatria, voltada à descriminalização e à despatologização da homossexualidade; (b) *pauta positiva* (expansiva da intervenção penal), no âmbito jurídico, direcionada à criminalização das condutas homofóbicas. Embora a pauta positiva do movimento LGBTs seja preponderantemente voltada à criminalização da homofobia, é possível identificar outros processos de expansão da intervenção penal a partir do reconhecimento da igualdade de tratamento independente da orientação sexual, como, por exemplo, a possibilidade de a companheira ser processada nos casos de violência doméstica nas relações homoafetivas (art. 5.º, parágrafo único, da Lei 11.340/2006).

A pauta negativa diz respeito a repressão histórica da diversidade sexual através dos dois mais significativos sistemas formais de controle social punitivo: o direito penal e a psiquiatria. Por mais assustador que possa parecer, ainda vigem legislações que criminalizam atos homossexuais consentidos entre pessoas adultas. Segundo relatório apresentado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexos (Ilga), na atualidade "aproximadamente 60% dos membros da ONU (113 de 193) aboliram (e alguns nunca o fizeram) as legislações que criminalizam atos homossexuais consentidos entre pessoas adultas do mesmo sexo, enquanto cerca de 40% (78 de 193) das nações ainda se agarram de forma equivocada – assim como criminosa – na tentativa de preservar suas 'identidades culturais' frente à globalização (...). As punições variam de um número de chibatadas (como o Irã), dois meses de prisão (por exemplo, Argélia), a sentença de prisão perpétua (e.g. Bangladesh) ou até mesmo a morte (Irã, Mauritânia, Arábia Saudita, Sudão, Iémen)" (ILGA, 2012, p. 4).

No Brasil, embora no âmbito da vida civil a descriminalização da homossexualidade tenha ocorrido em 1830, quando o Código Penal do Império revogou o regime inquisitório das Ordenações, convém lembrar que não vivemos uma situação de plena abolição da prática voluntária de ato sexual entre pessoas do mesmo sexo, pois o vigente Código Penal Militar estabelece pena de detenção de seis meses a um ano, para as condutas de *pederastia ou outro ato de libidinagem* – "Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar" (art. 235 do CPM).

No discurso e nas normativas médico-psiquiátricas, a despatologização da homossexualidade ocorreu muito recentemente. Apenas na década de 70, a Associação Americana de Psiquiatria (1973) e a Associação Americana de Psi-

cologia (1975) deixaram de considerar a homossexualidade uma doença psiquiátrica (distúrbio ou perversão); e somente em 1990 a Organização Mundial da Saúde (OMS) excluiu a homossexualidade do catálogo das doenças mentais (Classificação Internacional de Doenças – CID), posicionamento que foi antecipado pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro em 1985.[4] Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia – órgão que possui competência para normatizar a atividade do profissional da psicologia – editou resolução extremamente relevante que veda qualquer tipo de prática profissional voltada ao tratamento ou à cura da homossexualidade.[5]

Não obstante, embora sejam nítidos os avanços no processo de despatologização, é pública a informação de que a Associação Americana de Psiquiatria, na quinta edição (2012) do *Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais* (DSM), manterá a tipificação da transexualidade como *transtorno de identidade de gênero*.[6]

---

4. Na 9.ª edição da Classificação Internacional de Doenças (CID-9), publicada em 1980, o homossexualismo figurava no capítulo relativo às "desordens mentais", o qual era composto pelas seções "desordens neuróticas, desordens de personalidades e outras não psicóticas" e "desvios e transtornos sexuais". Dentre os desvios e transtornos sexuais, eram classificados da seguinte forma (conforme os códigos): 302.0 homossexualismo; 302.1 bestialidade; 302.2 pedofilia; 302.3 transvestismo; 302.4 exibicionismo; 302.5 transexualismo; 302.6 transtorno de identidade psicossexual; 302.7 frigidez e impotência; 302.8 outros: fetichismo, masoquismo, sadismo; 302.9 não especificados. O Conselho Federal de Medicina excluiu o homossexualismo em 1985, revogando o código 302 do CID-9.
   Na 10.ª edição do CID (CID-10) houve profunda alteração na forma de classificação sendo relacionados os "transtornos da preferência sexual" – F65.0 fetichismo; F65.1 travestismo fetichista; F65.2 exibicionismo; F65.3 voyeurismo; F65.4 pedofilia; F65.5 sadomasoquismo; F65.6 transtornos múltiplos da preferência sexual; F65.8 outros transtornos da preferência sexual; F65.9 transtorno da preferência sexual, não especificado.
5. "Art. 3.º Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.
   Parágrafo único. Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades" (Res. CFP 1/1999).
6. O coletivo de entidades que participaram do Diálogo Latino-Americano sobre Sexualidade e Geopolítica (Rio de Janeiro, agosto de 2009), aderiu à campanha internacional *Stop Pathologization*. Segundo o Manifesto publicado pelo grupo: "a patologização da intersexualidade e da transexualidade está baseada no pressuposto de que os gêneros são determinados pelo dimorfismo dos corpos. A ausência de um pênis e um orifício vaginal seriam condições necessárias para determinar a identidade de gênero

O breve relato das pautas negativas do movimento LGBTs indica que a descriminalização e a despatologização da homossexualidade são processos ainda em marcha e que, para além dos avanços na conquista dos direitos civis, em inúmeros casos a diversidade sexual e de identidade de gênero segue considerada como crime ou doença. Neste aspecto, é importante referir que apesar da tradição inquisitiva das práticas do direito penal, é fundamentalmente o discurso psiquiátrico que sustenta, no Ocidente, a patologização da diferença sexual. O saber psiquiátrico indica permanecer assentado em uma *lógica (inquisitiva) pré-secularização* e, exatamente por este motivo, acaba obedecendo um código interpretativo moralizador que aproxima, senão funde e confunde, os conceitos de doença (natureza) e pecado (moral).

3. A QUESTÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: O DEBATE JURÍDICO-PENAL

"Trabalhador homossexual da Sadia foi empalado por 'colegas' com mangueira de ar.

(...) Um trabalhador da Sadia, que não teve o nome divulgado, foi cruelmente empalado por 'colegas' de trabalho com uma mangueira de ar comprimido, em Chapecó. A agressão teria sido motivada por homofobia.

Segundo o presidente do Sitracarnes [Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Carnes], Jenir de Paula, quatro trabalhadores e uma trabalhadora participaram do crime. Os quatro homens imobilizaram a vítima, enquanto a mulher introduziu a mangueira de ar comprimido no ânus do trabalhador, ligando-a posteriormente" (*Agência Pragmatismo Político*, 17.06.2011).

5. Entendo que a primeira questão a ser enfrentada é acerca do significado e da extensão do termo homofobia.

---

feminino, e a coerência do gênero masculino estaria dada pela presença do pênis. Esse determinismo, apoiado no saber/poder médico, como instância hegemônica de produção de discursos sobre sexo e gênero, fundamenta políticas estatais de saúde pública e direitos, estipulando o acesso das pessoas à categoria de humano. Tal noção de humanidade, mediada pelo arbítrio médico, violenta o direito à identidade e ao reconhecimento social da diversidade" (2010, p. 265).

Os firmatários do documento justificam que a patologização da intersexualidade e da transexualidade legitima uma série de violações dos direitos humanos, motivo pelo qual postulam: (a) a retirada da transexualidade dos manuais internacionais de diagnóstico; (b) o financiamento estatal do processo transexualizador para as pessoas que aderem autonomamente; e (c) o fim das cirurgias genitais em meninos e meninas intersexuais, sendo estabelecidos protocolos médico-legais internacionais para tutela dos seus direitos (2010, p. 268).

Conforme trabalhei em momentos anteriores (CARVALHO, 2012a; CARVALHO, 2012b), entendo viável a construção de uma lente criminológica *queer* a partir da delimitação de um específico *objeto* de análise: a *violência homofóbica*. O estudo desta forma de violência compreende três níveis de investigação, dispostos de forma não hierárquica ou preferencial: primeiro, a *violência homofóbica interpessoal*, que implica no estudo da vulnerabilidade das masculinidades não hegemônicas e das feminilidades à violência física (violência contra a pessoa e violência sexual); segundo, a *violência homofóbica institucional* (homofobia de Estado),[7] que se traduz, por um lado, na construção, interpretação e aplicação sexista (misógina e homofóbica) da lei penal em situações que invariavelmente reproduzem e potencializam as violências interpessoais (revitimização) e, por outro, na construção de práticas sexistas violentas nas, e através das, agências punitivas (violência policial, carcerária e manicomial); terceiro, a *violência homofóbica simbólica*, que compreende os processos formais e informais de elaboração da gramática heteronormativa.

Segundo Welzer-Lang, homofobia seria "a discriminação contra pessoas que mostram, ou a quem se atribui, algumas qualidades (ou defeitos) atribuídos ao outro gênero" (2001, p. 465); Pocahy e Nardi entendem que "representa todas as formas de desqualificação e violência dirigidas a todas e todos que não correspondem ao ideal normativo de sexualidade" (2007, p. 48); Junqueira propõe que a "homofobia pode ser entendida para referir as situações de preconceito, discriminação e violência contra pessoas (homossexuais ou não) cujas performances e ou expressões de gênero (gostos, estilos, comportamentos etc.) não se enquadram nos modelos hegemônicos postos" (2007, p. 153).

Interessante notar como os autores excluem do campo conceitual a ideia tradicional de "temor irracional da homossexualidade" – sobretudo porque implica(ria) na reprodução de uma lógica patologizadora –[8] e trabalham o tema/problema como uma *construção social* ancorada no *estigma* e na *discriminação* contra a *homossexualidade* (RIOS, 2007). A proposição dos autores realiza uma espécie de *delimitação conceitual da violência homofóbica* que se expressa

7. O termo *homofobia de Estado* foi apropriado do relatório da Ilga (Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexos) sobre as legislações que criminalizam relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (ILGA, 2012).

8. "É importante ressaltar que o termo 'homofobia', apesar de ter se constituído em uma palavra de ordem que dá sentido a muitas das violações dos direitos humanos, no entanto não é isento de problemas, pois 'fobia' remete o 'problema' a instâncias da psique humana ou ao inconsciente, amparado na ordem do não racional" (POCAHY; NARDI, 2007, p. 48).

no preconceito (estigma e discriminação). No entanto, esta delimitação teórica parece privilegiar as formas mais visíveis de *violência homofóbica*: a violência real ou simbólica *interpessoal*. Logicamente que este horizonte conceitual não exclui *a priori* as dimensões institucionais e discursivas da homofobia (homofobia de Estado e cultura homofóbica), mas é esta concretização da homofobia como um ato concreto (físico) de preconceito praticado por uma pessoa contra outra que passa a ser o referencial político-criminal de criminalização, sobretudo porque permite a individualização da conduta homofóbica e a consequente responsabilização jurídica do seu autor.

Nesta perspectiva, seria possível conceituar *crime homofóbico* como as condutas ofensivas a bens jurídicos penalmente protegidos, motivadas pelo preconceito ou pela discriminação contra pessoas que não aderem ao padrão heteronormativo. Significa dizer que, em tese, qualquer conduta prevista em lei como delito poderia ser adequada ao conceito de *crime homofóbico* desde que o resultado da expressão (motivação) de um preconceito ou discriminação de orientação sexual – por exemplo, homicídios, lesões corporais, injúrias, constrangimentos, estupros.

A proposta de alteração da Lei 7.716/1989 pelo PLC 122/2006, que se convencionou chamar no Brasil como projeto de *criminalização da homofobia*, prevê, porém, como ilícitas, as condutas praticadas em virtude de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero que se adéquam às seguintes hipóteses: (a) dispensa direta ou indireta do trabalho; (b) impedimento, recusa ou proibição de ingresso ou permanência em ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público; (c) recusa, negativa, impedimento, prejuízo, retardo ou exclusão em sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional; (d) sobretaxa, recusa, preterição ou impedimento de hospedagem em hotéis ou similares; (e) sobretaxa, recusa, preterição ou impedimento de locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis; (f) impedimento ou restrição da expressão ou da manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público; (g) proibição da livre expressão e manifestação de afetividade, quando permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs. Outrossim, o projeto redefine o § 3.º do art. 140 do CP, inserindo questões relativas à orientação sexual e à identidade de gênero no delito de injúria – "Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa".

"Clínicas oferecem 'desomossexualização' de lésbicas com práticas subumanas.

Mulheres homossexuais são submetidas a castigos físicos e psicológicos que vão desde a humilhação verbal, obrigação de permanecer algemada, dias sem consumir alimentos, espancamentos, diferentes formas de abuso e violência.

No Equador, clínicas chamadas de Centro de Reabilitação oferecem serviços de 'desomossexualização' de mulheres lésbicas. O que se encontra nesses locais são situações degradantes, segundo denuncia o Comitê da América Latina e Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), em comunicado lançado na semana passada" (*Agência Pragmatismo Político*, 28.09.2011).

6. Questão relevante que merece ser discutida, antes da análise de conveniência e adequação do PLC 122/2006, diz respeito à legitimidade da criminalização da homofobia desde as perspectivas teóricas que informam o estudo que são as do *direito penal mínimo* e do *garantismo penal*. A interrogação que penso merecer uma reflexão séria é a da *legitimidade jurídica (constitucional) e política da tutela penal da livre orientação sexual e da identidade de gênero*. Em outros termos, indago se é legítimo no Estado Democrático de Direito diferenciar os crimes em geral daqueles praticados por *preconceito* ou *discriminação* de orientação sexual ou identidade de gênero. O primeiro plano de análise, portanto, é o da *esfera normativa do direito penal*.

Insisto que, neste primeiro momento, não estou preocupado com os tipos penais que o PLC 122/2006 pretende criar. Questiono apenas se, por exemplo, seria legítimo diferenciar o *homicídio* ou a *lesão corporal* motivados pelo preconceito quanto à orientação sexual de outras formas de homicídios ou lesões corporais. De forma mais específica, a pergunta que gostaria de propor é se do ponto de vista da *construção histórica dos direitos humanos* esta diferenciação qualitativa estaria adequada e justificada constitucionalmente. Não discuto, repito, os novos tipos propostos. Apenas penso a questão a partir de uma pauta altamente restrita que seria compartilhada desde uma orientação garantista/minimalista.[9] Visualizo a questão desde a perspectiva dos delitos que produ-

9. Evidente que o debate não problematiza o tema desde a perspectiva *abolicionista*, que percebe como ilegítima qualquer espécie de criminalização. No entanto, a orientação abolicionista é incorporada como um recurso crítico de interpretação, sobretudo na discussão acerca dos limites da ingerência através do sistema penal (esfera criminológica).
Dentro dos limites propostos para o debate compartilho com Nils Christie que: "nessa situação, o que mais me toca pode ser chamado de minimalismo. Ele está próximo do abolicionismo, mas aceita que, em certos casos, a pena é inevitável. Tanto abolicionistas quanto minimalistas têm como ponto de partida atos indesejáveis, e não crimes. Ambos se perguntam como se pode lidar com tais atos. Compensar o

zem danos reais a bens jurídicos concretos de pessoas de *carne e osso*, para utilizar a linguagem proposta por Ferrajoli – "o princípio de ofensividade permite considerar como 'bens' [jurídico-penais] *apenas* aqueles cujas lesões se concretizam em uma ofensa contra pessoas de carne e osso" (1998, p. 481, grifei).

Desde este ponto de vista (garantista), não percebo *a priori* como ilegítima a *diferenciação qualitativa* dos crimes homofóbicos dos demais crimes. Entendo justificável, do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais, a motivação homofóbica *adjetivar*[10] condutas que implicam em danos concretos a bens jurídicos tangíveis, como a vida (*homicídio homofóbico*), a integridade física (*lesões corporais homofóbicas*) e a liberdade sexual (*violação sexual homofóbica*). Inclusive porque estes bens jurídicos invariavelmente integram a restrita pauta de criminalização defendida nos programas de direito penal mínimo. Retomo (e adapto), portanto, uma conclusão que externei em outro momento, relativa ao debate sobre a violência contra a mulher: a mera especificação da violência homofóbica em um *nomen juris* próprio designado para hipóteses de *condutas já criminalizadas* não produz o aumento da repressão penal, sendo compatíveis, inclusive, com as pautas político-criminais minimalistas (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 150).

Justifico a nominação do *crime homofóbico* porque não vejo diferença nenhuma entre esta espécie de preconceito de outros que atingem *grupos vulneráveis* que mereceram uma tutela diferenciada, reconhecida pela própria Constituição – por exemplo, o preconceito de raça e cor (art. 5.º, XLII, da CF/1988); a violência contra a mulher (art. 226, § 8.º, da CF/1988); o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4.º, da CF/1988).

Do ponto de vista da construção histórica dos direitos humanos, os grupos LGBTs possuem a mesma legitimidade postulatória para efetivação de suas pautas políticas (positivas e negativas) que, por exemplo, o movimento de mulheres e o movimento negro. Aliás, para além do debate dogmático-constitucional dos deveres de tutela e da proibição da proteção insuficiente (STRECK,

---

ofendido, estabelecer uma comissão para a verdade, ajudar o ofensor a pedir perdão? O minimalismo proporciona alternativas (...). O minimalismo afasta a visão rígida da pena como obrigação absoluta, mas obriga a motivar a escolha pela pena ou pela impunidade" (CHRISTIE, 2011, p. 131).

10. Embora o termo "qualificar" seja linguisticamente mais correto, juridicamente poderia provocar mal entendidos, pois não proponho, por exemplo, que o homicídio homofóbico seja incluído no rol dos homicídios qualificados. A ideia de "qualificação" do delito significa exclusivamente a sua especificação em decorrência do preconceito ou discriminação de orientação sexual ou identidade de gênero.

2011, p. 100), creio que seria extremamente discriminatório assegurar políticas públicas de igualização e de defesa dos direitos das mulheres e dos afrodescendentes e não observar as reivindicações dos grupos LGBTs.

Entendo que é fundamental reconhecer a existência de um passivo histórico na cultura ocidental que legitima formas distintas de tutela jurídica destes grupos vulneráveis. Não apenas pela violência interpessoal, fruto da cultura misógina, racista e homofóbica, que se presentifica e se atualiza no cotidiano, mas, sobretudo, pelo fato de terem sido instituídas formalmente políticas de Estado voltadas à eliminação e à segregação destas diferenças – por exemplo, o controle punitivo e violento sobre o corpo feminino no Medievo (misoginia de Estado); as políticas escravagistas na época colonial (racismo de Estado); a criminalização e a patologização da homossexualidade na história recente (homofobia de Estado).[11]

A questão da legitimidade parece, portanto, indiscutível no que tange: (1.º) à implementação de políticas de discriminação positiva e (2.º) à *especificação* dos *crimes violentos* praticados em virtude de discriminação ou preconceito (*crimes de ódio*). A defesa de uma especificação legal (*nomen juris*) da violência homofóbica decorre da necessidade de *nominação* e do consequente *reconhecimento formal* do problema pelo Poder Público, retirando-o da invisibilidade e da marginalização.

"Homossexual decapitado teve seus genitais 'decepados e introduzidos na boca'.

O homossexual de 23 anos de idade, Thapelo Makutle, foi decapitado em sua casa, na cidade de Kuruman, África do Sul, na última segunda-feira. Rela-

11. Os conceitos de misoginia de Estado, de racismo de Estado e de homofobia de Estado, referidos no texto, poderiam ser enquadrados, de forma mais ampla, na ideia de racismo de Estado desenvolvida por Foucault (2002). Trabalho, porém, com específicas políticas punitivas voltadas ao controle, neutralização ou eliminação destes grupos vulneráveis. A concepção de racismo de Estado de Foucault é mais ampla, trata-se de um desdobramento do biopoder, de um modelo político de gestão e de governo no qual, a partir de uma cisão (ruptura) no domínio da vida, determinadas pessoas são eleitas em detrimento de outras.
Segundo o autor: "se a criminalidade foi pensada em termos de racismo foi igualmente a partir do momento em que era preciso tornar possível, num mecanismo de biopoder, a condenação à morte de um criminoso ou seu isolamento. Mesma coisa com a loucura, mesma coisa com as anomalias diversas" (2002, p. 308). Neste sentido, o racismo: "assegura a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa na medida em que ela é membro de uma raça ou de uma população, na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva" (2002, p. 308).

tos descrevem detalhes horrorizantes do assassinato de Makutle: ele foi 'severamente mutilado' e os seus genitais foram 'arrancados e inseridos em sua boca', relatou a Global Post citando 'a declaração realizada por grupos de defesa dos direitos de gays e lésbicas. Makutle também se identificava como transgênero" (*The New Civil Rights Movement*, 14.06.2012).

7. Todavia reconheço que esta conclusão (legitimidade da *nominação* da violência homofóbica) não resolve o problema, porque necessariamente devem ser discutidos os instrumentos legais e os efeitos jurídico-penais decorrentes desta diferenciação – por exemplo, criação de novos tipos, aumento de penas, qualificação dos delitos existentes, inclusão de agravantes genéricas, restrições de direitos materiais ou processuais.

Na legislação penal brasileira, penso que as experiências promovidas pelas Leis 7.716/1989 e 11.340/2006 constituem *cases* que merecem ser refletidos com ponderação e sem preconceito.

A Lei 7.716/1989, que é o estatuto de referência no projeto de criminalização da homofobia, optou por criar um sistema próprio de criminalização das condutas resultantes de preconceito racial. No entanto, praticamente todas as condutas tipificadas objetivam a responsabilização penal pelo impedimento, recusa ou obstaculização de acesso a oportunidades (cargo, emprego, ascensão funcional), serviços (ensino, transportes) ou locais (estabelecimentos comerciais), em decorrência do preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. De forma episódica, o art. 20 estabeleceu como delito: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", formas típicas conhecidas na legislação e na doutrina do direito internacional dos direitos humanos como *crimes de ódio* (*hate crimes*) – "crimes que envolvem atos de violência e de intimidação, normalmente dirigidos contra grupos estigmatizados e marginalizados. Trata-se de um mecanismo de poder e opressão, com objetivo de reafirmar precárias hierarquias que caracterizam uma ordem social posta" (PERRY, 2001, p. 10). Outrossim, seguindo a mesma direção, a Lei 10.741/2003 criou o tipo penal de *injúria racial*, dentre outras especificações de condutas contra a honra de pessoas vulneráveis, com a inserção do § 3.º no art. 140 do CP (injuriar alguém, ofendendo-lhe a honra ou o decoro, através da "utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência").

A Lei 11.343/2006 procurou uma forma distinta de afirmar os direitos das mulheres e de estabelecer responsabilidade criminal pela violência doméstica. A Lei Maria da Penha procurou criar um sistema jurídico autônomo, regido por regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução. Assim, desen-

volveu a categoria normativa *violência de gênero*, redefiniu a expressão vítima (incluindo os casos de relações homoafetivas), estabeleceu uma série de medidas cautelares de proteção e, sobretudo, projetou a criação de um Juizado de Violência Doméstica e Familiar com competência civil e penal. Não por outra razão é possível afirmar que: "a Lei 11.340/2006 impõe a criação de um sistema processual autônomo que não pode ser interpretado dentro das categorias ortodoxas da dogmática jurídica, ou seja, não pode ser qualificado exclusivamente com 'penal' ou 'civil'" (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 150).

É interessante notar as distintas configurações dos projetos político-criminais a partir da consolidação normativa das reivindicações do movimento negro e do movimento de mulheres. A Lei 7.716/1989 simplesmente nomina as condutas lesivas resultantes de preconceito de raça ou de cor e as insere dentro do tradicional sistema repressivo, ou seja, trata-se de uma *inovação de tipos incriminadores* no âmbito do direito penal.

Em sentido distinto, a Lei 11.340/2006 projetou a *construção de um novo modelo de gestão dos conflitos*, com a intenção de superar e ultrapassar as estruturas dogmáticas que reduzem os problemas às esferas *penal* e *civil*. Logicamente que os efeitos práticos e as formas de instrumentalização do sistema implementado pela Lei Maria da Penha podem colocar em dúvida a efetividade do seu projeto – ainda mais porque o impacto que a Lei 11.340/2006 produz na dogmática processual torna a matéria extremamente delicada, situação que permite visualizar a dificuldade de superação dos preconceitos enraizados na teoria do direito. Contudo, é inegável perceber como o movimento de mulheres *inovou* ao propor um *novo sistema jurisdicional de compreensão e de resolução dos conflitos de gênero*, sobretudo porque *a natureza da Lei é eminentemente processual*. No que tange especificamente ao debate sobre a criminalização – questão periférica na estrutura normativa, mas transformada em tema central no debate político e acadêmico, fato que acredito ter ocultado as demais proposições não penais do movimento de mulheres –, a Lei Maria da Penha alterou dois dispositivos do Código Penal: (a) *especificou*, sob o *nomem juris* "violência doméstica", as formas de *lesões corporais* praticadas por ascendente, descendente, irmão, cônjuge, ou companheiro nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, estabelecendo como pena a detenção de três meses a três anos (art. 129, § 9.°, do CP); (b) *incluiu*, nas circunstâncias agravantes relativas ao abuso de autoridade, a violência praticada prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou a violência contra a mulher (art. 61, II, *f*, do CP).

Neste quadro normativo, entendo que a Lei Maria da Penha, diferentemente da Lei 7.716/1989, produziu o menor dano possível no que tange à expansão

do sistema de criminalização,[12] sendo possível indagar, inclusive, se o fato de *nominar* (especificar) uma forma de violência contra a pessoa anteriormente criminalizada, efetivamente produz uma ruptura insanável ou gera uma contradição insuperável com um modelo político-criminal minimalista (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 150).[13] A questão parece residir muito mais no plano simbólico e discursivo, ou seja, na produção de um significado cultural de expressão de intolerância em relação à violência contra as mulheres, do que efetivamente o aumento das práticas cotidianas de criminalização e de encarceramento.

Assim, desde o meu ponto de vista, o problema da criminalização da homofobia no Brasil reside na *estratégia* utilizada pelo movimento LGBTs. Não vejo problemas de legitimidade jurídica ou de incompatibilidade com o projeto político-criminal garantista se a forma de *nominação* (*nomen juris*) do *crime homofóbico* ocorrer apenas através da *identificação* de determinadas condutas violentas já criminalizadas, isto é, a partir de um processo de *adjetivação* de certos crimes em decorrência da motivação preconceituosa ou discriminatória quanto à orientação sexual – por exemplo, especificação da violência homofóbica nas estruturas típicas do homicídio, da lesão corporal, do constrangimento ilegal, do estupro. A técnica legislativa poderia ser restrita à identificação desta forma de violência – sem qualquer ampliação de penas, objetivando exclusivamente dar visibilidade ao problema – através da remissão da sanção ao preceito secundário do tipo penal genérico – por exemplo, *caput* do art. 121 do CP: "matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos"; inclusão de parágrafo intitulado *homicídio homofóbico*: "nas mesmas penas incorre quem praticar a conduta descrita no *caput* por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero". No máximo, seguindo o caminho trilhado pela Lei Maria da Penha, a inserção da motivação homofóbica como causa de aumento de pena no rol das agravantes genéricas.

---

12. Logicamente que não se desconhecem as restrições que a lei impôs em relação aos institutos processuais diversificacionistas (transação penal e suspensão condicional do processo). Todavia, apesar dos efeitos deletérios do processo, isto não implica necessariamente em ampliação da rede de encarceramento, pois são preservadas as hipóteses de substituição da pena em caso de condenação.

13. Em termos criminológicos, a indagação pertinente é se seria adequado rotular o movimento de mulheres, especificamente por esta ação, como um grupo de empresárias morais atípicas (SCHEERER, 1986) ou como um coletivo identificado com a esquerda punitiva (KARAM, 1996). Entendo que a resposta deveria ser negativa, pois, desde o ponto de vista fenomenológico e estrutural, o processo de nominação de uma forma de violência contra a mulher *como violência doméstica* não parece ser um fato significativo no incremento do punitivismo.

Penso que a pauta político-criminal do movimento LGBTs estaria adequada às premissas de um direito penal de garantias se, em primeiro lugar, as condutas identificadas como homofóbicas fossem circunscritas àquele horizonte de criminalização da violência contra pessoas concretas de carne e osso e, em segundo, se a criminalização ficasse restrita ao plano simbólico de nominação da violência, sem habilitação do poder punitivo sancionador.

Neste sentido, acredito que a *via eleita* pelo movimento LGBTs, ao optar pela inclusão da homofobia na Lei 7.716/1989, foi extremamente inadequada. *Primeiro* porque dilui a ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional. Por mais que a homofobia possa ser enquadrada teoricamente nos crimes de ódio (*hate crimes*) e guarde uma significativa identificação com a xenofobia, o racismo e o antissemitismo,[14] cada um destes fenômenos guarda uma complexidade própria que merece ser analisada individualmente. *Segundo*, porque as condutas tipificadas pela Lei 7.716/1989, acrescidas de outras propostas no PL 122/2006, referem, em sua maioria, obstaculizações ou impedimentos de acesso a oportunidades, bens, serviços ou locais, situações que, desde uma perspectiva garantista/minimalista, poderiam ser geridas de forma mais adequada fora do âmbito do direito penal, como, por exemplo, nas esferas civil, trabalhista, consumerista ou administrativa. Em *terceiro*, e de forma mais contundente, porque o PL 122/2006 não nomina, como *crime homofóbico*, as condutas violentas praticadas contra lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros motivadas por preconceito ou discriminação. A questão parece ser de fundamental análise porque são exatamente estes dados sobre o volume de delitos violentos, impulsionados pela homofobia, que justificam empiricamente a demanda de criminalização.

14. Neste sentido, sustentam Pocahy e Nardi que: "a homofobia é, do mesmo modo que a xenofobia, o racismo ou o antissemitismo, uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como o contrário, inferior ou anormal, referindo-se a um prejulgamento e ignorância que consistem em acreditar na supremacia da heterossexualidade" (POCAHY; NARDI, 2007, p. 48).
Em sentido similar Junqueira: "mais do que a homofobia, mas sem dela se dissociar, a heteronormatividade, ao se relacionar à produção e à regulação de subjetividades e relações sociais, parece chamar mais a atenção para os nexos entre um conjunto de eixos que atuam na construção, legitimação e hierarquização de corpos, identidades, expressões, comportamentos, estilos de vida e relações de poder. Especial ênfase pode então ser posta nos fortes vínculos da heteronormatividade com outros arsenais normativos, normalizadores e estruturantes que agem nesses mesmos terrenos, tais como o racismo, o sexismo, a misoginia, a xenofobia, o classismo, a corpolatria, entre outros" (JUNQUEIRA, 2007, p. 155).

Conforme o último relatório produzido pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), por exemplo, "em 2011 a cada 33 horas um homossexual brasileiro foi barbaramente assassinado" (2012). Constatam os pesquisadores que foi mantida a tendência dos anos anteriores da identificação de atos praticados através de violência extremada, fato que valida a tese de ser a homofobia um *crime de ódio*.[15] Mott, ao analisar os dados colhidos, sustenta que: "99% destes homicídios contra gays têm como motivo seja a homofobia individual, quando o assassino tem mal resolvida sua própria sexualidade; seja a homofobia cultural, que expulsa as travestis para as margens da sociedade onde a violência é mais endêmica; seja a homofobia institucional, quando o Governo não garante a segurança dos espaços frequentados pela comunidade LGBT" (GGB, 2012).

É inegável que os dados sobre a violência homofóbica (contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade sexual), sobretudo extraídos de uma sociedade inserida no contexto de uma cultura punitivista como a brasileira, induzem pensar no instrumento mais radical (direito penal) como alternativa para a proteção destas pessoas e grupos vulneráveis. Entendo, inclusive, que seria demasiado romântico e idealista exigir que o movimento LGBTs negasse a via criminalizadora, mormente quando movimentos sociais análogos já trilharam este caminho. Contudo sigo pensando que, por mais legítima que possa ser a demanda de criminalização, no mínimo há um equívoco na estratégia político-criminal eleita (PL 122/2006).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DEBATE CRIMINOLÓGICO SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

"Escola sem homofobia: menino se suicida e pais culpam colégio.

Rolliver de Jesus, 12, se enforcou com cinto da mãe no dia 17 de fevereiro, em Vitória (ES). Ele não suportava mais o *bullying* que sofria na escola. 'Eles [os alunos] o chamavam de gay, bicha, gordinho. Às vezes, ele ia embora chorando', contou uma colega do menino (...).

15. Identifica o Relatório que: "70 dos assassinatos foram praticados com arma de fogo, 67 com arma branca (faca, foice, machado, tesoura), 56 espancamentos (paulada, pedrada, marretada), 8 enforcamentos. Constam ainda afogamentos, atropelamentos, carbonização, degolamentos, empalamentos e violência sexual, asfixiamentos, tortura. Nove das vítimas levaram mais de 10 facadas e três mais de 10 tiros. A travesti Idete, 24 anos, de Campina Grande/PB, teve sua execução filmada e divulgada na Internet, levando 32 facadas; o cantor gay Omar Faria, de Paraitins/AM, 65 anos, foi morto com 27 facadas dentro de sua casa" (GGB, 2012).

O menino deixou uma carta pedindo desculpas aos pais pelo suicídio e se perguntando por que era alvo de tantas humilhações" (*Folha de S. Paulo*, 29.02.2012).

8. As provocações realizadas até o momento sobre a criminalização da homofobia centralizaram-se fundamentalmente na análise de legitimidade normativa do projeto, ou seja, até que ponto uma proposta de criminalização estaria adequada aos comandos constitucionais que orientam um modelo de direito penal mínimo ou de garantias.

Chamo a atenção, portanto, que o debate proposto até o momento está limitado ao horizonte de projeção do direito penal a partir da discussão da compatibilidade do crime homofóbico no Estado Democrático de Direito e das alternativas normativas (vias possíveis) para o reconhecimento, individualização e nominação desta espécie de crime de ódio (*hate crime*).

Todavia entendi relevante, desde o início deste estudo, avaliar como a criminalização da homofobia se insere em uma pauta político-criminal sustentada por uma teoria geral (*queer studies*) que se projeta no direito (*queer legal studies*) e na criminologia (*queer criminology*). Fundamental, neste sentido, ultrapassar as fronteiras da legalidade penal e ingressar no debate sobre a legitimidade *criminológica* da criminalização da homofobia.

Esta questão é importante porque invariavelmente se percebe que os argumentos contra a legitimidade jurídica (dever-ser) da criminalização da homofobia são apresentados a partir de dados sobre o funcionamento do sistema punitivo (ser), situação que permitiria afirmar a violação da Lei de Hume, na qual argumentos empíricos não podem ser utilizados para desqualificar premissas normativas e vice-versa. Logicamente que uma das virtudes da criminologia crítica no século passado foi a de 'revogar' a Lei de Hume, sobretudo porque constitui um argumento típico do positivismo científico, que sustenta, no direito penal e na criminologia, um pensamento ortodoxo muitas vezes autista, ou seja, um sistema discursivo totalmente dissociado da realidade. No entanto, apesar de aderir expressamente à *revogação da Lei de Hume*, creio importante que as críticas sejam pontuadas em suas esferas específicas, inclusive para que os argumentos sejam melhor compreendidos.

Após o choque de realidade provocado pela criminologia crítica, mesmo aos investigadores que seguem trabalhando a partir de um modelo criminológico ortodoxo, inexiste a possibilidade de se adotar um idealismo ingênuo no sentido de que a criminalização, em si mesma, possua a capacidade de reduzir as violências. Cada espécie de delito tem a sua complexidade e estratégias gerais abstratas, como a criminalização pouco auxiliam na resolução do problema. É impossível pensar, por exemplo, que a mesma estratégia (criminalização)

produza efeitos significativos na redução de situações de violência tão distintas como homicídios, furtos, roubos, estelionatos, acidentes de trânsito, comércio ilegal de drogas, fraudes previdenciárias, sonegações fiscais, violência doméstica, danos ambientais, práticas racistas e atos homofóbicos. A possibilidade de redução das violências a níveis razoáveis implica em um processo complexo de análise de cada situação-problema em seu local de emergência, na aproximação com os atores envolvidos e em intervenções individualizadas em diferentes planos (individual, familiar, social e econômico). A lei penal é apenas uma – e provavelmente a menos eficaz e mais falha – das estratégias.

No interior de uma cultura embriagada pelo punitivismo, porém, é inegável perceber que a criminalização possui um *efeito simbólico*. Aliás, em inúmeros casos o efeito simbólico é o único que a criminalização possui.

Caberia indagar, portanto, desde o ponto de vista criminológico, se a visibilidade que seria possibilitada com anominação da homofobia como delito, independente da estratégia normativa a ser adotada, poderia produzir um *efeito simbólico* virtuoso, um impacto cultural positivo no sentido de desestabilizar a cultura homofóbica enraizada no tecido social.

Neste aspecto, penso ser conveniente lembrar o *case* fornecido pela Lei Maria da Penha. Dados sobre a representação da sociedade brasileira acerca da violência doméstica antes e depois da Lei 11.340/2006 demonstram que o estatuto provocou importantes mudanças culturais (IBOPE/THEMIS, 2008), inclusive pelas reações que o movimento de mulheres e a própria lei sofreram. Pesquisas evidenciam que o nível de consciência do problema da violência doméstica na sociedade brasileira ganhou densidade, sofisticação (IBOPE/THEMIS, 2008). Sobretudo na forma pela qual os meios de comunicação e de entretenimento passaram a noticiar os atos de violência contra mulheres. E inegavelmente a Lei Maria da Penha desempenhou um papel estratégico central nesta mudança cultural.

Evidente que não se pode ser ingênuo no sentido de esperar que a Lei, isoladamente, provoque uma redução nos atos de violência. Os dados demonstram que após a publicação da Lei Maria da Pena houve, inclusive, um incremento gradual do número de registros, decorrência provável das campanhas governamentais e da criação dos centros de atendimento das mulheres vítimas da violência (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 158). Mas o fato de as mulheres sentirem-se acolhidas nos serviços de atendimento e denunciarem os atos de violência é um importante dado para que se possa mapear o problema e atuar positivamente, através de políticas públicas não punitivas, para a sua redução.

Neste sentido (e apenas neste plano simbólico, sublinho), poderíamos esperar algum efeito virtuoso da criminalização da homofobia, notadamente em decorrência do papel que o direito penal ainda exerce na cultura (punitiva).

No entanto, imperativo dizer que *qualquer uso do direito penal deve ser avaliado com a máxima cautela*, fundamentalmente porque, mesmo em uma ação estratégica controlada, a ingerência violenta do sistema punitivo acaba sendo habilitada, situação que invariavelmente direciona o agir das agências contra os "suspeitos" e os "perigosos" de sempre, ou seja, as pessoas e os grupos vulneráveis à criminalização. Não podemos esquecer que, desde uma perspectiva crítica, o direito penal deve estar sob constante suspeita.

Em conclusão, sigo defendendo que o movimento LGBTs poderia superar esta lógica criminalizadora (vontade de punir), demonstrando aos demais movimentos sociais os riscos que a convocação do direito penal gera. E creio que seria possível abdicar do direito penal sem maiores danos às estratégias do movimento, sobretudo porque as políticas antidiscriminatórias não punitivas de reconhecimento dos direitos civis têm sido eficazes na nominação e na exposição do problema das violências homofóbicas em todas as suas dimensões (violências simbólica, institucional e interpessoal).

Trata-se, porém, de uma exigência que talvez esteja para além das reais possibilidades político-criminais do movimento LGBTs neste momento histórico. Todavia, ao negar explicitamente qualquer vínculo com o sistema penal, o movimento LGTBs estaria afirmando que a própria lógica punitiva é homofóbica, misógina e racista. Talvez esta fosse a estratégia efetivamente revolucionária em termos de ruptura com a cultura homofóbica.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRANS E INTERSEXOS (Ilga). *Homofobia do Estado*. Bruxelas: Ilga, 2012.

CAMPOS, Carmen Hein; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: _____ (org.). *Lei Maria da Penha (comentada em uma perspectiva jurídico-feminista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: *queer(ing) criminology*. *Boletim do IBCCrim*. vol. 238. p. 2. São Paulo: IBCCRIM, set. 2012a.

_____. *Sobre as possibilidades de uma criminologia* queer. Porto Alegre, 2012b. (mimeo).

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DIÁLOGO LATINO-AMERICANO SOBRE SEXUALIDADE E GEOPOLÍTICA. Manifesto – Transexualidade não é doença! Pela retirada da transexualidade do DSM e do CID! *Revista Bagoas*. vol. 4. n. 5. p. 263. Natal: UFRN, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998.

FERRELL, Jeff; SANDERS, Clinton R. Toward a cultural criminology. In: _____; _____. *Cultural criminology*. Boston: Northeastern University Press, 1995.

FINEMAN, Martha Albertson. Introduction: femins and queer legal theory. In: _____; JAVCKSON, Jack E.; ROMERO, Adam P (eds.). *Feminist and queer legal theory*. Burlington: Ashgate, 2009.

Folha de S. Paulo. Escola sem Homofobia: Menino se suicida e pais culpam colégio. Disponível em: [www.folha.uol.com.br]. Acesso em: 29.02.2012.

_____. Projeto de bancada evangélica propõe legalizar "cura gay". Disponível em: [www.folha.uol.com.br]. Acesso em: 27.02.2012.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Historia da sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. *La vida de los hombres infames*. La Plata: Caronte Ensayos, 1996.

GROOMBRIDGE, Nic. Perverse criminologies: the closet of Doctor Lombroso. *Social & Legal Studies*. vol. 4. n. 8. p. 531. Califórnia: Sage, 1999.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). Estatísticas do ódio. Disponível em: [www.ggb.org.br]. Acesso em: 2012.

_____. Relatório anual de assassinato de homossexuais de 2011: balanço homofobia. Disponível em: [www.ggb.org.br]. Acesso em: 2012.

IBOPE/THEMIS – ASSESSORIA JURÍDICA E ESTUDOS DE GÊNERO. *Dois anos da Lei Maria da Penha: o que pensa a sociedade?* Brasília: Observatório Brasil da Igualdade de Gênero, 2008.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Revista Bagoas*. vol. 1. n. 1. p. 1. Natal: UFRN, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*. vol. 1. p. 79. Rio de Janeiro: Relume Dumará, jan.-jun. 1996.

MESSERSCHMIDT, James W.; TOMSEN, Stephen. Masculinities. In: DEKESEREDY, Walter S.; DRAGIEWICZ, Molly (eds.). *Routledge Handbook of Critical Criminology*. Nova Iorque: Routledge, 2012.

MISKOLCI, Richard. A teoria *queer* e a sociologia: o desafio de uma analítica de normalização. *Sociologias*. n. 21. p. 150. Porto Alegre: PPGS-UFRGS, 2009.

Pragmatismo Político. Bispo justifica pedofilia: "tem criança que provoca". Disponível em: [www.pragmatismopolitico.com.br/]. Acesso em: 23.08.2011.

_____. Clínicas oferecem "desomossexualização" de lésbicas com práticas subumanas. Disponível em: [www.pragmatismopolitico.com.br/]. Acesso em: 28.09.2011.

_____. Jovem gay submetido a sessão de "cura" em Igreja foi eletrocutado, queimado e perfurado. Disponível em: [www.pragmatismopolitico.com.br/]. Acesso em: 07.10.2011.

_____. Trabalhador homossexual da Sadia foi empalado por 'colegas' com mangueira de ar. Disponível em: [www.pragmatismopolitico.com.br/]. Acesso em: 17.06.2011.

PERRY, Barbara. *In the name of hate: understanding hate crimes*. Londres: Routledge, 2001.

POCAHY, Fernando; NARCI, Henrique Caetano. Saindo do armário e entrando em cena: juventudes, sexualidades e vulnerabilidade social. *Revista Estudos Feministas*. vol. 15. n. 1. p. 45. Florianópolis: UFSC, jan.-abr. 2007.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: _____ (org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHEERER, Sebastian. Toward abolition. *Crime, Law and Social Change*. vol. 10. n. 1. 1986.

SMART, Carol. Feminist approaches to criminology or postmodern woman meets atavistic man. In: MCLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John; HUGHES, Gordon (eds). *Criminological perspectives: essential readings*. 2. ed. Londres: Sage, 2005.

SORAINEN, Antu. Queering criminology. *Annual Conference of the European Society of Criminology 'Crime and Control in an Integrating Europe'*. Finlândia: University of Helsinki, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria da Pena no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. In: CAMPOS, Carmen Hein (org.). *Lei Maria da Penha (comentada em uma perspectiva jurídico-feminista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Terra. Pastor americano que defende extinção de gays causa indignação. Disponível em: [www.notícias.terra.com.br]. Acesso em: 22.05.2012.

The New Civil Rights Movement. Decapitated gay man had genitals "severed and inserted into his mouth". Disponível em: [www.thenewcivilrightsmovement]. Acesso em: 14.06.2012.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Revista Estudos Feministas*. vol. 9. n. 2. p. 460. Florianópolis: UFSC, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. Belo Horizonte: Alfa-Ômega, 1994.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O biodireito e a ética da sexualidade, de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf – *RIASP* 28/167; e
- Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas, de Mariana Salomão Carrara – *RBCCrim* 84/312.
- *Homossexualidade. Uma visão histórica, religiosa, filosófica e jurídica*, de Regis Fernandes de Oliveira, São Paulo, Ed. RT, 2011.

Veja também Jurisprudência

- Recusa na colheita de sangue de doador homossexual: *RT* 870/315.

Veja também Legislação

- Políticas públicas voltadas ao combate à discriminação: Portaria SDH 1.373/2011.

1 DESAFIOS DA EXECUÇÃO PENAL FRENTE AOS PROCESSOS DE CONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO *INIMIGO*

The penal execution's challenges in view of the processes of construction of the enemy's image

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

Professor de Criminologia da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente texto discorre sobre a construção da imagem do infrator, processado e condenado, como um inimigo coletivo. Tal construção se deve ao julgamento formal do Estado e ao *julgamento público*, e passa por três processos migratórios. No primeiro, migra-se do inimigo individual da vítima (*inimicus*) para o coletivo, *hostis judicatus*. No segundo, migra-se do *hostis judicatus* para o inimigo coletivo na modalidade de *estranho* (*alienigena*), pelo qual o infrator é convertido num *todo delinquente*. No terceiro processo migratório, o condenado acaba criando sua autoimagem de inimigo. Surgem daí dois grandes desafios para a execução penal: blindar-se contra os processos migratórios de construção do inimigo e contribuir para a reversão desses processos, para a desconstrução da autoimagem de inimigo por parte dos encarcerados.

PALAVRAS-CHAVE: Inimigo no sistema penal – Execução penal – Reintegração social – Diálogo sociedade-cárcere.

ABSTRACT: The paper discusses the lawbreaker image's construction decried as a collective enemy. This construction is due to the State's formal judgement and to the *public judgement*, and goes throught three migration processes. Firstly, it migrates from the victim's individual enemy (*inimicus*) to the collective enemy. Secondly, it migrates from the *hostis judicatus* to the collective enemy in the foreign's modality (*allien*), by which the trespasser is converted in a *delinquent*. In the third migration process, the convicted ends up creating his/her own enemy's self-image. Two significant challenges emerge from this context to the penal execution: getting protected from the enemy's construction migrations processes and contribute to these processes' reversion, to the enemy self-image's deconstruction by the prisoners.

KEYWORDS: Enemy in the criminal justice system – Brazil's national prison law – Social reintegration – A dialogue between Society *versus* Prison (and *vice-versa*).

SUMÁRIO: 1. Introdução: os processos de criação do *inimigo* – 2. O primeiro processo migratório, na criação do inimigo: criação do *hostis judicatus* – 3. O segundo processo migratório, na criação do inimigo: criação do *hostis alienigena* – 4. O terceiro processo migratório, na criação do inimigo: a criação da autoimagem de inimigo e a consequente *profissionalização* no crime – 5. Os desafios da execução penal diante dos processos de construção do inimigo: 5.1 *Primeiro desafio:* blindagem da execução penal contra o efeito contagiante dos processos migratórios da construção do inimigo; 5.2 *Segundo desafio:* abrir-se para novas estratégias que possibilitem fazer reverterem-se os processos migratórios, a partir da desconstrução da autoimagem do inimigo – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO: OS PROCESSOS DE CRIAÇÃO DO *INIMIGO*

Quando Jakobs (2003) propôs o direito penal do inimigo como um polo oposto ao direito penal do cidadão, ele pensou em dois polos que se excluem. Noutros termos, ele quis negar a ruptura, ao tentar negar o todo e propor a existência de dois todos. Entre inimigos não existe ruptura; existe exclusão, na medida em que as partes inimigas não fazem parte do mesmo todo. Vale lembrar que, nesse caso, trata-se de *hostis*, isto é, de inimigo coletivo, e não de *inimicus*, ou seja, de inimigo individual, conforme distinção que os romanos faziam (ZAFFARONI, 2007). Quanto ao inimigo coletivo, o *hostis*, os romanos distinguiam o *hostis alienigena*, o estrangeiro, do *hostis judicatus*, aquele indivíduo que, pertencendo à sociedade, é declarado *inimigo* pelo poder instituído.

Em nosso ordenamento jurídico não admite expressamente a existência do direito penal do inimigo. Entretanto, na informalidade do julgamento público e nas razões implícitas dos posicionamentos e julgamentos formais, há que se reconhecer a existência de dois processos migratórios: o primeiro, do *inimicus* para o *hostis judicatus* e, o segundo, do *hostis judicatus* para o *hostis alienigena*. Construído o *hostis alienigena*, torna-se quase inevitável um terceiro processo migratório, que se dá na direção da subjetividade do próprio inimigo: ele passa a sentir como inimiga a sociedade, o grupo social de que não se sente partícipe e, por consequência, passa a se definir como inimigo. O grande desafio da execução penal é o enfrentamento desses processos migratórios de criação do inimigo, pelo menos no sentido de não se deixar compatibilizar com tais processos.

O objetivo do presente texto é identificar e caracterizar os três processos migratórios, bem como os desafios da execução penal frente a tais processos.

2. O PRIMEIRO PROCESSO MIGRATÓRIO, NA CRIAÇÃO DO INIMIGO: CRIAÇÃO DO *HOSTIS JUDICATUS*

Em função do forte pacto existente entre mídia, opinião pública (esta profundamente identificada com a vítima e seu desejo de vingança), políticos e

instâncias de controle, facilmente ocorre uma migração de sentimentos de ódio e vingança a partir do *inimicus*, inimigo individual da vítima (vítima esta que, até *justificadamente*, sente-o como seu inimigo individual), para um suposto *hostis judicatus*. É o primeiro processo migratório.

É de se compreender que a vítima sinta o agressor como seu inimigo pessoal (*inimicus*), já que sua reação é justificadamente emocional, passional. No entanto, graças à identificação da coletividade com a vítima, que se dá também por força do instinto de defesa (DE GREEF, 1947), os conteúdos passionais e sentimentais da vítima (agora transformada numa figura abstrata, com a qual a opinião pública se identifica), em relação ao seu *inimicus*, são transformados em ingredientes, em massa crítica para a criação do *hostis judicatus*. A saber, passa-se do inimigo individual para o inimigo coletivo.

Convém estabelecer aqui uma distinção importante que entendemos haver entre identificação e solidariedade. Na *solidariedade*, uma pessoa sente os problemas da outra como sendo da outra, não os toma para si, não os sofre em sua carne, mas, tomando a devida distância, sofre-os no outro e, assim, graças à solidariedade, prontifica-se a prestar ao outro a ajuda necessária. Já na *identificação*, uma pessoa sente os problemas da outra como sendo seus, toma-os para si, sofre-os em sua carne, e, no lugar de propriamente se preocupar com a outra pessoa, centra-se em si mesma. No caso, por exemplo, de uma agressão a uma vítima, quem se solidariza com a vítima, dirige-se para a vítima, preocupa-se com a vítima e presta-lhe a ajuda necessária e possível. Por outro lado, quem se identifica com a vítima, dirige-se contra o agressor, preocupa-se com o agressor, numa relação de ódio e vingança. A coletividade não se solidariza, mas, sim, se identifica com a vítima.

Portanto, graças à identificação, ocorre o primeiro processo migratório, um processo migratório do *inimicus* para o *hostis judicatus*, muito forte e resistente. Muito forte e resistente porque, de um lado, ele tem um núcleo cuja massa crítica é tecida de emoções e paixões provenientes da relação vingativa com o *inimicus* e, por outro lado, ele tem uma capa, uma "casca" tecida de pretensas razões e justificativas provenientes da relação defensiva e preventiva com o suposto *hostis judicatus*.

É oportuno lembrar e retomar o pensamento de Carl Schmitt, na década de 30, em sua obra *El concepto de lo politico*, tradução para o Espanhol de Rafael Agapito (2006). Diz o tradutor que, para Schmitt, a decisão do político tem a função de *constituir* (observe-se a força do verbo) a identidade de um povo, decisão essa que, além de ser constitutiva e pública, será polêmica. Ela será polêmica por se basear na polêmica relação amigo-inimigo. O Estado sempre está atento ao inimigo, e quase que dele necessitaria, pois o político, em sua

função de definir, por decisão sua, a identidade do povo, o fará a partir de uma polêmica relação amigo-inimigo. Assim, o Estado, por conta da relação amigo-inimigo (que está na base da definição da identidade do povo), sempre necessitará de um inimigo, externo ou interno, para se sustentar como Estado. Por conseguinte, esta decisão do político é constitutiva (define os conteúdos da identidade do povo), pública (refere-se ao coletivo) e polêmica (supõe uma relação amigo-inimigo).

Segundo Schmitt, o Estado, embora tenha competência para declarar a guerra, procura, em condições de normalidade, produzir em seu território a pacificação completa, pelo que, numa situação crítica, ele tem a competência de *determinar*, de *definir* também o inimigo interno. Ou seja, de declarar quem é o *polemicos* (conforme expressão usada no direito público das repúblicas gregas) ou, que seja, o *hostis* (expressão usada no direito romano). Na busca da pacificação, usa-se da violência para neutralizar a violência de quem é declarado *hostis* (inimigo coletivo). No limite, e generalizando, os pacifistas declaram guerra contra os não pacifistas. A violência que é praticada para evitar e combater a violência (parodiando Schmitt, quando fala da guerra que é feita para evitar a guerra), é a mais desumana das violências, e deve ser rechaçada e aniquilada definitivamente.

Assim, na busca de uma pretensa paz social, a sociedade, ao defender os direitos do indivíduo, direitos aos seus bens e à plena liberdade (na linha do Estado liberal, criticado por Schmitt), identifica-se com a vítima do crime e transforma o inimigo da vítima (*inimicus*) em inimigo coletivo (*hostis*), cuja violência deve ser combatida a todo custo e com todo rigor. É a guerra contra a guerra, a violência contra a violência. O Estado usa instrumentos aparentemente legais para punir o *inimicus*, o criminoso de uma só vítima. Na verdade, porém, seus instrumentos se tornam viciados e contaminados pelo clamor público na guerra contra a guerra. Em decorrência deste vício e contaminação, o inimigo individual se torna um inimigo coletivo, com todas as consequências daí decorrentes em termos de tratamento penal e penitenciário.

George Mead (1997), antes de Schmitt, em 1918, faz uma distinção muito interessante entre valor intrínseco da propriedade, associado à sua função e uso sociais, e valor da propriedade enquanto bem protegido pela lei criminal contra o ataque do inimigo. As opiniões sociais divergem muito entre si quanto aos critérios de definição do primeiro tipo de valor. Na definição desses critérios, interferem os "instintos" sexuais, os parentais e os de posse, que são os que demarcam as linhas divisórias dos interesses individuais, conflitantes entre si. Já quanto ao segundo valor, o valor da propriedade enquanto bem protegido pela lei criminal contra o ataque do inimigo, o instinto

que interfere é o instinto primitivo da hostilidade. Por força e em torno da hostilidade, todas as opiniões convergem e toda a sociedade se une na defesa contra o inimigo.

A sociedade, por força de instintos como os sexuais, de alimentação, parentais e de posse, divide-se nos conflitos de interesses e corre o risco de esfacelar-se. No entanto, na luta contra seu inimigo comum, que é o criminoso (ou o inimigo externo), apara todas as suas diferenças e oposições internas e deixa emergir em si um *eu primitivo*, caracterizado por um instinto primitivo, que é a hostilidade, a qual ela dirige contra aquele que ameaça os bens e privilégios individuais. O objetivo da luta é a exclusão e destruição do outro, e não sua recondução ao grupo. Esse instinto hostil é o instrumento de socialização, de união de todos contra o inimigo comum.

Ou seja, na luta pela defesa da propriedade e de todos os privilégios individuais contra o ataque e ameaças do inimigo, superam-se todas as intrigas sociais, as discórdias e impasses, e todas as forças se unem nesta guerra *pacificadora* contra a guerra do *inimigo*. Conclui-se que esse *inimigo*, forjado em inimigo pela percepção social e julgamento público, com a ratificação da lei penal, é um ente necessário para a união de todos para além dos interesses individuais conflitantes. Não fosse o criminoso, os bens universais se despedaçariam "em partículas individuais mutuamente repelentes" (MEAD, 1997 (1918), p. 40).

A justiça criminal e a execução penal se deixam contaminar por esse *espírito de luta*, de *guerra pacificadora* contra a guerra do inimigo coletivo, por essa solidariedade e hostilidade primitivas, e acabam se transformando em instrumento a serviço dessa guerra insólita.

O foco de atenção do presente trabalho está na concretização desse processo migratório no âmbito da execução penal. Não faltam aí exemplos que ilustram, não raras vezes de forma deplorável, a degradação da pessoa do preso. Não é nada temerário dizer que tal degradação se dá sob os aplausos do julgamento público.

A degradação da pessoa do preso se processa de maneira formal, com a cobertura da lei e das instâncias de controle, e também de maneira informal, através dos hábitos incrustrados na rotina do presídio e do total descaso da administração pública. No que se refere aos aspectos formais que sustentam a degradação, vale lembrar, à guisa de ilustração, os estereótipos usados, seja nas avaliações técnicas que se fazem dos presos, quando da instrução de seus pedidos de benefícios legais, seja nas justificativas das decisões judiciais sobre esses pedidos. Tais estereótipos, aparentemente, estariam revelando aquilo que os delinquentes presos são, ao ver *científico* e *imparcial* dos avaliadores e ao ver *justo* e *calcado na lei*, dos julgadores. Na verdade, porém, eles estão revelando

a imagem estereotipada, não necessariamente de todo consciente, que os avaliadores e julgadores têm dos presos como inimigos coletivos.

No que se refere aos aspectos informais que sustentam a degradação da pessoa do encarcerado, próprios do tratamento dado aos inimigos, eles integram aquilo que Zaffaroni (2007) chama de "sistema penal subterrâneo", constituído por medidas discriminatórias e severamente repressivas, tomadas totalmente à revelia das normas e da lei. Também estariam incluídos aqui o total descaso da administração pública e total descalabro em que se encontra o sistema carcerário. E tudo isto por motivo muito *simples*: o preso, de *inimigo* individual, passou a ser um *inimigo coletivo* e se constituiu numa ameaça à coletividade. Trata-se de solidariedade tácita com o instinto hostil da sociedade, não pronunciada, própria de um discurso subterrâneo, e, consequentemente, dificilmente atacável.

3. O SEGUNDO PROCESSO MIGRATÓRIO, NA CRIAÇÃO DO INIMIGO: CRIAÇÃO DO *HOSTIS ALIENIGENA*

O indivíduo julgado criminoso é *julgado* inimigo coletivo por conta de seu comportamento criminoso. No entanto, tal comportamento não se mantém, no julgamento público, como um traço isolado. Pelo contrário, o julgamento público passa a tê-lo, a senti-lo como expressão de um todo criminoso, de um indivíduo todo ele criminoso, totalmente criminoso. Noutros termos, o julgamento público passa a *sentir* o indivíduo criminoso como um ser diferente dos demais membros da sociedade, como um ser *estranho*, pertencente a outro grupo, como um ser alienígena, estrangeiro, ameaçador. Ocorre o processo migratório do *hostis judicatus* para o *hostis alienigena*.

De Greef (1947) oferece bases teóricas para se compreender o primeiro e segundo processos migratórios. Vamos recorrer ao seu pensamento, porém, sobretudo para o segundo processo, abordando os conceitos e ideias de: conhecimento fundamental, sentimento de justiça, intencionalismo e instinto de defesa, responsabilidade, instinto de amor e simpatia.

O *conhecimento fundamental* é um estágio primitivo de contato do indivíduo com a realidade, no qual o conhecimento do objeto e o impulso do indivíduo em relação a ele constituem uma coisa só. O instinto está todo ele presente na definição do conteúdo e dinâmica desse conhecimento. A partir do postulado do conhecimento fundamental, entende-se a resistência que se tem de abrir mão de certas "ideias" e "concepções", as quais, ainda que aparentemente sejam articuladas unicamente em função da razão, na verdade têm um cunho predominantemente "instintivo", um cunho de sensibilidade, de sentimentos, paixões, inclinações e predisposições.

O *sentimento de justiça* é um sentimento instintivo que todos nós temos acerca do que é correto ou não. Ele é primitivo, enganoso, não se identifica com a moral, pois, por ele, nós tendemos a julgar correto aquilo que está de acordo com nossos impulsos e desejos. Com a maturidade, o indivíduo vai conseguindo julgar os fatos de acordo com critérios extrínsecos à sua subjetividade. O sentimento (primitivo) de justiça é cego e pode conduzir o homem às piores aberrações. O conhecimento que temos do ambiente (estímulos) vai depender do impulso ou repulsa que a estrutura do sentimento de justiça cria em nós. Estas reações espontâneas provenientes do sentimento de justiça são imperiosas e o indivíduo as experimenta como sendo naturais, indiscutíveis e não as reconhece como instintivas.

O *intencionalismo* é um tipo de conhecimento fundamental, isto é, primitivo, vinculado ao instinto, pelo qual o indivíduo percebe no "outro" uma intenção a seu respeito. O "outro" situa-se numa das classes hierárquicas: objetos imóveis, objetos móveis, animais e seres humanos. Na relação com seres humanos, jamais superamos nossa tendência em ver neles intenções a nosso respeito. De forma geral, o intencionalismo se manifesta no adulto, mesmo que de forma disfarçada, quando, por exemplo, se fala em sorte, azar, mundo hostil etc. Este "modo de conhecimento", que corresponde à atribuição automática, reflexa de uma intenção às coisas e às pessoas, é o que dá eficácia ao instinto de defesa. Trata-se de representação reflexa, seguida de um impulso agressivo, que é refinada pela educação e pelos processos de racionalização. O intencionalismo não é a causa da defesa, originada no *instinto de defesa*, mas sim uma tomada de consciência sobre o processo que se desencadeia exteriormente e que indica em que direção deve se fazer a defesa que começa a se esboçar.

A ideia de *responsabilidade* é a visão que se tem do próximo a partir do instinto de defesa. Por influência dela e do instinto de defesa, a personalidade do próximo é reduzida à vontade consciente e responsável, "contendo uma agressividade permanente e uma força incessante de hostilidade" (DE GREEFF, 1947, p. 92). O delinquente é o exemplo típico de pessoa cuja personalidade é drasticamente reduzida pela ideia coletiva de responsabilidade. Nesse sentido:

"Diante do tribunal, ele nada mais é que um feixe de más intenções e, em cada um de seus atos, mesmo num ato socialmente bom, descobre-se sem dificuldade a intenção antissocial, o ser ignóbil que é necessário punir. Nada é mais lamentável que esta reconstituição do homem sob o signo da responsabilidade pura" (DE GREEFF, 1947, p. 94-95).

A agressividade e vingança que se praticam contra uma pessoa estão diretamente associadas à responsabilidade que se atribui a ela. A forma de conheci-

mento social do homem proporcionada pelo instinto de defesa é a *responsabilidade* atribuída aos outros, graças à intermediação do intencionalismo.

O instinto de defesa impede-nos de ter uma visão mais profunda e mais integral do outro, de suas qualidades que vão além da vontade e da responsabilidade. Aliás, quanto maior é a sensação de insegurança (percepção de riscos), mais ela reativa nosso instinto de defesa, maior será nossa tendência a termos dos outros uma visão reducionista, pela qual sua personalidade passa a ser unicamente vontade livre e responsabilidade e graças à qual a sociedade é dividida em dois grupos: o dos que têm qualidades e o dos que têm defeitos.

Ao instinto de defesa se contrapõe o instinto de amor e simpatia. Sobre este se falará na última parte.

Temos, em De Greef, por conseguinte, conceitos muito importantes para a compreensão das bases psicológicas dos processos migratórios, particularmente do segundo. O julgamento público passa a enxergar o delinquente como alguém criminoso na totalidade de seu ser, como um ser estranho, diferente, inimigo. Esta identificação se faz graças a um *conhecimento fundamental* (primitivo). No conhecimento fundamental está ínsito um forte *intencionalismo*, graças ao qual o julgamento público atribui intenções perversas a todos os movimentos e traços da pessoa do delinquente, imprimindo ao *instinto de defesa* uma direção bastante definida contra ele. A pessoa do delinquente é tida como alguém que tem vontade e determinação em relação a seus atos e, consequentemente, plena *responsabilidade* por todos os males que provocou ou está prestes a provocar. Graças a toda essa dinâmica, tem-se do delinquente uma visão profundamente e desumanamente redutora. Torna-se então inevitável o afloramento do (primitivo) *sentimento de justiça*, todo ele impulsionado pelo instinto de defesa. O delinquente torna-se inteiramente delinquente, todo ele delinquente. Torna-se um *ser estranho*.

4. O TERCEIRO PROCESSO MIGRATÓRIO, NA CRIAÇÃO DO INIMIGO: A CRIAÇÃO DA AUTOIMAGEM DE INIMIGO E A CONSEQUENTE *PROFISSIONALIZAÇÃO* NO CRIME

Com o segundo processo migratório, subentende-se consumada a ruptura entre as partes em litígio. Frise-se, preliminarmente, que esta ruptura, se não superada, nunca se consuma. Ela se aprofunda. De qualquer forma, porém, para que a beligerância entre as partes atinja o *status* de ruptura, falta um passo importante, definitivo, consequência natural de todo esse processo beligerante. Trata-se da formação insidiosa, por parte do indivíduo dito *criminoso*, da autoimagem de *hostis*, de inimigo coletivo, seja enquanto objeto de julgamento

público, seja enquanto ser alienígena, estranho e ameaçador à coletividade. A figura do inimigo migrou do externo para o interno do condenado, do julgamento público para o julgamento de foro íntimo. Esta autoimagem insidiosa de inimigo coletivo que o *criminoso* passa a ter de si é o importante elo que fecha e completa o círculo vicioso da ruptura. Por ela, o criminoso passa a se sentir e a se definir como inimigo, e, inevitavelmente, a sentir a sociedade como inimiga.

Completo o círculo vicioso da ruptura, rompem-se gradativamente as formas ou possibilidades de reaproximação e reintegração das partes e de diálogo entre elas. Mesmo porque, perante o julgamento público e nas formações de autoimagem das *hordas inimigas*, as partes deixam de ser partes, para se constituírem em *todos diferenciados*, que se excluem. É assim que, nas diferentes histórias de vida de *criminosos*, observam-se diferentes graus de *profissionalização no crime*, isto é, de identificação, diríamos, não com o crime, em si, mas com as *hordas inimigas*. Estes diferentes graus de *profissionalização* não traduzem diferentes graus de estruturação da personalidade no crime (como querem muitos juízes, ao aplicarem a circunstância judicial *personalidade*, do art. 59 do CP, na individualização da pena), mas diferentes graus na formação da autoimagem de inimigo coletivo, como consequência inevitável do julgamento público e do litígio entre as partes.

Para se falar da autoimagem e de sua importância nos processos psicológicos e na condução do comportamento, é imperativo recorrer à teoria do psicólogo norte-americano Carl Rogers, o que se fará aqui a partir da leitura do próprio Rogers (1991), de Fadiman e Frager (1986, p. 221-258), Pervin e Oliver (2004, p. 142-162) e Hall, Lindzey e Campbell (2000, p. 363-386).

A teoria de Rogers é indispensável quando se quer propor e fundamentar o processo migratório do *hostis alienigena* para a formação da autoimagem de inimigo. Enquanto teoria fenomenológica, ela se interessa por analisar e compreender o *campo fenomenal* do indivíduo, isto é, o complexo de suas experiências na interação com a realidade externa. O foco de sua análise é a interação do indivíduo com o ambiente à sua volta, enfatizando-se aí as percepções, os sentimentos, as autoavaliações subjetivas que emanam diretamente da forma como o indivíduo experimenta o ambiente. Daí que a psicologia de Rogers enfatiza, não a estrutura da personalidade e seus elementos estáveis, mas sua transformação, seu processo, suas mudanças. As experiências da pessoa na interação com o ambiente, suas percepções, sentimentos, vão alimentar continuamente em si a autopercepção, o autoconceito, ou seja, seu *self*, e, consequentemente, seu padrão de condutas. Dentro de toda essa dinâmica de processos e de mudanças, o indivíduo naturalmente tende à própria

autorrealização e emancipação, ainda que frente a *incongruências* internas entre seu *self* e determinadas experiências (subjetivas) suas em relação ao ambiente, incongruências essas que se tornam verdadeiros entraves à sua emancipação. São incongruências entre aquele *eu* que ele, conscientemente, reconhece ser, e aspectos da experiência subjetiva de que ele não toma consciência, e, portanto, não integra conscientemente em seu *eu*, em seu *self*.

O campo fenomenal é constituído por experiências (subjetivas) do indivíduo, conscientes e inconscientes. As conscientes são as experiências simbolizadas e são elas que constituem o *self*. Aplicando-se tais considerações ao tema que nos ocupa, cabe dizer que a mola mestra do campo fenomenal daquele que foi condenado e preso e se transformou em inimigo coletivo (*hostis judicatus*) e em um *ser estranho* (*hostis alienigena*) é o julgamento público e também o julgamento formal proferido pelas instâncias de controle. Tem-se aí uma experiência subjetiva particularmente intensa, consciente, simbolizada, que necessariamente vai integrar o *self* da pessoa julgada, condenada e presa, isto é, a sua autoimagem.

Na teoria rogeriana, o *self* se organiza a partir do campo fenomenal. O indivíduo se conecta aos objetos externos, percebe-os, tem sobre eles sua própria experiência e lhes atribui significados e valores, constituindo-se, com isso, o campo fenomenal, de natureza subjetiva. O indivíduo se vê, se percebe como alguém (um "eu", um "mim") que tem determinadas percepções, vivências, sentimentos acerca dos elementos integrantes do campo fenomenal, aos quais ele atribui determinados valores. Esse conjunto organizado de percepções, vivências e sentimentos, "extraído" do campo fenomênico e produto da autopercepção, é o *self*. Ora, entre os elementos integrantes do campo fenomenal de quem foi julgado, condenado e preso está a experiência de *hostis judicatus* (inimigo coletivo) e do *hostis alienigena* (ser estranho). Ou seja, o indivíduo se percebe como alguém (um "eu", um "mim") que está tendo a experiência, a vivência de ser um inimigo coletivo e, mais que isso, um *ser estranho, diferente* dos demais que compõem aquele que deveria ser seu grupo social de origem. Esta experiência passa a constituir seu *self*.

O *self* do indivíduo corresponde, portanto, ao seu autoconceito, à imagem que ele tem de si mesmo, construída a partir de suas experiências passadas, das estimulações presentes e das expectativas de futuro. Por conta disso, o *self* não é uma entidade estável, imutável, embora pareça ser. Ele é dinâmico, em função da dinâmica do campo fenomenal. Ele mantém, todavia, uma organização. "O *self* é uma gestalt organizada e consistente num processo constante de formar-se e reformar-se à medida que as situações mudam" (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 226).

Daí a importância do conceito de *self* para a compreensão e fundamentação do processo de formação da autoimagem de inimigo, que constitui o elo final e decisivo no processo de ruptura entre as partes litigantes e de ruptura de seu mútuo diálogo. Partes litigantes de uma mesma sociedade, de um mesmo todo, e que, nas experiências e imaginário de seus membros, acabam se tornando em "todos" independentes.

5. OS DESAFIOS DA EXECUÇÃO PENAL DIANTE DOS PROCESSOS DE CONSTRUÇÃO DO INIMIGO

Os processos de construção do inimigo apresentam à execução penal dois grandes desafios, diretamente interligados: de um lado, a resistência que a execução penal deve ter em não se deixar contaminar pelos processos de construção do inimigo, e, de outro, os procedimentos que deve desenvolver para fazer reverterem-se os processos migratórios de construção do inimigo, com vistas à desconstrução da autoimagem do inimigo. É importante destacar que a execução penal abrange todos os procedimentos judiciais e administrativos que lhe dizem respeito, bem como todos os profissionais nela envolvidos.

Na discussão dos desafios, serão retomados os autores Georg Mead, De Greef e Carl Rogers, e, por fim, tratar-se-á da proposta da retomada do diálogo, como estratégia de desconstrução da autoimagem do inimigo e de superação da ruptura entre as partes litigantes.

Segundo Mead (1997), a sociedade, através de suas instâncias de controle, defende os próprios bens, não a partir de seu valor real, mas da ameaça de ataques por parte de potenciais inimigos. Exigem-se severas medidas de controle e punição contra tais inimigos, a fim de eliminar as supostas causas do crime. A saber, o valor de bem protegido pelos procedimentos legais e judiciais e pela atitude hostil frente ao inimigo não é o valor intrínseco do bem, mas o valor do bem enquanto ameaçado ou atacado pelo inimigo (definição negativa do bem).

No entanto, o suposto inimigo, quanto mais hostilmente for tratado como inimigo, mais se comportará como inimigo, maior será sua ameaça aos bens protegidos, e mais hostis se tornarão as medidas tomadas contra ele, num círculo vicioso já historicamente fracassado.

A hostilidade fracassou porque com ela não são compatíveis quaisquer medidas que pretendam ser *corretivas* ou *reeducativas* em relação aos pressupostos inimigos. A hostilidade não pode conviver com qualquer medida de reaproximação. Noutros termos, a organização social baseada na hostilidade contra o criminoso exclui outras características (diversas da hostilidade), suprimindo,

portanto, a individualidade, a compreensão mútua. A sociedade e o suposto inimigo encarar-se-ão como única e exclusivamente hostis. Da parte da primeira, o objetivo comum é a agressão ou defesa contra o inimigo. Ora, não é possível odiar alguém e, ao mesmo tempo, compreendê-lo em sua conduta agressiva e buscar sua reinserção social, desde que ele se corrija. Ambas as atitudes – a de controle hostil do delito e a da compreensão das condições psicológicas e sociais do delinquente – não podem combinar-se. Além do que, a intervenção penal vai despertar no agressor a hostilidade, o que inviabiliza a compreensão mútua.

A solidariedade social criada em torno da hostilidade contra o inimigo (externo ou o criminoso), que sacrifica as diferenças individuais, tem um preço desastroso, já que cria obstáculos praticamente intransponíveis para que se possa traçar qualquer caminho de volta, na tentativa de reconquista do *inimigo coletivo*.

Se Georg Mead nos alerta para o preço historicamente desastroso da hostilidade, De Greef, por sua vez, nos alerta para o caráter reducionista do instinto de defesa, conforme já exposto acima. Pelo instinto de defesa e pelo intencionalismo, o indivíduo tende a ver no *outro* unicamente ameaça e perigo.

Para fazer frente a esse panorama negativista que marca a construção do inimigo, seja no sentido de não se deixar contaminar por esse panorama, seja no sentido de contribuir para fazer reverterem-se os já discutidos processos migratórios de construção do inimigo, a execução penal tem os seus desafios concentrados no seguinte grande desafio e na seguinte grande meta, muito grandes e nobres, ainda que ditos com palavras muito simples: a execução penal (autoridades judiciais, administrativas, técnicos, profissionais de segurança e os demais profissionais envolvidos) deve procurar enxergar e ver no preso antes de tudo uma pessoa, uma pessoa que não é *estranha*, nem *diferente*, não é *ameaça*, não é *inimiga*, mas é alguém que tem qualidades, é alguém que almeja crescer na vida, é alguém que ama e pode ser amada.

A fim de que o grande desafio e grande meta acima definidos não pareçam mera linguagem romântica, convém retomar De Greef (1947) e dizer que, para ele, o que torna possível a convivência entre as pessoas é que, além do instinto de defesa, existem os *instintos de amor e de simpatia*, os quais permitem que se conheça o próximo de outra maneira, que não através do intencionalismo e que não seja de forma reducionista. "No homem o mais avaro, há sempre uma riqueza interior, um feixe de possibilidades muito mais vastas que esta mesquinha aparência" (DE GREEFF, 1947, p. 97). A personalidade profunda, a riqueza interior de uma pessoa não podem ser percebidas a não ser "no ato de comunhão simpática e amorosa" (DE GREEFF, 1947, p. 97-98).

Neste ponto, nada mais apropriado do que retomar a teoria de Rogers,[1] a qual tem, como marca central, a crença na pessoa, no potencial humano. Rogers nos aponta como tendência natural de toda e qualquer pessoa a de buscar sua autorrealização, seu crescimento e expansão de si. O autor diz ter constatado em sua experiência profissional que todas as pessoas, mesmo aquelas que têm condutas destrutivas, antissociais, apresentam, em seu âmago, uma orientação positiva, construtiva, orientada para a autorrealização, a maturidade e a socialização. As condutas destrutivas e antissociais resultam de falsas defesas, e elas são resolvidas e cedem ao domínio da orientação positiva graças à compreensão e aceitação que se experimentam em relações construtivas. Não por outro motivo a psicologia de Rogers é tida como uma psicologia humanista, a saber, uma psicologia que acredita no potencial humano de todo indivíduo para um desenvolvimento sadio e criativo. Por conta disso mesmo o autor concebe o *self*, conceito central de sua teoria, como uma entidade dinâmica, em função da dinâmica do campo fenomenal. Isto nos dá o alento para acreditar que o indivíduo preso, no âmago de seu ser, tem uma motivação básica de se autorrealizar como pessoa, de crescimento, de expansão sadia de si.

Para a psicologia de Rogers, o crescimento pessoal consiste na superação das incongruências internas e na conquista de maiores níveis de congruência e consistência do *self* (autoimagem). Isto não significa a superação de experiências negativas, mas a integração dessas experiências dentro do *self*, dentro da autoimagem, de maneira a levar o indivíduo a melhor se conhecer, se aceitar e melhor poder trabalhar com tais experiências e com o campo fenomenal a que elas dizem respeito.

O grau de congruência do indivíduo corresponde à semelhança entre: (a) o que ele expressa de si mesmo, o que ele comunica sobre si (*comunicação*); (b) sua experiência, o que ele sente, o que ele vivencia perante o ambiente (*experiência*), e (c) sua tomada de consciência sobre sua experiência (*percepção*). A incongruência corresponde às diferenças, às discrepâncias entre a experiência, a tomada de consciência sobre ela e sua comunicação.

É mais fácil entender as experiências discrepantes com o autoconceito e, portanto, ameaçadoras a ele, como sendo negativas, ou, correspondentes a "traços negativos" da pessoa. Exemplos: experiências de sentimentos de inveja, de ódio, de desejo de vingança, de se sobrepor aos outros e de desrespeitar os seus direitos etc. É até compreensível que as pessoas que têm tais experiências resistam em aceitá-las e em integrá-las em seu *self*, em seu autoconceito.

1. Ver Rogers (1991) e demais autores acima referidos, que dele tratam.

Assim, por exemplo, o indivíduo que não se percebe como alguém que sente inveja, mas que, na verdade, *sente inveja* nas interações sociais com seu campo fenomenal, resiste em tornar consciente essa experiência, em simbolizá-la e, portanto, em integrá-la no *self*.

No entanto, por estranho que possa parecer, esta resistência poderá acontecer também diante de uma experiência positiva, que é tida como discrepante do autoconceito e, portanto, como igualmente ameaçadora a ele, tornando-se, da mesma forma, fonte geradora de ansiedade. Exemplos: experiências de sucesso, de conquista, de promoção no emprego, de elogio, de responsabilidade e êxito na execução de tarefas etc. Tais experiências vêm contrastar com uma autoimagem (*self*) negativa. O indivíduo não se percebe como tendo aquela capacidade de sucesso, capacidade para aquela promoção, para aquele êxito. Ele poderá então negar ou distorcer a validade do sucesso conseguido, da promoção recebida ou do êxito obtido, e, até mesmo, buscar o fracasso.

Em face das incongruências, o desenvolvimento da personalidade se dá no sentido do indivíduo vir a integrar no *self* a experiência não aceita, mediante uma melhor aceitação de si, o que implicará uma reorganização do *self*, ou seja, da autoimagem.

E agora cabe realçar um ponto fundamental da psicologia rogeriana, importantíssimo para o assunto que nos ocupa: *a aceitação das próprias experiências (estado de congruência) vai depender diretamente*, sem dúvida, da aceitação incondicional que o indivíduo teve por parte dos pais, mas também *da aceitação incondicional que ele tem por parte do ambiente em geral no qual ele está inserido atualmente*. Outro ponto essencial a ser destacado é este: *a melhor aceitação de si e das próprias experiências favorecerá a melhor aceitação dos outros e de suas experiências*. Por sua vez, a aceitação de si e dos outros é um ingrediente imprescindível para o incremento e fortalecimento do diálogo, da mesma forma que o diálogo é um instrumento valiosíssimo para a aceitação de si e dos outros.[2]

Rogers, contrariamente a Freud, enfatiza, não a estrutura da personalidade, mas sua mudança. Não valoriza as pulsões (causas), mas o processo, e, nesse processo, identifica, como motivação básica, a busca de *autorrealização*, pre-

2. É oportuno transcrever aqui o seguinte pensamento de Rogers: "O admirável progresso conseguido pelo homem, não apenas na imensidão do espaço, como também na infinitude das partículas subatômicas, parece conduzir à destruição total do nosso universo, a menos que façamos grandes progressos na compreensão e no tratamento das tensões interpessoais e intergrupais" (ROGERS, 1991, p. 10).

sente em todas as pessoas. Através da autorrealização, o indivíduo esforça-se por caminhar da dependência para a independência, da fixidez e rigidez para um processo de mudança e liberdade de expressão, enfim, esforça-se por conquistar congruência e a expansão de si.

A conquista da congruência constitui um processo contínuo. A congruência, na medida em que mais consistentemente conquistada, vai permitir que o indivíduo venha a atingir o estágio da chamada *pessoa de funcionamento integral*, que é "a pessoa que está mais plenamente consciente de seu *self* contínuo" (FADIMAN; FRAGER, 1986, p. 236). Esta noção implica um grau ótimo de adaptação psicológica, de maturidade, de acordo interno e de abertura à experiência. No entanto, não sugere um estado acabado, estável, mas sim um processo contínuo.

Pelo que vem acima exposto, a psicologia de Rogers (com o apoio de De Greef) nos aponta aquela que parece ser a única saída para que a execução penal tenha algum sucesso, no sentido de "recuperar" (palavra pouco feliz) as pessoas que cumprem pena privativa de liberdade e buscar sua reinserção social: confiar no potencial humano dessas pessoas, acreditar que elas são dignas, que elas têm a vocação de autorrealização saudável e criativa. A execução penal deve acreditar na possibilidade e na capacidade dos presos se tornarem *pessoas de funcionamento integral*.

Quem considera indignas as pessoas com as quais interage corre o grande risco de assimilar em sua autoimagem a indignidade assim percebida nos outros. E quem se sente *congruentemente* digno tende naturalmente a irradiar sua dignidade para as pessoas com as quais interage e a senti-las como dignas, ainda que circunstancialmente problemáticas em determinadas condutas.

Munida da *convicção* de que os encarcerados são pessoas dignas, vocacionadas à autorrealização, à conquista crescente da congruência, à redescoberta e realização de seu potencial humano, a execução penal estará preparada para enfrentar os dois grandes desafios apontados acima. Por um lado, estará blindada contra o efeito contagiante dos processos migratórios da construção do inimigo. Por outro lado, abrir-se-á para estratégias sempre novas que possibilitem fazer reverterem-se os processos migratórios, a partir da desconstrução da autoimagem do inimigo.

5.1 Primeiro desafio: *blindagem da execução penal contra o efeito contagiante dos processos migratórios da construção do inimigo*

Para enfrentar este primeiro desafio, que é a blindagem contra o efeito contagiante dos processos migratórios da construção do inimigo, a execução penal

deve tomar todas as medidas para evitar qualquer forma de tratamento que traga em seu bojo, de forma explícita, ou, na maioria das vezes, de forma tácita a concepção do encarcerado como um inimigo, alguém que não merece ser tratado como cidadão. E aqui não resta alternativa, senão repetir o óbvio de sempre, que é combater todas as formas aviltantes de (des)tratamento do preso por parte do poder judiciário, por parte das autoridades administrativas e profissionais penitenciários e todas as mazelas do sistema prisional.

Todas essas formas de (des)tratamento e mazelas já foram sobejamente denunciadas pelos mais diferentes meios de comunicação, tornando-se enfadonho e desnecessário retomar aqui uma vasta enumeração de verdadeiras barbáries cometidas em sede de execução de pena. No entanto, vale a pena enumerar alguns exemplos, só à guisa de ilustração sobre como tais formas de (des)tratamento e tais mazelas se mantêm graças à concepção, ainda que, na maioria das vezes, latente, do preso como sendo um inimigo que representa e sempre representará grande ameaça à sociedade.

Sobre os (des)tratamentos por parte do Poder Judiciário, vale lembrar:

a) O descaso quanto à presteza no atendimento aos pedidos dos benefícios legais feitos pelos presos;

b) A predisposição negativa por parte de muitas autoridades quanto ao deferimento dos pedidos, com a apresentação de exigências e justificativas não raras vezes descabidas;

c) O descumprimento da obrigação de visitar e inspecionar os presídios;

d) O descaso quanto à presteza no julgamento dos processos dos réus presos (o que não diz respeito diretamente à execução, mas que tem reflexos altamente negativos sobre ela);

e) A adesão do Judiciário à ideologia de encarceramento em massa, por meio de imposição de penas mais gravosas que as adequadas, produzindo a superpopulação carcerária.

Sobre os (des)tratamentos por parte das autoridades administrativas e profissionais penitenciários, vale lembrar, como exemplos:

a) Os gritantes níveis de superpopulação carcerária, que é, poder-se-ia dizer, a forma de (des)tratamento matricial, geradora de praticamente todas as demais. Ressalte-se: a superpopulação resulta da política de encarceramento adotada pelo Poder Judiciário, mas também do descaso do Poder Executivo, quando então o mais exato seria dizer, não superpopulação carcerária, mas total descaso no acolhimento dos condenados;

b) A total supremacia dos aspectos relativos à segurança nas práticas penitenciárias, que também acaba sendo uma forma matricial de (des)tratamento, geradora de muitas outras;

c) O descaso na oferta de condições de trabalho para os presos;

d) A total degradação em que se encontram muitos e muitos cárceres, cujas condições físicas se encontram piores do que as habitações de muitos animais;

e) O total descaso na assistência à saúde e nas assistências psicológica e social;

f) A contenção de presos em regimes de extremo rigor, sob a alegação de que são líderes e de que oferecem perigo a todo o sistema.[3]

Todas essas e muitas outras formas de (des)tratamento são mantidas historicamente e resistem a todas as críticas, mediante uma série de justificativas e racionalizações. No entanto, a verdadeira justificativa, aquela que de fato dá sustentação a todo o quadro caótico da execução penal, é esta: os presos foram transformados em inimigos e, ao fim e ao cabo, eles mesmos vestiram a carapuça de inimigos. Daí que, para o enfrentamento efetivo de seu quadro historicamente caótico, a execução penal tem este primeiro grande desafio: blindar-se contra os efeitos contagiantes dos processos migratórios de construção do inimigo.

5.2 Segundo desafio: *abrir-se para novas estratégias que possibilitem fazer reverterem-se os processos migratórios, a partir da desconstrução da autoimagem do inimigo*

O primeiro desafio consiste, por assim dizer, em desarmar o *instinto de defesa*, de que fala De Greef. Já o segundo consiste em alimentar o *instinto de amor e simpatia*, de que fala o mesmo autor. Se o primeiro desafio consiste em evitar o mal, o segundo consiste em construir o bem. Trata-se agora de resgatar as relações, de resgatar o diálogo construtivo, de reconstituir o todo, ainda que persistam paradoxos (que sempre existiram e sempre existirão no seio da sociedade).

Resgatar o diálogo: esta é a medida matricial para o enfrentamento do segundo desafio. Pouco adiantam oficinas de trabalho para os presos, não adiantam cursos, esportes, entre outras medidas assim ditas "ressocializadoras", se a autoimagem do inimigo continuar cravada no *self* dos internos.

---

3. Ao fazer esta crítica, sabe-se perfeitamente que ninguém deve ser ingênuo no sistema prisional, que o sistema prisional não contém anjos ou santos, da mesma forma, aliás, como acontece com muitos outros sistemas, a começar pelo político. A questão é simples: aqueles que são declarados inimigos e tratados como tais passam a se comportar como inimigos.

A execução penal não tem muito o que fazer para desconstruir a imagem do *hostis judicatus* – inimigo coletivo, ou mesmo do *hostis alienígena* – ser estranho. Nem seria sua função, objetivamente falando, pois isso implica políticas públicas e sociais mais amplas. No entanto, desconstruir a autoimagem do inimigo é função precípua da execução. Trata-se de trabalhar com o mundo interno dos encarcerados, com seu *self*, com a forma deles interagirem com o *campo fenomenal*, com as experiências subjetivas que eles têm perante esse campo e a forma como eles as percebem e interpretam. O *campo fenomenal* dos encarcerados engloba o cárcere, mas não se restringe a ele. Engloba também a sociedade, da qual, na verdade, eles fazem parte, mas que eles percebem como um outro *todo* do qual eles não se sentem partícipes, em função de sua autoimagem. A partir do momento em que os internos revisam sua autoimagem de inimigos e reprocessam sua autopercepção, eles estarão mais fortes para enfrentar a percepção social que se tem deles de *seres estranhos* e de inimigos coletivos.

É por isto que não se deve pretender alcançar a tal *recuperação*do preso, em si, como se ele fosse alguém diferente, mas, sim, a *recuperação* do preso *para a sociedade*, bem como a *recuperação da sociedade* para o preso. A recuperação da sociedade, como um todo, para o preso, não passa de uma utopia, utopia paralisante, já que inatingível. No entanto, podemos falar em recuperação da sociedade enquanto representada por pequenos segmentos seus, que interagem com o cárcere. Quando estes segmentos, através de diálogos construtivos, se recuperam para os encarcerados, estes se sentem aceitos e revalorizados interiormente, passam a aceitar os segmentos sociais que com eles dialogam e interagem e, consequentemente, os encarcerados se recuperam para eles e, através deles, se recuperam para a sociedade. Afinal, ninguém recupera ninguém. Cada pessoa é que revê sua própria autopercepção e se recupera interiormente, mediante o apoio daquelas pessoas com quem interage e que a aceitam incondicionalmente.

Resgatar o diálogo, resgatar a pessoa, contribuir para que o preso reprocesse sua autoimagem. Oficinas de trabalho, cursos, esportes, cultura, lazer, tudo isso deve ser oferecido aos presos, sem dúvida. Não, porém, enquanto medidas assistencialistas, que visem a promover a ressocialização, já historicamente fracassada. Entenda-se aqui ressocialização como sendo a pretensa e hipócrita *reeducação ético-moral* do preso para o *trabalho honesto*, para uma *vida honesta*. Uma *reeducação ético-moral* definida de acordo com valores e interesses sociais que, na história pessoal do preso, não lhe dizem respeito, já que ele foi alijado da sociedade e assim ele se sente. Esse tipo de pretensão é interpretada pelos internos como interesseira, e cujo escopo, ao final de contas, é atender à segurança social, é buscar uma sociedade sem violência, na qual os *proprietários* e os *incluídos*

podem viver tranquilos, sem nenhuma ameaça por parte dos que não são *proprietários* e nem estão *incluídos*, pois estes foram *ressocializados* e *domesticados*.

Pelo contrário, tais recursos devem ser colocados à disposição dos presos como direitos seus, e de forma a que os presos se posicionem sobre eles, sejam livres de ter as suas opções, expressem suas ideias, sentimentos, valores. Enfim, de forma que exprimam livremente a experiência subjetiva que têm nesse *campo fenomenal*, no qual se deparam com o trabalho, estudo, cultura etc. Rogers, em sua experiência clínica, constatou que é o cliente quem melhor sabe o que ele deve dizer, quais os problemas que devem ser colocados e que direção seguir. O mesmo se diga do encarcerado.

O grande desafio da execução é fomentar uma cultura de diálogo, não diálogos pontuais, mas *diálogo institucional*. O diálogo deve permitir aos encarcerados a simbolização de todas as suas experiências, isto é, a tomada de consciência daquilo que elas significam para eles, de forma a integrá-las em seu *self* da maneira como, *para eles*, elas se constituírem em fonte de crescimento humano.

Portanto, o diálogo deve ser resgatado já a partir da interação entre encarcerados e profissionais penitenciários. Repetindo: *diálogo institucional*. É através do diálogo institucional verdadeiro e construtivo que os internos terão oportunidade de expressar seu discurso, suas verdades históricas, enfim, o "eu", o *self*, a autoimagem. Neste sentido, o trabalho dos técnicos deve assessorar a oferta de todos os recursos que são colocados à disposição dos presos e toda a prática que se desenvolve em torno desses recursos.

No processo verdadeiramente dialogal, há que se atender a um pressuposto básico: não se deve julgar ou avaliar o outro, mas sim ouvi-lo e compreendê-lo. Para Rogers (1991), nossa primeira reação diante de um sentimento ou opinião que alguém nos expressa é emitirmos um julgamento, uma avaliação. No lugar disso, nossa primeira preocupação deveria ser a de compreender a outra pessoa. Porém, nós resistimos a essa compreensão pelo fato de que ela pode nos levar a mudanças, e nós resistimos a mudanças.

Entretanto, o diálogo deve ser resgatado não somente dentro do cárcere. Os profissionais penitenciários devem se abrir no sentido de permitir que segmentos da parte livre da sociedade adentrem ao cárcere e que o diálogo, a interação, se possível, sistemática, se incremente entre os internos e esses segmentos. Segmentos, como, por exemplo, universidades, comunidades de bairro, representações de classe etc.[4] Os profissionais, mais do que se abrir, devem apoiar,

4. Não se está falando aqui de representações religiosas, que têm tido objetivos bem específicos em seus trabalhos. Se bem que não se pode negar que, mesmo nos tra-

incentivar e, no caso dos técnicos, devem inclusive planejar a participação de diferentes segmentos no trabalho de resgate do diálogo, das interações sociais autênticas, das experiências de participação social. Esse trabalho, é bom frisar, não se utiliza do cárcere e nem o confirma, como fazem as propostas de ressocialização, mas caminha na contramão do cárcere.

Sobre o diálogo, sobre a interação social entre cárcere e segmentos da sociedade, não há como não lembrar a experiência exitosa que vem tendo o GDUCC – Grupo de Diálogo Universidade, Cárcere, Comunidade, ligado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da USP. O GDUCC vem desenvolvendo projetos semestrais junto a penitenciárias de regime fechado.

Quando se fala aqui em resgate do diálogo, das interações sociais e das experiências de participação social, seja enquanto proposta explícita e central do trabalho a ser desenvolvido (como é o caso do GDUCC), seja enquanto preocupação de fundo (como é o caso dos recursos disponibilizados aos internos no cárcere), o que se tem em mente não é a superação do litígio crime, ou, da conduta criminosa, entendida como se fosse o núcleo do conflito. O crime é uma das múltiplas formas de manifestação de litígios existentes na sociedade. Quando um indivíduo pertencente à parte encarcerada da sociedade opta por não mais se valer de comportamentos problemáticos classificados como crimes, isso não significa que ele deixou de enfrentar litígios na vida social. Significa, na verdade, que ele passou a encará-los e a enfrentá-los de outras formas. Não se deve, pois, falar em superação do litígio, em desistência do crime, mas, sim, em mudança na forma de enfrentamento do litígio.

O comportamento problemático classificado como crime, na grande maioria das vezes, não pode ser tido como a causa, como o desencadeador do litígio. Via de regra, ele é, antes, a expressão de um litígio, de um litígio não pontual, mas histórico. A teoria da anomia, particularmente na visão de Merton (SHECAIRA, 2008), deixa bem claro o caráter abrangente e histórico do litígio, para o qual o crime se apresenta como uma das formas de "solução".

Ora, se o crime não é a causa do conflito, mas sua expressão, o enfrentamento do conflito só pode se dar mediante o comprometimento das partes que nele estão envolvidas, e não mediante a tentativa de "correção" ou de "reeducação" da parte tida como infratora. Noutros termos, o enfretamento do litígio não se por meio da ressocialização dos presos, mas por meio do reencontro das

---

balhos de tais representações, o diálogo pode ser incrementado. Aliás, o ideal seria que assim fosse.

partes litigantes, isto é, da reintegração social, ou, que seja, do resgate do diálogo, das interações sociais e experiências de participação social, em que todas as partes estejam igualmente comprometidas. É este reencontro das partes que o GDUCC pretende promover, dentro das dimensões que lhe são possíveis. Não só o GDUCC, mas qualquer outra forma de resgate do diálogo, nos termos aqui propostos, seja internamente no presídio, seja entre o presídio e segmentos sociais externos ao cárcere.

O objetivo do GDUCC é promover, em seus participantes, experiências de reencontro e diálogo entre partes historicamente litigantes, ou seja, experiência de reintegração social. Pretende-se promover, ainda que em mínima escala, experiências de reversibilidade do processo de formação do inimigo coletivo (*hostis*) e de formação da autoimagem do inimigo coletivo. Com isto, o que se busca é criar momentos propícios à vivência de superação da exclusão, ao mesmo tempo em que propícios ao reconhecimento e vivência da ruptura entre partes que não se excluem, mas que, embora litigantes, compartilham de um mesmo todo.

É curioso lembrar o pensamento de Rogers (1991) sobre o objetivo da psicoterapia. Para ele, a psicoterapia não deve visar este ou aquele objetivo específico, como, por exemplo, superação de neuroses, de psicoses, de problemas conjugais etc. A questão básica a ser enfrentada não é se ela resolverá este ou aquele problema, mas sim qual é a natureza de seu processo, quais as suas características intrínsecas, como ele deve se desenvolver e que rumo deve tomar. Aplicando à questão carcerária, diríamos que a estratégia de reintegração social do preso através do diálogo, do intercâmbio sociedade – cárcere não deve visar objetivos específicos, como, por exemplo, a conscientização deste ou daquele ponto, a aceitação deste ou daquele valor etc. O que importa não são resultados pré-definidos, mas o processo em si, o diálogo em si, a direção do diálogo. O que importa é o processo da interação, que deve ter como meta o crescimento da pessoa, o tornar-se pessoa, cada um de acordo com suas potencialidades.

Quando se fala aqui em parte encarcerada e parte não encarcerada da sociedade como litigantes entre si – é bom repetir e deixar bem claro este ponto – não se está fazendo referência específica ao crime como ponto nevrálgico do conflito. O crime, como já foi dito acima, é expressão, é um escoadouro do conflito. Na verdade, o conflito, o litígio se dá no nível das oportunidades, interações e definições sociais: entre o ter e o não ter, entre o ser e o não ser, entre o pertencer e o não pertencer. Numa palavra, o conflito se dá no nível da inclusão social: estar ou não estar incluído socialmente. Trata-se de litígio cujo âmago, cujo ponto nevrálgico é o sentimento de pertença. E não é primeiramente o sentimento de que algo nos pertence, mas de que nós pertencemos a alguém, a um grupo, a uma sociedade e de que, portanto, nela estamos incluídos.

6. CONCLUSÃO

Os habitantes de nossos cárceres, desde que processados e condenados, são pessoas que supostamente lesaram os bens e direitos de outros. Em sua maioria, são (ou eram) *não possuidores* e *não incluídos*, que lesaram bens dos *possuidores* e *incluídos*. É compreensível e até esperado que cada vítima veja seu agressor como inimigo, inimigo individual (*inimicus*).

Ocorre que a sociedade, isto é, os demais *possuidores* se identificam com a vítima. Entenda-se bem, eles não se *solidarizam*, mas se *identificam*. Quem se solidariza, sente a dor do outro como sendo do outro e, assim, presta ao outro o apoio necessário e possível. Quem se identifica, sente a dor do outro como sendo a sua própria e, assim, continua a se preocupar consigo mesmo. Portanto, os *possuidores*, ao se identificarem com as vítimas, colocam-se todos como vítimas potenciais, a serem atacadas a qualquer momento. Esta identificação dá muita força ao julgamento coletivo feito sobre os agressores e ao julgamento formal das instâncias de controle. O inimigo individual transforma-se então em inimigo de toda a sociedade. É o primeiro processo migratório: do inimigo individual (*inimicus*) para o inimigo coletivo (*hostis judicatus*).

O traço delinquente coletivamente percebido no agressor irradia-se, na percepção coletiva, para toda a pessoa do agressor, o qual se transforma assim em indivíduo delinquente em sua totalidade, isto é, um ser estranho, diferente dos demais. É o segundo processo migratório: do inimigo coletivo para o *ser estranho*, totalmente delinquente (*hostis alienigena*).

Tratado dessa forma, não resta ao agressor alternativa senão a de se sentir inimigo. Internaliza a imagem do inimigo e percebe a sociedade como estranha a si, como inimiga. É o terceiro processo migratório: do *ser estranho*, percebido como totalmente delinquente, para a formação da autoimagem do inimigo. No cárcere, a tendência do condenado é a de reforçar cada vez mais a autoimagem de inimigo e a percepção que tem da sociedade como inimiga.

Emergem daí então os dois grandes desafios da execução penal: (1.º) não se deixar contaminar, em seus procedimentos, pelos processos migratórios de construção do inimigo; (2.º) contribuir para fazer reverterem-se os processos migratórios, começando pela desconstrução da autoimagem do inimigo por parte do encarcerado e pelo fortalecimento de seu "eu", de seu *self*, enfim, pela reconstrução de sua autoimagem.

Para fazer frente a esses desafios, a execução penal, incluídos todos os seus protagonistas, deve se libertar de certas ideias ou conceitos estereotipados, já calcificados ao longo da história. Nesse sentido, a execução penal deve redi-

recionar radical e programaticamente seus procedimentos, e ter, entre outras possíveis, as seguintes metas institucionais:

(a) Sempre reconhecer a dignidade da pessoa do preso como parâmetro para todas as medidas a serem tomadas, percebendo-o concretamente como ser integrante da sociedade, ainda que ele mesmo assim não se perceba;

(b) Nunca agir em função do clamor público identificado com o clamor de vítimas;

(c) Não colocar a segurança como pressuposto básico para toda e qualquer medida e decisão, mas sempre buscar a individualização da pena, colocando a segurança a serviço da individualização;

(d) Em termos de reinserção social, definir suas ações e decisões sempre na convicção de que o preso, ele mesmo, é que deve se recuperar para a sociedade e a sociedade deve se recuperar para o preso;

(e) Ainda no que tange à reinserção social, sempre respeitar o direito do preso de ser o protagonista ativo em todos os recursos que lhe são oferecidos para seu crescimento pessoal, o direito de se posicionar perante eles, de se expressar;

(f) Na base de todos os procedimentos, sempre criar condições programáticas para que os internos tenham continuamente experiências de interações sociais significativas e edificantes, de participação social, através de um processo de diálogo, não pontual, mas institucional;

(g) Na base de todos os procedimentos, ter como meta contribuir para que o preso reprocesse sua autoimagem no sentido de desconstruir a autoimagem de inimigo e de processar uma imagem congruente com sua pessoa e assim tornar-se uma *pessoa de funcionamento integral*.

Enfim, a execução penal deve reorientar seus procedimentos a partir da preocupação básica e programática de tornar o cárcere sempre menos cárcere, e de contribuir para que a pessoa do preso se torne sempre mais pessoa, mais digna, mais integrada à sociedade e que como tal ele se perceba.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE GREEFF, Etienne. *Les instincts de défense et de sympatie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1947.

FADIMAN, James; FRAGER, Robert. *Teorias da personalidade*. Trad. Camila Pedral Sampaio e SybilSafdié. São Paulo: Harbra, 1986.

HALL, Calvin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. *Teorias de personalidade*. 4. ed. Trad. Maria Adriana Verissimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2000.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel C. *Derecho penal del inimigo*. Madrid: Civitas, 2003.

MEAD, George H. La psicologia de lajusticia punitiva. *Revista Delito y Sociedad*. ano 6. n. 9-10, 1997: 29-49. Trad. de Rosana Abrutzky. Transcrito de *The American Journal of Sociology*. vol. XXII. n. 5. mar. 1918.

PERVIN, Lawrence A.; OLIVER, John P. *Personalidade: teoria e pesquisa*. 8. ed. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2004.

ROGERS, Carl R. *Tornar-se pessoa*. Trad. Manuel José do Carmo Ferreira. 4. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo politico*. Trad. Rafael Agapito. Struhart, 2006.

SHECAIRA, S. Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

ZAFFARONI, E. Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Criminologia clínica, ideologia do inimigo e controle punitivo no sistema carcerário, de Alvino Augusto de Sá – *RT* 924/297;
- Defesa social, ideologia do tratamento e o direito penal do inimigo, de Bruno de Morais Ribeiro – *RCP* 5/188;
- Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal, de André Luís Callegari – *RT* 867/453;
- Execução penal e falência do sistema carcerário, de Maria Thereza Rocha de Assis Moura – *RBCCrim* 29/351;
- O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro, de Savio Guimarães Rodrigues – *RT* 911/207; e
- Quem é o inimigo, quem é você?, de Paulo César Busato – *RBCCrim* 66/315.

U.S.-Brazil and International Evidence Gathering: the need for better procedural due process

1

Coleta de provas nos Eua, no Brasil e internacional: a necessidade de um melhor procedimento no devido processo legal

Bruce Zagaris

Adjunct professor, Thomas Jefferson Law School. Founder and editor of the International Enforcement Law Reporter.

Área do Direito: Processual

Resumo: Este artigo trata do Acordo de *Assistência* Jurídica em Matéria Penal – (*MLAT*) e os problemas que réus e terceiros, que fazem parte do processo, podem ter além de uma desvantagem substancial com relação ao acesso às evidências do processo criminal e procedimentos relacionados (por exemplo: procedimentos de apreensão civil *in rem*). Os réus precisam lidar com longos períodos de atrasos e ficam essencialmente à mercê do juiz ou órgão do governo, pois o MLAT exclui expressamente a possibilidade de réus e terceiros utilizarem o MLAT para a obtenção de provas ou a tentativa de exclui-las. Outras opções de se obter provas tais como as cartas rogatórias, estão fora de uso e apresentam problemas, pois pode demorar anos para que sejam integralmente processadas. Este artigo aborda esses obstáculos detalhadamente e procura

Abstract: The paper discusses the U.S.-Brazil Mutual Assistance in Criminal Matters Treaty (MLAT) and the problem whereby criminal defendants and third parties participating in litigation can be left at a significant disadvantage in regards to access to evidence in criminal proceedings and related proceedings (e.g., civil in rem forfeiture). Defendants face long delays and are ultimately at the mercy of the judge or governmental agencies because the MLAT expressly excludes defendants and third parties from using the MLAT to obtain evidence or trying to exclude evidence. Other options to obtain evidence, such as letters rogatory, are outdated and too cumbersome to provide much protection as they can take years to be fully processed. This paper highlights these pitfalls in detail and looks for solutions that can help defendants in such

apresentar soluções que possam auxiliar os réus nessas situações até que os países comecem a retificar essas questões por conta própria.

PALAVRAS-CHAVE: EUA-Brasil MLAT - Coleta de provas.

situations until countries begin to rectify these problems themselves.

KEYWORDS: U.S.-Brazil MLAT - Evidence gathering.

TABLE OF CONTENTS: 1. U.S.-Brazil and international evidence gathering: the need for a fair balance - 2. Unilateral means of international evidence gathering: 2.1 The use of unilateral means of international evidence gathering by the U.S. in general; 2.2 Constitutional issues concerning admissibility - 3. Letters rogatory: 3.1 Overview of the use of letters rogatory; 3.2 Problems and limitations in the use of letters rogatory by the U.S in criminal investigations - 4. Mutual legal assistance treaties: 4.1 Multilateral treaties; 4.2 Rights of defendants and targets of investigations: 4.2.1 Prohibition of defendants and private persons from using MLATs; 4.2.2 Inability of defendants and private parties to invoke the treaty to exclude evidence or impede the execution of a request; 4.2.3 Denial of access for defendants and third parties offends the compulsory process of the sixth amendment; 4.2.4 Example of U.S. Court allowing use of MLAT in asset recovery case; 4.2.5 Abuse of MLAT by the requested State to start new investigation; 4.2.6 Problem of abuse of MLAT by requesting State; 4.2.7 Problems when a Court obtains evidence and then loses jurisdiction after obtaining information under the MLAT; 4.2.8 Execution of the MLAT in Brazil; 4.2.9 Court denials of MLAT request for abuse of process or similar reasons - 5. Mini-MLAT and other evidence-gathering exercises: 5.1 Mini-MLATs; 5.2 Recent U.S. evidence gathering in tax cases and new initiatives - 6. Summary and conclusion.

1. U.S.-BRAZIL AND INTERNATIONAL EVIDENCE GATHERING: THE NEED FOR A FAIR BALANCE

Mutual Assistance in Criminal Matters Treaties (MLAT) have developed a severe problem whereby criminal defendants and third parties participating in litigation can be left at a significant disadvantage in regards to access to evidence in criminal proceedings and related proceedings (e.g., civil in rem forfeiture). The MLAT between Brazil and the United States is no different in this regard, as it provides no explicit equality for defendants in regards to obtaining evidence and witnesses can face subsequent criminal prosecution from testimony given. Defendants face long delays and are ultimately at the mercy of the judge or governmental agencies. Other options such as letters rogatory are outdated and too cumbersome to provide much protection as they can take years to be fully processed.

This paper highlights these pitfalls in detail and looks for solutions that can help defendants in such situations until countries begin to rectify these problems themselves. The first section of this paper concerns the older

alternative of letters rogatory and how their cumbersome nature no longer provides a desirable alternative to defendants seeking to obtain evidence. The second section of this paper covers the MLATs themselves, looking at their advantages in comparison to other methods and their shortfalls concerning equal rights to evidence. The third section provides possible alternatives to defendants and counsel hoping to obtain evidence outside of relying on an MLAT. Lastly, it is concluded that currently, the best attempt may be to protest the lack of evidentiary access on human rights grounds and turn to national constitutions, international courts and other international treaties for help.

2. UNILATERAL MEANS OF INTERNATIONAL EVIDENCE GATHERING

2.1 The use of unilateral means of international evidence gathering by the U.S. in general

In developing strategy for international evidence gathering, especially when the United States is the requesting state, counsel and affected parties must consider the unilateral means of international evidence gathering.

The U.S. has at least nine different methods of coercion to obtain evidence located abroad, to obtain testimony from witnesses located abroad, and to secure the transfer of private assets to the U.S. These methods include: (1) compelling testimony of U.S. nationals or residents located abroad through subpoenas issued by federal courts and notwithstanding potential violations of the laws of other countries, especially civil law countries; (2) compelling production of documents located abroad when a U.S. court has personal jurisdiction over the alleged wrongdoer, the documents or other tangible evidence is in the possession, custody, or control of the alleged wrongdoer or a related entity, and the production of the evidence is not protected by an evidentiary privilege;[1] (3) compelling the production of documents located abroad from a third party that is not a target of the investigation or a defendant in the prosecution, including documents of foreign banks or corporations or of foreign branches of U.S. banks or corporations with which the target or defendant conducted

1. Most decisions have upheld such coercive measures when used against a U.S. entity and rejected the argument that ordering a foreign entity to produce the documents would violate the laws of the country in which the documents are located. *In re Marc Rich & Co.*, 707 F.2d 663 (2d Cir.), *cert. denied*, 463 U.S. 1215 (1983); *United States* vs. *Vetco, Inc.*, 691 F.2d 1281 (9th Cir.), *cert. denied*, 454 U.S. 1098, 102 S Ct. 671, 70 L.Ed. 2d 639 (1981).

business;[2] (4) compelling through a subpoena a foreign witness in the U.S., including persons transiting the U.S., to testify;[3] (5) compelling the production of documents from foreign entities by a subpoena *ducestecum* of an officer or custodian over whom the U.S. has personal jurisdiction;[4] (6) compelling consents to disclose third-party records as means to overcome bank secrecy; (7) compelling targets of U.S. criminal investigations and defendants not to seek action abroad to block prosecutors' efforts to obtain evidence;[5] (8) compelling repatriation of assets to pay a fine or taxes or for purposes of forfeiture; and (9) imposing a tax levy on a bank in the U.S. for funds of a taxpayer located in a foreign branch.[6]

The person whose testimony or assistance is sought often challenges the use of coercive methods to obtain evidence abroad, as do foreign courts. These challenges raise a host of legal issues, including constitutional questions B including the right against self-incrimination, due process, improper search and seizures B jurisdiction, conflicts of law, and foreign sovereign compulsion. Often the more difficult coercive techniques involve third parties abroad and subpoenas directing witness testimony from foreign persons or the production of documents from foreign entities. The coercive techniques often work when federal courts serve them on persons in the U.S. over whom the court has established jurisdiction, especially if documents or other tangible evidence are believed to be within their possession, custody, or control B even if located abroad.

2.2 Constitutional issues concerning admissibility

When U.S. law enforcement officials conduct cooperative international criminal investigations, defendants and third parties impacted by prosecutions and related (e.g., asset forfeiture) proceedings may be able to raise U.S.

---

2. *See, e.g., In re Sealed Case*, 825 F.2d 494 (D.C. Cir. 1987); *In re Grand Jury Proceedings of Nova Scotia*, 740 F.2d 817 (11th Cir.), *cert. denied*, 469 U.S. 1006 (1984).
3. *United States* vs. *Field*, 532 F.2d 404 (5th Cir.), *cert. denied*, 429 U.S. 940 (1976); *In re Grand Jury Proceedings (Bowe)*, 694 F2d 1256 (11th Cir. 1982); *see also In re Sealed Case*, 825 F.2d 494 (D.C. Cir. 1987).
4. *In re Sealed Case*, 832 F.2d 1268 (D.C. Cir. 1987); *In re Grand Jury Proceedings (Bowe)*, 694 F.2d 1256 (11th Cir. 1982).
5. *United States* vs. *Davis*, 767 F.2d 1025 (2d Cir. 1985); *see also Garpeg, Ltd. V. United States*, 583 F. Supp. 789 (S.D.N.Y. 1984).
6. *Doe* vs. *United States*, 487 U.S. 201 (1988).

constitutional or international human rights issues concerning whether the protections afforded under the Fourth Amendment or international human rights conventions extend to the search and seizure by U.S. agents of property belonging to nonresident aliens and located in a foreign country. In addition, litigants may be able to raise issues about the validity of the case concerning events that may have occurred in the U.S. and may impact the validity of evidence gathering abroad.

In *United States* vs. *Verdugo Urquidez*, 494 U.S. 259, 262 (1990), the U.S. Supreme Court examined whether the Fourth Amendment applies to the search and seizure by U.S. agents of property owned by a nonresident alien in a foreign country. The case concerned a search and seizure of property of a Mexican citizen and resident of Mexico in Mexico without a search warrant or proper authorization in either the U.S. or Mexico. The majority opinion found that the right to be free from unlawful searches and seizures, part of the Bill of Rights and the Fourth Amendment, applies only to U.S. citizens.

There have been a number of cases where the U.S. and foreign officials have obtained evidence for use in criminal proceedings. Defendants often argue that the manner in which the evidence was obtained violates arguably applicable constitutional law requirements. U.S. jurisprudence is that A[n]either our Fourth Amendment nor the judicially created exclusionary rule applies to acts of foreign officials. *United States* vs. *Barona*, 56 F.3d 1087, 1091 (9.th Cir., 1995). In general, the Fourth Amendment does not apply to actions carried out by foreign officials in their own countries enforcing their own laws, even if U.S. law enforcement officials are present and cooperate to some extent. *United States* vs. *Rosenthal*, 93 F.2d 1214, 1231 (11.th Cir., 1986). Hence, if foreign officials obtain evidence through an illegal search in a foreign country, it is admissible in U.S. courts. This silver platter doctrine has two exceptions. The defendant or court may invoke the exclusionary rule if: (1) the circumstances of the foreign search and seizure are so extreme to shock the conscience or, (2) domestic law enforcement officials have participated in the investigation to such an extent as to convert it into a joint venture between the U.S. and foreign officials.

3. LETTERS ROGATORY

3.1 Overview of the use of letters rogatory

Letters rogatory is one of the most often used method to obtain evidence through compulsory process in the U.S. 28 U.S.C. '1782 allows a foreign tribunal

to obtain evidence in foreign criminal proceedings. A tribunal can include an investigating magistrate in a civil law country (i.e., Brazil) who conducts investigations to determine whether criminal charges should be brought against certain persons. A foreign tribunal or an interested person may initiate a letter rogatory or other request for judicial assistance in a criminal matter. In its discretion a U.S. district court can grant or refuse an order and may impose conditions on rendering such assistance. Usually, if it grants assistance, a U.S. district court will appoint a person referred to as a commissioner to supervise the taking of testimony in connection with rendering judicial assistance. If the foreign court does not prescribe the procedure to be used in executing the request, '1782 prescribes the application of the Federal Rules of Civil Procedure. A person who testifies pursuant to a U.S. court order may assert any legally applicable privilege under the laws of the U.S. or the country in which the relevant proceeding is pending.

U.S. jurisprudence has allowed prosecutors in common law countries to compel the testimony of witnesses in the U.S. even though no proceeding is pending before a foreign court provided: an actual criminal investigation exists in connection with which the testimony is requested; the testimony is requested in order to use it in a proceeding before a court in the requesting state if criminal charges are brought; and criminal proceedings are imminent or very likely.[7]

In 1996, Congress again amended '1782 by adding the phrase including criminal investigations conducted before formal accusation to the scope of foreign investigations to which the U.S. is authorized to provide formal assistance. The court said it would not heed appellant's urging that it read an imminence requirement into the current version of '1782.[8]

Until the U.S. Supreme Court decision in 2004 in *Advanced Micro Devices (AMD)*, the circuit courts in the U.S. were split over whether the relevant statutory provisions in the U.S. law require that the evidence requested in a letter rogatory be discoverable under the law of the requested state. A core issue is whether there existed a dual discoverability requirement (i.e., whether the materials requested be discovereable in both jurisdictions). In the

---

7. *In Re Request for International Judicial Assistance, Brazil*, 936 F.2d 702, 706 (2d Cir. 1991); *In Re Letter of Request from Crown Prosecution Service*, 870 F.2d 686, 689-92 (D.C. Cir. 1989); *In Re Request for Assistance from Ministry of Legal Affairs of Trinidad and Tobago*, 848 F.2d 1151, 1155-56 (11th Cir. 1988), *cert. denied*, 488 U.S. 1005 (1989).

8. *Id.*, at citing *Tang* vs. *Reno*, 77 F.3d 1194, 1996 (9th Cir. 1996).

AMD case, the Supreme Court ruled that AMD could seek judicial access to Intel documents in order to support a European Commission (EC) antitrust complaint – even if the EC was unwilling to demand production of the Intel documents. *Intel Corp.* vs. *Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004). Hence, prior to the *AMD* case, some U.S. circuits, like the *Superior Tribunal de Justiça* in Brazil, required that there be a similarity in the evidentiary rights in the requesting state.

The way the use of the letter rogatory works is that after an indictment has been filed, both the prosecution and defense may move the court, pursuant to Rule 15 of the Federal Rules of Criminal Procedure, to order, in the interest of justice, that the testimony be taken of a witness who is outside of the United States, who refuses to come to the U.S. to testify, and whose presence cannot be secured by subpoena. The court may also grant the motion of the prosecution or the defense that the witness be ordered to produce specified documentary or other evidence. A prosecutor may use letters rogatory to assist a grand jury investigation to obtain the testimony of such a witness and the production of evidence by the witness.

The prosecution can also request the court to issue a letter rogatory in aid of a grand jury investigation. In such a case the prosecutor must apply to the court *ex parte* under seal for the issuance of a letter rogatory giving the reasons why the issuance of the letter rogatory is necessary.

3.2 Problems and limitations in the use of letters rogatory by the U.S. in criminal investigations

Letters rogatory often fail to fulfill the requirements of U.S. investigators and prosecutors in obtaining evidence from abroad. One limitation is thatletters rogatory cannot be executed unless the crimes for which they are requested meet the dual criminality requirement.[9] Another limitation is that letters rogatory cannot be used prior to the grand jury stage of a criminal investigation. A U.S. court can only issue a letter rogatory if a judicial proceeding exists before it. Without a judicial proceeding a court does not have a basis upon which to authorize the issuance of a letter rogatory. Hence, if a U.S. investigative

9. Vladimir Aras, O sistema de cooperação penal Brasil/EstadosUnidos (The system of criminal cooperation Brazil/United States). In: José Paulo Baltazar Júnior and Luciano Flores de Lima (eds.). *Cooperação jurídica internacional em matéria penal* (International juridical cooperation in criminal matters). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 321-347.

agent wants to obtain evidence from abroad that can only be obtained in a requested country by compulsory process, he must persuade a prosecutor to open a grand jury investigation and prepare an application for a letter rogatory, accompanied by a memorandum of law in support of the application, and a draft letter rogatory. The prosecutor must then submit the application to the court and persuade the judge to grant the application.

Even when a U.S. court approves an application for a letter rogatory during a grand jury proceeding, some requested countries will not grant a letter rogatory. For instance, the former Section 5 of the British Evidence (Proceedings in Other Jurisdiction) Act 1975 authorized English courts to grant judicial assistance in criminal proceedings that have been instituted in the requesting country.[10] In 1978, the House of Lords ruled that, for the purposes of the Act, the start of a grand jury investigation does not constitute the institution of a criminal proceeding.[11] Hence, British courts could not provide judicial assistance to U.S. courts in aid of a grand jury investigation pursuant to the 1975 Act. In 1990, the British Parliament enacted the Criminal Justice (International Cooperation) Act which not only repealed Section 5 of the 1975 Act, but also expressly authorized the U.K. to provide assistance to a foreign court, prosecuting authority, or any other authorizing having the function of making requests for judicial assistance in connection with a criminal investigation being conducted in the requesting country.

A critical limitation is timing. Because letters rogatory are sent from the court through diplomatic channels, the Department of Justice Criminal Resource Manual warns that the process may take one year or more. The DOJ's Office of International Affairs (OIA) has worked to shorten the time by making informal working agreements with its counterparts in foreign countries allowing the direct transmission of letters rogatory between them and that also assign the receiving office responsibility to supervise their execution and return, thereby saving time in the transmission/execution process and ensuring proper execution. The inordinate amount of time to execute a letter rogatory can be critical when the defendant has need of using the letter rogatory is detained.

Also, 18 U.S.C. § 3292 extends the statute of limitations for federal offenses by up to three years, when it is necessary to obtain evidence from abroad in connection with the investigation of such offenses. Furthermore, 18 U.S.C. § 3161(h)(8) excludes up to one year of delay in the start of a trial from the

10. '5, Evidence (Proceedings in Other Jurisdiction) Act 1975, United Kingdom.

11. *Rio Tinto Zinc Corp.* vs. *Westinghouse Electric Corp.*, 1 All E.R. 434 (1978).

sanctions of the Speedy Trial Act, when such delay is due to obtaining evidence from abroad for use at trial.

An obstacle to the execution of letters rogatory in criminal matters is that they are sent through diplomatic channels. Responsibility for monitoring execution of letters rogatory sent through diplomatic channels are with consular officials. These officials are normally so overworked that they cannot prioritize letters rogatory. As a result, letters rogatory may sit for weeks or longer. When permitted by the laws of foreign countries, the OIA and its counterparts will send letters rogatory directly and bypass diplomatic channels.

A major potential problem is that execution of letters rogatory by foreign countries is discretionary. When the U.S. transmits a letters rogatory, its execution in the foreign country may be refused for any reason by any of the executive or judicial authorities of the requested countries through whom they pass. In this connection, the Brazil STJ takes a restrictive posture towards letters rogatory pertaining to lifting bank secrecy, testimony of individuals, and so forth. The U.S. Department of State normally does not want proactively press the requested state's executive or judicial branch of a requested state when the latter declines to grant a letters rogatory or grants it in a way that is not useful.

When the U.S. letters rogatory requires testimony, in the way of a deposition in the foreign country, the testimony will not be admissible in U.S. criminal trials unless the procedure by which such testimony is taken fulfills the requirements of the Confrontation Clause of the Constitution. The problem is that a U.S. letter rogatory can only request that the requested country follow specified procedures in taking testimony. The executing foreign judicial authority does not have to follow the requested procedure. Hence, when the U.S. submits a letter rogatory to a foreign country (i.e., Brazil), the U.S. cannot control the persons the foreign judicial authority will allow to be present during the taking of the testimony[12] or the persons who will be permitted to ask questions of, or propose questions to be asked of, a witness whose testimony is being taken.[13]

---

12. In *United* vs. *Salim*, 664 F. Supp. 682, 685-86 (E.D.N.Y. 1987), *aff'd*, 855 F.2d 944 (2d Cir. 1988), a French magistrate, taking a deposition pursaunt to a U.S. letters rogatory, did not allow the U.S. defense attorney be be present during the taking of testimony because French law did not give him standing before the court since his client was not present.

13. *Id.* Neither the prosecutor nor the defense counsel were present during the taking of testimony in Salim. However, the testimony of th witness was read to them after each round of questioning in order to allow them to prepare questions to be asked by the magistrate on cross-examination, re-direct, recross etc.

The U.S. has no control over the method by which such testimony is recorded. When a defendant in a U.S. criminal proceeding is in custody in the U.S., the requested country may not be willing to allow the defendant to be present at the exection of a letter rogatory in the requested country.

4. MUTUAL LEGAL ASSISTANCE TREATIES

During the last ten years the U.S. has more than doubled its mutual assistance in criminal matters treaties (MLATs). They are a more effective and efficient substitute for letters rogatory when compulsory process is required to obtain evidence in a requested state or when specific procedures must be complied with for the requested evidence to be admissible at a criminal trial in the requesting state. As of June 1, 2012, the United States has 72 MLATs.[14]

MLATs are important because they make assistance obligatory as a matter of international law, whereas letters rogatory are executed solely on the basis of comity. A request for assistance cannot be refused unless specifically allowed by the terms of the treaty, and the grounds for refusal of assistance under MLATs are quite limited. An MLAT, either by itself or together with implementing legislation, provides a way for a requesting state to overcome foreign bank secrecy and business confidentiality laws that otherwise can frustrate U.S. investigations. MLATs provide an opportunity to develop procedures to obtain foreign evidence in a form admissible in U.S. courts, especially in the context of U.S. complex and stringent evidentiary rules, including its hearsay rules and U.S. right to confrontation of witnesses that may not have an analogue in countries with an inquisitorial system rather than the U.S. adversarial system. MLATs also provide a framework for cooperation in the tracing, seizure and forfeiture of criminal assets.

MLATs provide for a wide variety of assistance: service of documents, provision of records, locating persons, taking of the testimony or statements of persons, production of documents, execution of requests for search and seizure, forfeiture of criminally obtained assets, and transfer of persons in custody for testimonial purposes. Most importantly, under the MLATs, evidence must be transmitted in a form that is admissible in the requesting state's courts.

The MLATs clarify a situation that has created much dispute in the use of letters rogatory by obligating contracting parties to provide mutual assistance

14. For a list of U.S. MLATs Signed, Approved for Ratification and/or Entered into Force as of June 1, 2012, *see U.S. Mutual Assistance and Extradition Treaty Updates*, 26 *Int'l Enforcement L. Rep.* 220-23 (June. 2012).

in criminal investigations as well as in proceedings. Hence, a contracting party that is merely investigating a case in an early stage of the investigation can obtain assistance from the U.S. The MLATs are self-executing in the U.S. They amend and add to federal law on issues such as the creation of a right of safe conduct, the conferral of authority to detain persons in custody, the creation of a hearsay exception for chain-of-custody evidence, the removal of discretion to refuse to issue subpoenas for testimony and tangible evidence, and the U.S. right to disclose confidential information to a requesting country. The MLAT has significance advantages over letters rogatory: it requires the piercing of bank secrecy laws and the transfer of incarcerated witnesses. Hence, the prosecution in a transnational criminal case has significant advantages and powers that are denied the defendant, in sharp contrast to the equality of arms that prevails domestically.[15]

MLATs are much more expeditious than letters rogatory, partly because there is a direct link through a central authority in each country to process requests for assistance. In most cases the central authority assigns an attorney to a few countries. In this way the attorney in the DOJ OIA assigned to Brazil becomes acquainted with Brazilian laws and his or her counterparts in the Brazilian DCRI.

An advantage of MLATs, such as the U.S.-Brazil MLAT, is that most of them do not require double criminality as a condition of their execution.

The Attorney General is the central authority for the U.S. under all the U.S. MLATs. The Attorney General has delegated his duties as central authority to the Assistant Attorney General in charge of the Criminal Division, who has, in turn, subdelegated his authority to the Deputy Assistant Attorneys General and the Director of the Criminal Division's Office of International Affairs in the Criminal Division of the Department of Justice, pursuant to regulations.

OIA handles all requests under an MLAT, both outgoing and incoming. It is charged with receiving and seeing to the execution of incoming requests from foreign countries for investigative or evidence gathering assistance in the U.S.

4.1 Multilateral treaties

The U.S. and Brazil are also parties to international enforcement conventions with mutual assistance provisions. They may invoke MLAT provisions in

15. Robert Neale Lyman, *Note: Compulsory Process in a Globalized Era: Defendant Access to Mutual Legal Assistance Treaties*, 47 *Va. J. Int'l L.* 261 (2006).

addition to those in a bilateral treaty. In this regard, art. XVII of the Brazil-U.S. MLAT states that the terms of assistance and other procedures in the MLAT do not constitute an impediment whereby one Party can request assistance to the other based on the provisions of other applicable international conventions.

Examples of such international conventions include the U.N. Vienna Convention on the Trafficking of Illicit Narcotics and Psychotropic Substances in 1988.[16] In particular, art. 7 is a miniature mutual legal assistance treaty in criminal matters. The article focuses on key elements of the mutual legal assistance relations but omits many detailed procedures for implementing those relations. Many details are left to the parties involved to formulate on a case-by-case basis.[17]

Another international convention with mutual assistance in criminal matters provisions is the U.N. Convention on Transnational Organized Crime ("the Palermo Convention"). It has a number of mutual assistance provisions, especially art. 18. The international anti-corruption conventions on the OECD, OAS, U.N., and Council of Europe all have mutual assistance provisions.

The U.S. is also a party to the *Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, which provides a means for the U.S. to extend its mutual assistance treaty relationships in the hemisphere to countries as to which there might not be a sufficient basis to justify the resources needed to conclude separate bilateral treaties. For instance, on ratification, the Inter-American MLAT created an immediate treaty relationship between the U.S. and Peru (with which the U.S. does not have a bilateral MLAT). Similar MLAT relationships would be created as five additional signatories to the Convention finalize the steps required for ratification. The U.S. ratification of the protocol on Afiscal offenses, which the U.S. initiated, enables the U.S. to obtain improved cooperation on criminal tax cases. While only three countries have ratified the OAS Convention, the U.S. will be able to urge other countries in the hemisphere to join the Convention.

These conventions do not exclude defendants and third parties from their use. As a result, enlightened prosecutors, courts, and other persons may want to urge their use as a substitute for U.S. MLATs.

---

16. United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, *opened for signature* Dec. 20, 1988, *entered into force* for the U.S., Nov. 11, 1990.

17. S. Exec. Rep. n. 101-15, United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 101st Cong., 1st Sess. 58 (1989).

4.2 Rights of defendants and targets of investigations

Unfortunately, the recent MLATs deny rights of defendants and targets to use the MLAT and to invoke the treaty to exclude evidence, impede the execution of a request, and/or to obtain testimony, documents, and assistance on their own behalf. These provisions go against the recent trend to make individuals subjects and not just objects of treaties. It shifts the balance of power unnecessarily in favor of law enforcement and imperils the justice in the operation of the criminal system internationally. The trend of U.S. Supreme Court decisions on criminal justice, especially involving the rights of foreigners in criminal cases, even where the U.S. law enforcement has disregarded laws, demonstrate that the treaties must allow individuals protection. Hopefully, foreign governments and human rights groups will not be reticent to stand up for the rights of the individual and other non-governmental persons in the international criminal process.

The U.S. position is at odds with the majority of international practice. For instance, the UN Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, G.A. Res. 45/177, 4.5. Gaor Supp. n. 49A, U.N. Doc. A/45/49 (Dec. 14, 1990) does not contain such provisions. Similarly the European Union Convention on Mutual Service in Criminal Matters (see: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri'celex:42000A0712%2801%29:en:html]), adopted in May 2000 to support and improve the mechanisms established in the 1959 Council of Europe Mutual Legal Assistance Treaty and its 1978 and 2001 Protocols (see: [http://conventions.coe.int]) do not contain such provisions. However, art. 2 of the Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, May 23, 1992, O.A.S.T.S. n. 75, available at: [www.oas.org/juridico/english/treaties/a55.html], do contain the provisions that the MLAT applies solely to the provision of mutual assistance among states parties. Its provisions shall not create any right on the part of any private person to obtain or exclude any evidence or to impede execution of any request for assistance.

4.2.1 Prohibition of defendants and private persons from using MLATs

The initial MLATs of the U.S. are silent about the ability of criminal defendants and other persons to use the treaty.[18] Most of the U.S. MLATs provide that they are intended only for mutual assistance between the governmental or law enforcement authorities of the treaty states. The most recent MLATs

18. For instance, the Dutch, Swiss, and Turkish Treaties do not mention the use of the treaty by criminal defendants.

specifically state that they are not intended or designed to provide assistance to provide parties and even that they do not authorize a private party to utilize them to obtain evidence or other assistance.[19]

For instance, art. 1(5) of the U.S.-Brazil MLAT states:

"This Treaty is intended solely for mutual legal assistance between the Parties. The provisions of this Treaty shall not give rise to a right on the part of any private party to obtain, suppress, or exclude any evidence, or to impede the execution of a request."

Several bar groups have opposed these provisions on the grounds that they tilt the balance of mechanisms too much in the favor of law enforcement and render the process unfair. Prosecutors have responded that defendants and private parties are able to use other procedures to obtain assistance (i.e., letters rogatory). However, the inadequacy, untimeliness, and other weaknesses of these procedures are the very reasons that law enforcement agencies conclude MLATs. Undoubtedly, these provisions will be challenged constitutionally and under international human rights treaties as being unfair, depriving defendants of equal protection under the law, deprivation of effective assistance of counsel, and so forth.

Precedent exists under the Swiss treaty for the U.S. courts to order the U.S. government to make a request under the MLAT on behalf of a defendant. In that case, Switzerland did not object to the request. However, the U.S.-Swiss MLAT did not specifically prohibit use by defendants.

Another example of the use of the MLAT was to unfreeze and release the funds of General Noriega in Austria in order to pay his defense counsel so that he would have effective assistance of counsel.

4.2.2 Inability of defendants and private parties to invoke the treaty to exclude evidence or impede the execution of a request

The United States has led an effort to prevent defendants, private parties or other third parties from invoking MLATs to obtain, suppress, exclude evidence, or to impede its investigations. A defendant or other affected person who wants to prevent the execution of a request that he/she/it believes would violate the MLAT can only plea to the executive authority of the requested state and not to its courts. If a defendant or other affected person wants to assert that the requested state has violated the terms of the treaty in executing a request, he/she/it may do so only to the executive authorities of the treaty states.

19. Lyman, *supra*, at 261-62.

A person adversely affected can also complain and seek redress under the laws of the appropriate country in its courts. Hence, in the celebrated Marc Rich and Bank of Nova Scotia cases, the defendants, third parties, and governments of the requested states all argued in U.S. courts that the attempts by the U.S. to obtain evidence was against the law, partly because of the failure to use and exhaust the treaty process.

Incidentally, private parties who may be interested in the use of the MLAT are persons interested in a criminal forfeiture process. Such persons may be banks, financial institutions, mortgage companies, ships, common carriers, apartment buildings, spouses, siblings, and other persons whose property has been frozen. They need to obtain evidence from abroad to show that they have ownership rights in the property, they are innocent of the alleged wrongdoing, and hence they have a right to the unfreezing of the property or to a return of their interest in the frozen property. Their interests may be adverse to both the government and the defendant. In any case, they often are essential parties to the assurance of due process in the forfeiture part of the criminal proceeding. Section 4 below discusses the effect of parties to a civil *in rem* forfeiture case obtaining information obtained by the U.S. government pursuant to MLAT requests.

Most of the efforts to challenge the exclusion of defendants and third parties from using MLATs have not had success. For instance, an appellate court has rejected the claim that evidence allegedly obtain in violation of an MLAT should be excluded [*United States* vs. *Rommy*, 506 F.3d 108 (2d Cir., 2007)]. Another appellate court in the same circuit ruled that the defendant lacked standing to move to exclude or suppress records on the basis of a purported violation of the treaty [*United States* vs. *Davis*, 767 F.2d 1025 (2d Cir. 1985)]. In another case a U.S. District Court ruled that the MLAT treaty process is exclusively for signatory governments and denied a motion to compel the executive branch to invoke the treaty for the benefit of a defendant. The court found that such a practice in that case did not implicate a constitutional right to due process [*United States* vs. *Rosen*, 240 F.R.D. 204 (E.D.Va. 2007)].

4.2.3 Denial of access for defendants and third parties offends the compulsory process of the sixth amendment

Defense counsel can arguably contend the imbalance in foreign evidence-gathering power offends the Compulsory Process Clause of the Sixth Amendment of the U.S. Constitution. Courts should reconsider their pre-MLAT rulings on the question of foreign subpoenas, and require the Justice

Department to make treaty procedures available to defendants who show a legitimate need for them.[20]

The Compulsory Process of the Sixth Amendment is one of the least litigated parts of the U.S. Bill of Rights. It gives a defendant the right in all criminal prosecutions... to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor@.[21] It assures that defendants have the power of the subpoena to bring unwilling witnesses into court.

Both the trial court and the prosecution have duties with respect to the application of the Sixth Amendment right of compulsory process. The court is responsible for the issuance of the process. The prosecution must often need to either refrain from interference with the defendant's rights, or even take affirmative steps to assist the defendant and the court in procuring witnesses and evidence. Additionally, similar to the Due Process Clause, the Compulsory Process Clause has both substantive and procedural dimensions.

Procedurally a question is whether the Compulsory Process Clause has an equality-of-arms concept, in which new legal technology creating new powers for the prosecution will create corresponding new rights for the defense. The Supreme Court has held that a state court refusing to issue process for an out-of-state witness would be violating the Compulsory Process Clause.[22]

One commentator has suggested that courts need to reconsider some of their decisions, especially *Mancusi* vs. *Stubbs*,[23] in light of the widespread conclusion of MLATs, so that defendants have the equivalent of compulsory process in transnational criminal cases.

In domestic cases the prosecutor's first and, in the majority of cases, only duty is merely not to interfere with defense witnesses.[24] When a witness is beholden to or under the control or protection of prosecutors the prosecutor may at times be required to assist the defense in locating and subpoenaing the witness. If the witness is incarcerated, the government should make a diligent search for the prisoner. A court should not accept a bald assertion that the prisoner cannot be found.[25]

---

20. *Rio Tinto Zinc Corp.* vs. *Westinghouse Electric Corp.*, 1 All E.R. 434 (1978).
21. U.S. Constitution, Amendment VI.
22. See *Barber* vs. *Page*, 390 U.S. 719, 723-25 (1968).
23. Lyman, *supra*, at 267, citing *Mancusi* vs. *Stubbs*, 408 U.S. 204, 212-13 (1972).
24. *See Blackwell*, 694 F. 2d 1325, 1334 (D.C. Cir. 1982).
25. *State* vs. *Mizell*, 341 So.2d 385, 388 (La. 1976).

An MLAT requires the requested state to procure and produce – using compulsion if necessary – when requested.[26] If requested, a U.S. court must determine whether MLATs grant powers similar enough to the broader constitutional obligations of prosecutors and courts to require that defendants have access to them. One difficulty is in the fact that it is prosecutors, not courts, who are empowered by MLATs, while on the other hand, the Compulsory Process Clause addresses mainly the duties of courts and has much less to say to prosecutors.[27]

The Compulsory Process Clause has been primarily interpreted as imposing obligations on courts. It speaks only in these limited circumstances to actions taken by prosecutors. The Clause does not appear to require prosecutors to make MLATs available to defendants except perhaps in extraordinarily rare cases where bad faith has put evidence beyond the reach of the defendant but within the reach of the prosecution using an MLAT. However, the constitutional limitation should depend on where compulsive authority resides rather than the constitutional article creating the authority. This approach would be analogous to the application of the Due Process Clause of the Fifth Amendment. Since any court with powers granted by MLATs would surely be required to apply them for a defendant's benefit, another government agency with the power - in this case, prosecutors - should be held to the same requirement. Such an interpretation is consistent with the constitutional text, which talks about an accused's rights in all criminal prosecutions. The approach would focus on the effect on defendants.[28]

One solution to allowing defendant's right to compulsory clause in the context of an MLAT would be that, where a defendant can make some threshold showing of materiality and favorableness, that the defendant be granted access to MLAT procedures. The standards could be slightly more stringent than those applied to domestic subpoenas, due to the extra expense and foreign-relations implications of defense requests. However, such a rule would solve the inequality problem without unduly burdening the beneficial use of the trial. This solution raises three significant problems of its own: a conflict-of-interest problem, a federalism problem, and a foreign relations problem.[29]

---

26. See, e.g., U.S.-Brazil MLAT, art.8(1).
27. Lyman, *supra*, at 282.
28. *Id.* at 284.
29. *Id.* at 287-88.

The conflict-of-interest problem is due to the fact that the Central Authority administers the MLATs. Hence, in the U.S. the Central Authority is the Office of International Affairs (OIA) of the Criminal Division, Department of Justice. The office works closely with prosecutors and is staffed by lawyers with prosecution experience. OIA would not be comfortable initially working closely with defense attorneys.

When the prosecution is occurring on a state level, the problem is that a state-level judge lacks the authority to issue binding orders to the U.S. Justice Department. Even if the Supreme Court were to provide uniform standards of materiality to apply to defense MLATs, the interpretation of those standards might be different in different states, while the OIA is likely to have an interpretation of its own.

Another problem is that most MLATs have an explicit provision that they do Anot give rise to a right on the part of any private person to obtain... any evidence.[30] The clause is directed specifically at defendants, to preclude them from making MLAT requests. This clause would likely be perceived as a treaty obligation that would preclude a foreign Central Authority from providing assistance under the MLAT to defendants or third parties.[31]

A potential remedy, which might be offered either in conjunction with granting defendants access to MLATs is the exclusion of evidence gathered by MLAT procedures at the trial of the defendant.[32]

4.2.4 Example of U.S. Court allowing use of MLAT in asset recovery case

On September 20, 2011, Magistrate Judge Deborah Robinson of the U.S. District Court for the District of Columbia ordered the U.S. Department of Justice to provide more specific information about the government's efforts to seize more than $250 million allegedly derived from illegal proceeds of crime by former Ukrainian Prime Minister Pavel Lazarenko.[33]

U.S. prosecutors contend the money, which transited banks in multiple countries, are proceeds of crimes committed in the 1990s. Competing claimants

30. U.S.-Brazil MLAT, art. 1(5).

31. Lyman, *supra*, at 288-289.

32. *Id.* at 290.

33. *U.S.* vs. *All Assets Held at Bank Julius Baer & Company, Ltd.*, U.S. District Court for D.C., C.A. n. 0409798 PLF/DAR, Memorandum Order and Opinion (Sept. 20, 2011); Judge Orders DOJ to Provide Details in Asset Forfeiture Case, *Blog of Legal Times*, Sept. 21, 2011.

to the funds, including the Russian OAO Gazprom and the liquidators of the defunct European Credit Bank in Antigua, have contested that claims of the U.S. prosecutors. They argue that the Justice Department has not adequately explained how the targeted funds are tied to Lazarenko's alleged crimes.

In June 2004, the U.S. government filed the forfeiture *in rem* case.

Lazarenko was prosecuted and convicted in the U.S. District Court in Northern District of California for crimes relating to his abuse of office. In 2009, he was sentenced.

Magistrate Judge Robinson characterized the Justice Department's responses to the demand for more information about specific criminal conduct as "vague and imprecise" references to an "extensive web of transactions to launder and commingle the proceeds",[34] and ordered the government to provide more detailed information the Justice Department obtained from foreign governments regarding certain bank accounts.[35]

The Justice Department subsequently filed an objection to Robinson's order and requested that it be vacated. The DOJ said the decision is broad, burdensome and will intrude on the confidential communication between the U.S. and foreign governments. The DOJ argues that Robinson's ruling will allow the claimants to continue a Afishing expedition into government communications. In addition, the DOJ said the judge's order ignores "the impracticality of being able to identify, much less describe, any communications during the course of twelve years of investigation and litigation by numerous government attorneys and law enforcement personnel".[36]

As of July 17, 2012, the discovery disputes are still unresolved. Because the dispute and the Magistrate Judge's order concerns issues other than the fact that third parties have no rights under the MLAT and because it is only a decision of a Magistrate Judge, the opinion has limited precedential value. Nevertheless, it shows the willingness of a court to override the prohibition in the MLAT for third parties to use the MLAT and also shows the recognition by the Magistrate Judge of the need to give claimants access to the information requested and received pursuant to the MLAT requests.

---

34. *U.S.* vs. *All Assets Held at Bank Julius Baer & Company, Ltd.*, U.S. District Court for D.C., C.A. n. 0409798 PLF/DAR, Memorandum Order and Opinion, *supra* at 8.

35. Judge Orders DOJ to Provide Details in Asset Forfeiture Case, *Blog of Legal Times*, Sept. 21, 2011.

36. EapenThampy, A $250 million pie the DOJ can't let go of, *Legal Times of Washington*, Oct. 10, 2011.

4.2.5 Abuse of MLAT by the requested State to start new investigation

A potential abuse of the MLAT is that the requested state, in implementing the MLAT on behalf of the requesting state, may use the evidence to start its own investigation in the requested state. For instance, in a case in which I am personally acquainted, the defendant in a foreign criminal case, was the subject of an MLAT request in the U.S.

After receiving a letter from an assistant U.S. attorney requesting his appearance to answer questions under oath in the nature of a deposition, he agreed to cooperate and appeared for the question and answer session concerning his role in filing false declarations about the valuation of luxury automobiles he expected from the U.S. to the foreign country. He appeared voluntarily because the foreign criminal case was at an advanced stage and he believed that his rights in the foreign case would be better protected if he appeared voluntarily.

Within several months of his testimony, a federal law enforcement agent contacted him about providing evidence concerning an investigation in the United States by the federal agency about the same matter (e.g., false declarations concerning the export of automobiles and related crimes) about which he gave evidence in the foreign case pursuant to the MLAT. Several months later the Assistant U.S. Attorney who worked with the federal agent threatened a grand jury indictment against the same individual for the same U.S. crimes (e.g., false declarations and money laundering) that were the subject of the MLAT on behalf of the foreign government.

Although the purpose of the MLAT is to assist a foreign government's criminal case, the MLAT does not expressly prohibit the requested case from using the same information it necessarily it obtains for the foreign government from starting its own criminal investigation. The use by a requested state of the very evidence it obtains for a foreign partner is facilitated because the defendant has no rights under the MLAT.[37]

4.2.6 Problem of abuse of MLAT by requesting State

You are consulting for a U.S. multinational that has acquired a company in Mexico. The acquisition agreement provides for an earn-out whereby the

37. The case was resolved through a settlement and hence it is not a reported case. Out of deference to the client's confidentiality, I am not providing more information about the case.

Mexican shareholders of the acquired company have a right to share in the profits of the acquired company for the next two years. However, the acquired company does not meet the earnings required to trigger their right to obtain the earn-out. They nevertheless have unsuccessful negotiations in an effort to secure the earn-out. As a result, they bring a criminal complaint against the U.S. multinational and some of its directors. They hire an aggressive lawyer in Mexico known for planting articles in the Mexican press. It works and the Mexican press publishes articles discussing the criminal investigation and that the Mexican government is requesting the help of the U.S. government. What if any action can you take as U.S. counsel in support of the U.S. multinational?

Assuming that the OIA will talk to counsel for the U.S. multinational and counsel can persuade OIA of the abusive request under the MLAT, the OIA may either not respond to the MLAT, finding a legal reason, or may inquire more of the requesting state (Mexico). In a case in which I was involved I was able to make persuasive arguments, partly because my counterpart counsel in Mexico were able to gain access to what should have been confidential information in the Office of the Procuradoria General de Justicia (the Mexican Attorney General's Office). In addition, the fact that I was able to send OIA the newspaper articles that the counsel for the aggrieved former shareholder of the U.S. multinational planted also helped to support my case that the PGR's request was politically motivated. The fact that normally the defendant has no right to complain about an MLAT request and that normally OIA does not like to engage with counsel for the defendant means that in many cases counsel for the defendant would not be able to effectively communicate and engage with OIA and the abusive requests would have been processed.

The potential for abusive requests illustrates why a neutral court should be involved in diligently processing requests after interested parties, especially the defendant are notified and can participate in the process.

4.2.7 Problems when a Court obtains evidence and then loses jurisdiction after obtaining information under the MLAT

Sometimes a court in a jurisdiction, such as Brazil, will conduct a criminal proceeding. The Brazilian Central Authority makes a request to the U.S. and receives bank documents. Subsequently, a Brazilian court may issue an opinion, granting the defendants' *habeas corpus* motion, holding that the Federal Justice Ministry and court conducting the criminal proceeding lacked territorial jurisdiction and ordering transfer of the case to another federal jurisdiction in Brazil.

It may be possible to obtain an expert opinion from a Brazilian lawyer that a consequence of the incompetence of the court due to lack of territorial jurisdiction is that the decisions taken by the court are null and void *ab initio*. In particular, his opinion underscores as its basis art. 567 of the Brazilian Code of Criminal Procedure:

"The competence of the Court annuls only its judicial rulings, requiring the case once the nullity is declared, to be transferred to a competent judge."

In view of the decision of the Federal Regional Court and its implications as discussed in the opinion, a U.S. attorney on behalf of the defendant can communicate to the U.S. Central Authority (OIA) and call to its attention and request the invocation of the provisions of arts. 3, 7 and 15 of the U.S.-Brazil MLAT to request a return of the documents furnished pursuant to the response of the U.S. C.A. to the MLAT request with respect to the investigations of the Brazil Federal Justice Ministry in the Brazilian state concerned.

Art. 7(1) of the MLAT authorizes the U.S. as the Requested State to request that Brazil not use any information or evidence obtained under the MLAT in any investigation, prosecution, or proceeding other than that described in the request without the prior consent of the U.S. C.A. The communication would observe that it is the practice of the U.S. C.A. and most requested states to condition the use of information supplied to use in the investigation for which assistance was requested. Art. 7(1) obligates the Brazilian C.A. to comply with the conditions.

Art. 7(2) of the MLAT authorizes the U.S. as the Requested State to request that Brazil use the information furnished only subject to terms and conditions it may specify. The communication would underscore that it is the practice of the U.S. C.A. and most requested states to condition the use of information supplied to use in the investigation for which assistance was requested. The communication would set forth that the investigation for which the assistance was requested B that of the Brazil Federal Justice Ministry in the Brazilian state that had jurisdiction B is terminated due to lack of jurisdiction and hence the Brazilian C.A. cannot meet the conditions the U.S. would have imposed.

Art. 3 of the MLAT allows the U.S. C.A. to deny assistance if the execution of the request would prejudice an essential interest of the U.S. or is not made in conformity with the Treaty. Because the MLAT contemplates providing requests in the context of "proceedings related to criminal matters" [art. 1(1)] and the proceedings that existed were invalid, it would violate the essential interests of the U.S. as the requested state if the U.S. does not act to restore the situation prior to the request in light of the lack of jurisdiction of the court ordering the request.

Pursuant to art. 15 the U.S. C.A. may require that the Brazilian C.A. return, as soon as possible, any documents, records, or items furnished to it in the execution of a request under this Treaty. The invocation of the rights of the U.S. C.A. to request return of the documents is especially appropriate since the investigation or proceeding for which the documents were requested has terminated.

If another Brazilian authority that has lawful jurisdiction decides to initiate an investigation, it is able to easily request assistance under the U.S.-Brazilian MLAT.

To safeguard the rights of the interested persons, especially the ones who may suffer prejudice from dissemination of documents and the discussion of the same by the media, which the communication could state is a frequent occurrence in Brazil, the U.S. attorney would respectfully request the U.S. C.A. exercise its power under art. 15 of the US-Brazil MLAT to request an immediate return of the documents.

4.2.8 Execution of the MLAT in Brazil

When Brazil responds to requests for public records or serving documents, the liaison will be directly between the U.S. and Brazil central authorities. However, if the request requires measures impinging on fundamental rights in Brazil, such as transferring of persons, bank records, searches and seizures or the evidence is for admission in a trial or similar proceeding, Brazilian law requires a court ruling prior to granting assistance. In addition, a request from the defense must go through a court. A problem is that Brazil has very limited domestic legislation (art. 783 of the Criminal Procedure Code) that regulates the granting and execution of MLAT requests in Brazil.[38]

If the defendant or a third person makes the request, it would likely be made by means of letters rogatory, since the MLAT states that the MLAT does not give rise to the use of MLATs by defendants or third parties. A letter rogatory request would go to the Superior Tribunal of Justice, which is a national court one level lower than the Brazil Supreme Court. In 2005, the latter court issued a resolution regulating the defendant's rights during the execution of these

38. Heloisa Estellita, Cross border enforcement: the role of prosecutors, regulators, and defense attorneys, *10th Annual International Litigation and Arbitration Conference* (Course n. 1387R), Florida Bar International Law Section CLE, Miami, Feb. 24, 2012, at 5; and conference with Pedro Gomes Periera, former DCRI official.

requests. Brazilian law requires that interested persons receive notice of the letters rogatory request, before or after its execution depending on the nature of the evidence to be obtained, the right to private or public counsel, the right to challenge the request but not the material content. Challenges must be limited to issues of sovereignty, jurisdiction, and essential interests etc. The President of the Court adjudicates the challenges. There exists a right to appeal against the granting of the execution of the request.[39]

If the request is made under the MLAT, it will often be sent to the Brazilian Competent Authority, that is the Attorney General, and then to a local prosecutor to make the request before a first instance judge. If the MLAT request involves a foreign court decision with a need to enforce it in Brazil, it must be sent to the STJ. (See AGRGCR n. 6, STJ). These requests may occur in cases concerning evidence gathering that in Brazil depend on judicial intervention, such as obtaining witness statements for trials, obtaining bank records, obtaining access to electronic and oral communications and conducting search and seizure of assets.

The deficiency of legislation has importance. The Superior Tribunal of Justice resolution constitutes an additional internal regulation of that Court and does not bind other judges who will deal with the requests. Brazilian law does not appear to require procedural due process, such as the STJ resolution, except on the limited points ofissues of sovereignty, jurisdiction, and essential interests etc. As a result, the target may not obtain notice of the request and hence a public defense attorney will not be appointed and participate. Hence, challenges will not normally be submitted against the request and, if they are, are limited to issues of sovereignty, jurisdiction, and essential interests etc.

---

39. *Id.* For additional discussion of the Brazilian jurisprudence when it receives letters rogatories in criminal matters, *see* Antenor Madruga, *O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional* (Brazil and the jurisprudence of the STF in the Middle Age of International Judicial Cooperation). In: Maíra Rocha Machado and Domingos Fernando Refinetti (eds.). *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça* (Money Laundering and Recovery of Assets: Brazil, Nigeria, the U.K. and Switzerland). São Paulo: Quatier Latin, 2006. p. 77-104, 2006; Maíra Rocha Machado, *Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobrequebra de sigilo em cartas rogatórias* (International Criminal Cooperation and Exchange of Bank Information: STF Decisions on Breaking Bank Secrecy in Letters Rogatory). In: Maíra Rocha Machado and Domingos Fernando Refinetti (eds.). *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça*. São Paulo: Quatier Latin, 2006. p. 99-115.

The judge handling the request will have no way to learn of the potential factual and legal problems surrounding a request because of the lack of notice and participation by interested persons, such as the defendant and third party. In any case, to the extent there are challenges, the judge can only review issues of sovereignty, jurisdiction, and essential interests etc.

An example of the lack or rights would concern a U.S. request for bank records of an individual or corporation. Since the Brazil Supreme Court has found that bank secrecy is a constitutional guaranty, a judge must make a ruling to lift it.[40] A judge must lift bank secrecy only based on well-founded elements of suspicion that a crime has been committed and a need exists for the measure to proceed with the investigation. However, if a Brazilian judge adjudicating the request is not aware of the potential problems surrounding the request, the judge will likely rubber stamp and approve the request, thereby depriving the interested parties of their notice to procedural due process.[41] In any event the Brazilian judge only has authority to determine whether the request respects legal and constitutional requirements of Brazil.

4.2.9 Court denials of MLAT request for abuse of process or similar reasons

Jurisprudence exists whereby courts have acted to try to ensure the rights of defendants and third parties to take advantage of MLATs.

a) British Columbia Tax Case

On July 5, 2002, the Supreme Court of British Columbia denied a U.S. request for assistance for records under the U.S.-Canadian Mutual Assistance in Criminal Matters due to a finding of abuse of process in connection with the efforts to obtain records in connection with alleged tax offenses. The decision was directed at perceived abuses by U.S. officials and their refusal to appear before the court and give testimony on their conduct. The case is useful for defense counsel and/or courts in denial requests when the requesting state has abused the process. The case illustrates the efforts of some courts to balance the need for assistance with respect for the law.[42]

b) Wang vs. Reno

---

40. Estellita, *supra*, citing STJ on the HC 92.726 (Dec. 13, 2007).

41. *Id.*

42. For background see *USA* vs. *Schneider*, 2202 BCSC 1014 (July 5, 2001); Bruce Zagaris, *British Columbia Court Denies U.S. MLAT Request Due to Abuse of Process*, 18 int'l enforcement l. rep. 422-24 (Oct. 2002).

The need for a neutral court to be able to oversee and exercise its supervisory powers in connection with evidence gathering abroad is shown by the case of *Wang* vs. *Reno*.[43] The Wang case exposed coercive practices employed in the Chinese criminal justice system with respect to a witness who was transferred to the U.S. to testify.[44] Wang was tortured by agents of the Chinese Ministry of Public Security (MPS) until he gave a false statement that the heroin at issue had originated in Hong Kong, and not the People's Republic of China. The U.S. Drug Enforcement Agency (Adea) officials knowingly ignored evidence on coercion. When he testified at a criminal trial in the U.S., the U.S. judge recognized Mr. Wang's predicament, found prosecutorial misconduct.[45] As a result, the court found that the prosecutorial conduct amounted to gross negligence that "shocked the conscience" and violated the witness' right to substantive due process.[46] Only through the MLAT, as opposed to the letters rogatory, does the court and Central Authorities have the mechanisms to properly ensure the integrity of the evidence gathering process.[47]

c) Recent Decision of U.S. Appellate Court in D.C. on Brazil Asset Freeze Request Under the MLAT

On July 16, 2010, the U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit handed a setback to the U.S. and Brazilian governments when it affirmed a lower court's order that U.S. courts can only freeze property after a foreign court has entered a forfeiture judgment and not before.[48]

---

43. *Wang* vs. *Reno*, 837 F. Supp. 1506, 1514 (N,D, Cal, 1993, *aff'd*, 81 F,3d 808.

44. *Id.* at 1511-1514.

45. *Id.* at 1551-58.

46. *Id.* at 1551.

47. *See* David Whedbee, *The Faint Shadow of the Sixth Amendment: Substantial Imbalance in Evidence-Gathering Capacity Abroad Under the U.S.-P.R.C. Mutual Legal Assistance Agreement in Criminal Matters*, 12 Pacific Rim Law & Policy J., 561, 562-63 (2003).

48. *United States* vs. *Opportunity Fund and Tiger Eye Investments, Ltd.*, U.S. Court of App. for the D.C. Cir., n. 09-5065, Memorandum Opinion, July 16, 2010 (hereafter Memo. Opin.). For a discussion of the decision see Kelly B. Kramer, *DC Circuit Places Limits on US Ability to Freeze Assets in International Cases*, 2 AssetRecoveryWatch.com, July 29, 2010. For the lower court opinions see *In Re Any and all funds or other assets in Brown Brothers Harriman & Co. Account #8870792 in the name of Tiger Eye Investments Ltd.*, U.S. District Court for the District of Columbia, C.A. n. 08mc0807. For a discussion of the District Court decision, see Bruce Zagaris, *Brazil Loses Restraining Order Against Opportunity Fund in Civil Asset Forfeiture Case*, 25 Int'l Enforcement Law Reporter 188 (May 2009); Bruce Zagaris, *Federal court ruling creates problems for mutual legal assistance cases*, AssetRecoveryWatch.com, May 6, 2009.

The Appellate Court's unanimous opinion underscored that the U.S. government claimed authority under 28 U.S.C. '2467(d)(3) to freeze a person's assets for a period that could be years, including the assets of U.S. citizens, (a) based only on a foreign official's allegation that the owner of the assets violated that country's law, (b) before any foreign court has decided whether the owner of the assets is actually guilty of a legal violation, and (c) without any right for the owner of the assets to obtain substantive judicial review in a U.S. court of the basis for the freeze order, even just for probable cause that the owner committed an offense.

d) Brazil Tries to Enforce Forfeiture Judgment After Congress Amends US Law

The Brazilian government has brought a new action to register and enforce a Brazilian forfeiture judgment in the U.S. in the aftermath of the amendments Congress has enacted to the U.S. asset forfeiture law.[49]

The enactment of the Preserving Foreign Criminal Assets for Forfeiture Act of 2010 in December 2010 superseded recent judicial decisions that limited the scope of 28 U.S.C. '2467(d)(3) to authorize the enforcement of only postjudgment restraining orders.[50] The amended provisions authorize the U.S. to seek, and a district Court to enter, a restraining order pursuant to section 2467(d)(3)(A) to preserve assets during the pendency of foreign forfeiture proceedings and prior to entry of a final judgment of forfeiture by deleting the phrase in the prior law "subject to a foreign forfeiture judgment".

The facts of the new case are that on February 12, 2008, Brazil sent an MLAT request to the U.S. requesting enforcement of ten restraining orders, issued by the 2nd and 4th Federal Criminal Courts of Paraná, to freeze and restrain U.S. based funds totaling approximately $12.1 million, which were

49. *See In re: Seizure of Approximately $12,116,153.16 and Accrued Interest in United States Currency et al.*, U.S. District Court for D.C., 1:08MC0261 (RMC).

50. *In re Any and All Funds or Other Assets, in Brown Bros. Harriman & Co. Account #8870782 in the Name of Tiger Eye Invs. Ltd.*, 613 F.3d 1122, 1124 (D.C. Cir. 2010) (ATiger Eye@), the D.C. Circuit Court of Appeals ruled Athat a U.S. court may freeze assets under section 2467(d)(3) only after a foreign court's forfeiture judgment@ (emphasis in original). The decision depended on the original language of section 2467(d)(3), enacted in 2001 as part of the Usa Patriot Act, stating that U.S. courts may issue temporary restraining orders to preserve property Asubject to a foreign forfeiture or confiscation judgment@ The D.C. Circuit's decision in Tiger Eye solidified the interpretation in this Circuit and other courts that section 2467(d)(3) authorized only postjudgment restraining orders.

seized from third bank accounts held at the Valley National Bank (Formerly Merchants Bank) in New York City in June 2002. The MLAT request arose from a Brazilian investigation into, and prosecution of, numerous Brazilian targets, including 23 Brazilian citizens and 10 companies named in the MLAT request.

The Brazilian investigation discovered that some Brazilian targets were "*doleiros*" who had established illegal accounts at Merchants Bank, and were receiving funds from known drug organizations. The Brazilian *doleiros* accepted funds from their cash customers in Brazil, and transmitted them to Maria Carolina Nolsaco, an official at the Madison Avenue branch of Merchants Bank. The Brazilian *doleiros* would request periodically that Nolasco release the dollars laundered into the Merchants accounts other accounts at the *doleiros*' clients' directions. All of the *doleiros* U.S. dollar accounts were established in the names of offshore companies of which it was nearly impossible to determine beneficial ownership. Nolsaco shifted credits from account to account in order to maintain sufficient balances to cover the requested transactions for each of the *doleiros*. The U.S. government alleges that these transactions were designed to create the appearance of legitimate commercial international activity with entities in the U.S. However, all of the companies holding the accounts were created in offshore jurisdictions, such as the British Virgin Islands or the Cayman Islands. Allegedly they had no legitimate commercial activities, formal headquarters, officers, or employees. They were created as vehicles to perpetrate the illicit laundering operations.

The U.S. government seeks an order to register, enforce and give full faith and credit, and effect, to the certified Brazilian forfeiture judgement in order to forfeit criminal proceeds in the amount of $475,607, contained in the Piedade Account at Valley National Bank. Piedade de Almeida ("Piedade"), one of the signatories of the Piedade Account, was convicted on June 10, 2008, on Brazilian charges of money laundering and operating an illegal financial institution. The conviction and sentencing decision ordered forfeiture to Brazil of the contents of the Piedade Account. On December 10, 2009, the Brazilian appellate court affirmed the convictions and forfeiture and they both became final under Brazilian law on April 26, 2010.

The interested property owners and intervenors argue that (1) granting the U.S. government's application would deprive the intervenors in this action of due process, (2) the 2010 Amendments to 28 U.S.C. '2467(d)(3) are not retroactive, and (3) that the U.S. government has failed to meet its burden of establishing that the intervenors have been charged with predicate offenses under Brazilian law warranting restraint.

The outcome of the case may impact any other cases in which property in the U.S. has been frozen on behalf of a foreign government seeking to restrain and forfeit assets in the U.S.[51]

e) U.S. District Court Gives Prosecutor Choice of Allowing Defense Counsel Use of MLAT or Dismissal

In one case in which I served as an expert witness, a U.S. District Judge, presiding over a prosecution of a Dutch ship that spilled oil off the Alaskan court, decided that the defendant crew and other workers on the cruise liner, could not receive a fair trial unless they had access to the mechanisms in the MLAT that would allow them, for instance, to take depositions. Even though the U.S. government recited the provisions of the U.S.-Dutch MLAT that restricts the use of the MLAT to the prosecution, the judge said, notwithstanding the express provisions of the MLAT, in his court the U.S. Constitution's right to due process and equality of arms took priority. He gave the prosecution a choice: either afford the defendants the right to use the mechanisms of the MLAT or he would dismiss the case immediately. Faced with that choice, the prosecution reluctantly agreed to allow the defendant the use of the MLAT. I helped to mediate between the defense and prosecution so that the court's order could be executed in a reasonable and effective way.

Unfortunately, the judge did not prepare a memorandum order and the only evidence of his ruling is the transcript of the ruling. As a result, few lawyers know about it and it does not serve as a jurisprudential landmark. I am not aware of many other precedents, so establishing rights for defendants and third parties to have access to MLATs in U.S. courts remains a difficult goal to achieve through litigation.

5. MINI-MLAT AND OTHER EVIDENCE-GATHERING EXERCISES

5.1 Mini-MLATs

In addition to the MLAT, most countries have concluded mini-MLATs in areas such as securities and commodities futures enforcement, anti-

51. *See* Mark Scarcella, *New tool fights foreign crime*, National L. J., Sept. 26, 2011, at 1, col. 1; for an article on one such case freezing assets on behalf of a foreign government after the enactment of Preserving Foreign Criminal Assets for Forfeiture Act (PFCAFA) of 2011, *see* Bruce Zagaris, *U.S. District Court Grants Restraining order Freezing $38 Million Tied to Alleged Illegal Gambling*, 27 Int'l Enforcement L. Rep. 972 (Nov. 2011).

trust enforcement cooperation, and tax enforcement cooperation (e.g., tax information exchange agreements and provisions within a bilateral income tax treaty and within the OECD/Council of Europe Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters).

Some of these mini-MLATs overlap with MLATs.

Since 1988, international criminal conventions have detailed provisions requiring states parties to provide various types of assistance to other states parties to carry out the purposes of the conventions. Examples are the 1988 U.N. Convention Against Illicit Trafficking in narcotic Drugs and Psychotropic Substances, the 2000 U.N. Convention Against Transnational Organized Crime, and the various anti-corruption conventions, such as the UN Convention against Corruption and the OECD, Council of Europe, and OAS conventions on anti-corruption.

5.2 Recent U.S. evidence gathering in tax cases and new initiatives

Recent U.S. evidence gathering in international tax cases has featured unilateral measures. In addition, the U.S. imposes pressure on foreign financial institutions to gather information from their depositors and report the same to the Internal Revenue Service in the event they find depositors who are U.S. taxpayers. The U.S. government takes the position that this information cannot be shared with its treaty partners.

On March 18, 2010, President Barack Obama signed new the Hiring Incentives to Restore Employment (Hire) Act[52] which includes many requirements for foreign banks to report and disclose accounts with U.S. owners. The new law will bring important changes not only for banks, but for the entities and their agents who handle international payments. Most importantly, the new law has, as a pay-for, the provisions of the Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca).

§ 511 imposes a 30 percent tax withholding on payments either to foreign banks and trusts that fail to identify U.S. accounts and their owners and assets to the IRS, or to foreign corporations that do not furnish the name, address, and tax identification number of any U.S. individual with (1) at least 10 percent ownership by vote or value of a foreign corporation, (2) interest in a partnership, or is treated as a grantor of a foreign trust, or holds more than 10% of the beneficial interest in a foreign trust. The foreign institution must agree to

52. Pub.L. n. 111-147; H.R. 2847.

annually report on the account balance, gross receipts, and gross withdrawals/ payments from such account. Foreign financial institutions must also agree to disclose and report foreign entities that have substantial U.S. owners.

The ability to avoid a withholding tax requires foreign financial institutions (FFIs) and non-financial foreign entities to identify and report information with respect to U.S. account holders and U.S. investors. Treasury and the IRS should be careful and sensitive to concerns that the reporting requirements be implemented in a way that does not violate the local (i.e., Brazil) laws to which FFIs and NFFEs are subject. Local laws on regulatory, privacy, information disclosure and other matters, some of which may impose criminal sanctions for the disclosure of information relating to persons that are investing in or doing business with the reporting entity, may prevent FFIs and NFFEs from identifying and reporting U.S. account holders and U.S. investors. Hence, FFIs or NFFEs, even if part of the same expanded affiliate group, may be subject to differing legal restrictions and requirements.[53] Foreign (i.e., Brazilian) banks and their affiliated groups will need to install hardware and software and invest in significant compliance resources to comply with Fatca. Fatca is a unilateral law.

A worrying lack of basic measures to protect taxpayers from abuse when governments exchange tax data has been highlighted in a new report by the Society of Trust and Estate Practitioners (Step), the worldwide professional body for those advising families on trust and estate planning. Step's report highlights the increasing risk that, as the Tiea network grows, countries with poor human rights records and weak data security will gain access to detailed personal financial data on individuals. This could leave law abiding taxpayers and their families vulnerable to issues such as threats from criminal gangs who have gained access to tax data.

Step has proposed a set of minimum standards that countries must meet before getting access to tax data from other countries, including minimum standards of good governance, basic data protection measures and a right of redress for taxpayers if things go wrong.

The Step report can be found at: [www.step.org/pdf/ste0635_Making%20 Tax%20Data%20Exchange%20Secure_web_AUGUST.pdf]. For more information see *Tax Advisers Warn of Increased Risk of Data Abuse as Tiea Network Expands*, 2010 *Worldwide Tax Daily* 14915 (Aug. 3, 2010).

53. ABA Section of Taxation Comments on Foreign Account Tax Compliance Offset Provisions of the Hire Act, P.L. 111-147, Aug. 16, 2010, at 11-12.

6. SUMMARY AND CONCLUSION

The MLAT is a powerful tool for gathering evidence abroad. As globalization increases, the inability of defendants and third parties to have access to this critical mechanisms will continue to create an untenable imbalance in the relative strengthen between prosecution and defense that would be intolerable in domestic prosecutions.

It remains for diplomats and legislators B in other words the executive and legislative branches B to lead the way to ensure equality of arms and due process, as well as its components, such as the use of the compulsory process to gather evidence in pursuit of the truth at trial. Yet, it seems to be unpopular politically at present to actually want to ensure fairness for all persons participating in criminal and related proceedings.

Until legislators and diplomats conclude MLATs and mini-MLATs that are fair, courts can play an important role in adjudicating cases that have equality of arms and due process by allowing defense counsel access to the MLATs on the same basis of governments. The difficulty is that some courts will be inclined to take a hands-off approach and decide not to create any rights or remedies at all, leaving decision-making entirely to the executive or legislative branches, while other courts will apply a more flexible standard that it will apply on case by case basis. It is unlikely for at least some years that enough decisions by appellate courts will reverse the prohibition in the MLATs against the use of the MLAT by defendants or third parties.[54]

Persons interested in helping ensure the proper balance between prosecutors and defense counsel in these cases may want to adopt resolutions for national and international bar associations, international human rights groups, and business groups. They then should use the resolutions to educate legislators, courts, and diplomats. They may want to use the resolutions to influence the legislatures when they are considering whether to approve MLATs for ratification or whether to insert reservations, understandings, and declarations. They may want to try to influence legislators to incorporate rights of defendants and other interested persons in national legislation.

In the meantime members of the bar may want to write scholarly articles, participate in international fora on the topic, and write op-ed pieces in national and regional media.

---

54. *See* the useful discussion of the role of the courts in resolving the prohibition of defendants and third parties using the MLAT in L. Song Richardson, *Convicting the Innocent in Transnational Criminal Cases: A Comparative Institutional Analysis Approach to the Problem*, 26 Berkeley J. of Int'l Law 62, 71-72 (2008).

In addition, business and trade associations should review MLAT policy as the International Chamber of Commerce is now doing.[55] In this regard, the ICC has recognized as a top priority the need for governments and the private sector both to establish a responsible balance of interests on law enforcement assistance requests, and to minimize situations where industry is in the middle of a conflict of laws between two countries. The ICC and other business groups should also focus on the need for their groups to have equal access to evidence in civil forfeiture and similar litigation. The business groups include the U.S. Chamber of Commerce, National Foreign Trade Council, and American Bankers Association in the U.S. and the Brazilian Institute of Business (Ibrademp) and the Federation of Brazilian Banks (Febraban) in Brazil.

Ultimately, unless governments recognize and develop MLATs and other enforcement agreements and regimes that are balanced, they risk losing the support of civil society and undermining the sustainability of such agreements and regimes.

Counsel may want to consider the appropriateness of bringing actions in international human rights tribunals, commissions, or similar international bodies.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas, de Carolina Yumi de Souza – *RBCCrim* 71/297;
- Do direito a provas defensórias no processo penal, de Renato de Oliveira Furtado – *RT* 676/277;
- O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional, de Antenor Madruga – *RBCCrim* 54/291; e
- O ônus da prova no processo penal, de João Batista Lopes – *RePro* 11/147.

---

55. International Chamber of Commerce, *ICC gathering assesses digital economy business priorities*, April 11, 2012 [www.iccwbo.org] (discussing the work of the ICC Task Force on Internet and Telecommunications, and how Eric Loeb, Vice-President, International External Affairs at AT&T, led discussions relating to the development of ICC policy recommendations on the modernization of Mutual Legal Assistance Treaties (MLAT)).

LA PROBLEMÁTICA INTERNACIONAL DE LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA

2

International issues on torture prevention

EMILIO GINÉS SANTIDRIÁN

Miembro del Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas. Miembro del Comité Europeo de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa hasta 2009. Presidente de la Federación de Asociaciones de Derechos Humanos de España. Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMEN: La *prohibición* absoluta de la *tortura* y de los tratos o penas inhumanas y degradantes en todas sus formas, es *ius cogens* internacional, inclusive en tiempo de guerra y otras emergencias nacionales e incorpora uno de los valores fundamentales de la *sociedad-democrática y* supone una conquista definitiva de la civilización. Decía Fiódor Dostoiévski "el grado de civilización de una sociedad puede ser juzgado al entrar en sus prisiones".

La tortura presenta un importante *desafío* moral, jurídico y político a pesar de ello, el recurso a la tortura ha continuado creciendo en lamentables proporciones dentro de estos últimos años, practicándose en más de cien países algunos de ellos con democracias consolidadas, donde la tortura existe porque la sociedad es *tolerante*.

ABSTRACT: The absolute prohibition of torture and inhuman and degrading treatment or punishment in all forms is international *ius cogens* even in times of war and other national emergencies, and it introduces one of the fundamental values of the democratic society and suggests one of civilization's definite conquests. Fiodor Dostoievsky said "the degree of civilization of a society can be judged when entering its prisons".

Torture presents an important moral, legal and political challenge despite that, the use of torture has continued to increase in regrettable proportions in the past years, taking place in more than a hundred countries, some of which have sound democracies, where torture exists because of a tolerant society.

PALABRAS CLAVE: Prohibición absoluta de la tortura - Sociedad democrática - Desafío moral, jurídico y político - Sociedad tolerante.

KEYWORDS: Absolute prohibition of torture - Democratic society - Moral - Legal and Political challenge - Tolerant society.

SUMARIO: 1. El significado de la prevención de la tortura - 2. El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, conocido como Opcat - 3. Los dos órganos que crea el protocolo opcional (Opcat): el Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas (SPT) y los Mecanismos Nacionales de Prevención (MNP) - 4. La creación y designación del Mecanismo Nacional de Prevención - 5. El trabajo compartido entre los órganos del sistema interamericano, el Subcomité de Prevención de la Tortura (SPT) y los mecanismos nacionales de prevención de la tortura - 6. Especial referencia a la prevención de la tortura en Brasil - 7. El Mecanismo Nacional de Prevención y los mecanismos estaduales en Brasil: 7.1 La autonomía del Mecanismo Nacional de Prevención (MNP) es fundamental para la prevención de la tortura en Brasil; 7.2 Los mecanismos estaduales de prevención de Brasil - 8. Conclusiones finales.

"Permanecer callado ante la tortura y los malos tratos constituye el delito del silencio".
"Silencio de los silenciados, de los amordazados. Silencio de la ignorancia. Terrible silencio. Pero más terrible, hasta ser delito, el silencio culpable de los silenciosos. De los que pudiendo hablar, callan. De los que sabiendo y debiendo hablar, no lo hacen".
Federico Mayor Zaragoza, 1994.

La tortura no es admisible y nunca está justificada, ni siquiera en guerras o situaciones de emergencia. La prohibición absoluta de la tortura es objeto de un total consenso internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 5.°, prescribe que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Si bien la Declaración Universal no es un tratado, "se la considera expresión del derecho internacional consuetudinario o sea 'de la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho' (...) [y] expresa un conjunto de obligaciones de los Estados con carácter *erga omnes*".[1]

El derecho internacional de los derechos humanos prohíbe, en todo tiempo y circunstancia, la tortura y consagra en términos absolutos el derecho a no

1. MATTAROLLO, Rodolfo. La jurisprudencia argentina reciente y crímenes de lesa humanidad. Impunidad, crimen de lesa humanidad y desaparición forzada. *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, n. 62-63, p. 13. Ginebra: CIJ, jul. 2001.

ser sometido a tortura. Tanto los tratados en el ámbito de las Naciones Unidas[2] como en los ámbitos regionales[3] consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser torturado.

Igualmente, numerosos instrumentos internacionales, a vocación declarativa,[4] consagran este derecho y/o reiteran esta prohibición.[5] La prohibición de la tortura también está establecida en los instrumentos del derecho internacional humanitario.[6]

---

2. Ver, entre otros: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, art. 7.°; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 2.°; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37; y Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, art. 10.
3. Ver, entre otros: Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, art. 5.°; Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, art. 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.°; Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura, arts. 1.° y 5.°; Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), art. 4.°; y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 3.°.
4. Ponencia presentada por el Secretario General Adjunto para Asuntos Jurídicos de la Comisión Internacional de Juristas, durante el Seminario sobre los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura. México/ Distrito Federal, noviembre de 2004. Federico Andreu-Guzmán.
5. Ver, entre otros: Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 6; Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, art. 5.°; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 87 (a); Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, art. 6.°; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), regla 17 y comentario; Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, art. 4. En el plano regional son de destacar las Líneas Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la Lucha Contra el Terrorismo, directriz IV.
6. Ver entre, otros: art. 3.° común a los Convenios de Ginebra; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), arts. 49, 52, 87(3), 89 y 97; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV); arts. 40, 51, 95, 96, 100 y 119; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.08.1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), art. 75 y Protocolo Adicional a los Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Protocolo II, art. 4.°.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura reafirma "que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos".

El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha recordado "que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 2.° de la Convención, en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna, orden de un superior o una autoridad pública o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura".[7] Igualmente, el comité ha precisado que "Aun consciente de las dificultades derivadas de la existencia de grupos terroristas (...) no se puede invocar ninguna circunstancia excepcional para justificar la tortura".[8-9]

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su art. 7.° atribuye como crímenes de lesa humanidad una serie de actos cuando "se cometa(n) como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque". Igualmente, el mismo Artículo dispone que "Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política". El Estatuto aporta, en su art. 7.° (2, *e*), la siguiente definición de tortura:

Por 'tortura' se entenderá: "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas".

En un régimen de libertades y democracia generalizada en Latinoamérica, resulta patético y escandaloso el tener que continuar hablando de la tortura en

7. Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Egipto, de 12.06.1994, A/49/44, § 89.

8. Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Argelia, de 18.11.1996, A/52/44.

9. Observaciones y recomendaciones del Comité contra la Tortura – Federación Rusa, documento de las Naciones Unidas CAT/C/XXVIII/Concl. 5, 16.05.2002, § 4.°.

la región. De nada sirven ratificar todos los convenios, pactos, protocolos etc. existentes en el orden internacional contra la tortura, mientras que la sociedad no perciba que esta situación es una amenaza contra todos sus miembros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que: "la *tortura* está estrictamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, 'lucha contra el terrorismo' y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas".[10]

El torturador no nace, sino se hace, se construye socialmente y hay determinadas relaciones sociales que favorecen su aparición. Un análisis serio de las causas de la tortura y de los malos tratos y, por lo tanto de las maneras de prevenir su incidencia, implica el conocimiento profundo del sistema donde se producen y del marco jurídico que lo rige, de manera que se puedan adoptar las medidas *pro-activas* y *reactivas* adecuadas.

A pesar de los indiscutibles progresos obtenidos, la práctica de la tortura, bien sea de forma sistemática o esporádica continúa siendo una constante incluso en Estados con democracias consolidadas.[11] El modelo constituido por una suma importante de normas internacionales y órganos de tratados, generados en el ámbito de las Naciones Unidas que provocaron reformas a las Constituciones locales, Códigos Penales y legislación procesal, han sido insuficientes. Las instituciones básicas del Estado de Derecho con responsabilidad en la materia, policiales, judiciales, fiscales, penitenciarias, han sido ineficaces para detener la aplicación de la tortura.

La sociedad es plenamente consciente de esta situación y no se pueden despachar las denuncias como un ruido molesto o el descrédito contra quienes, solo pretenden ayudar a la consolidación de las libertades. De nada sirven los tratados internacionales contra la tortura, los comités internaciones de control y prevención, si la sociedad no se revela clamorosamente, contra los tormentos y castigos, que en el siglo XVIII se consideraban elementos indispensables para el buen funcionamiento de la justicia y el mantenimiento del orden.

10. Sentencia de 08.07.2004, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, § 111. Ver, igualmente, Sentencia de 27.11.2003, *Caso Maritza Urrutia c Guatemala*, § 89; y Sentencia de 18.08.2000, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, § 95.

11. SANTIDRIÁN, Emilio Ginés. Tortura y terrorismo en Europa. Un binomio sin resolver. *Revista Tiempo de Paz*, n. 90. 2008.

Concepciones que en el Siglo de las Luces con Montesquieu, Rousseau y Voltaire, afortunadamente se consiguieron reformar y que Beccaria plasmó magistralmente en su condena jurídico-penal de la tortura, como contraria a la dignidad humana y su absoluta inutilidad para arrancar la verdad a los acusados. (...) "Es el medio seguro para absolver a los malvados vigorosos y condenar a los débiles inocentes" (...).

El anterior Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura, Manfred Nowak, decía: "(...) para poder luchar contra la tortura y los malos tratos, tenemos fundamentalmente necesidad de voces que se levanten para denunciar tales actos, para levantar el velo y arrojar el halo sobre su naturaleza odiosa, y para investigar a sus autores responsables (...)".

1. EL SIGNIFICADO DE LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA

La debilidad congénita de los mecanismos existentes para la lucha contra la tortura, hasta ahora, hacía necesario la creación de un sistema *preventivo* que pudiera actuar, no como reacción a la vulneración de la integridad personal, sino antes de que se consumara.

El término prevención, deriva del latín *praeventio*, que alude a la acción y efecto de adelantarse a una situación, si el peligro es probable, el riesgo está siempre presente. La prevención pretende anticiparse a los fenómenos negativos de un fenómeno particular.

La acción implícita de adelantarse o de anticipación, la capacidad de lectura previa, o *labor proactiva*, es diferente de la labor tradicional en derechos humanos, una labor esencialmente *reactiva*, en reacción a los hechos, que conlleva una denuncia de un caso, su documentación y aportación de pruebas y su tramitación ante un órgano jurisdiccional interno o ante un órgano internacional con tramitación y resoluciones cuasi jurisdiccionales y con muy escasas condenas de los responsables y a los Estados.

En primer lugar, es necesario entender la palabra prevención como parte de un concepto que significa la identificación de los problemas estructurales y de los riesgos, en este caso el riesgo de tortura y sufrir malos tratos, crueles, inhumanos y degradantes, problemas que se deben afrontar de forma integral y multidisciplinar. En un contexto más amplio, tomando en cuenta las situaciones de pobreza, la iniquidad y la marginación social, al igual que otros factores internacionales, nacionales, institucionales, interpersonales e individuales, que favorecen la tortura. De la misma manera, dada la interdependencia de los derechos humanos, es indispensable vincular los derechos de las personas vulnerables en situaciones de riesgo con otros derechos, libertad de expresión,

análisis transversal de la violencia de género, derechos de los pueblos indígenas, pobreza etc.

Cuando se habla del deber estatal de prevenir la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es frecuente que se equipare con la responsabilidad que tiene el Estado en la prevención de los delitos. Debe precisarse que, en el caso de la tortura, la responsabilidad de los Estados es mucho más grave y directa, en cuanto tienen, o debieran tener, el control sobre los centros de detención públicos y la actuación de sus agentes en los lugares de detención.

En segundo lugar, la prevención es la tarea más difícil para desarrollar soluciones reales a las violaciones de los derechos humanos, en particular la tortura, ya que implica combatir las causas y consecuentemente los efectos, no solo las reacciones *ex post facto*. La prevención de las causas que permiten la tortura, requiere un análisis en profundidad de los problemas institucionales, educativos y culturales.[12]

La prevención de la tortura, exige una labor multidisciplinar para poder llevar a cabo la creación de instituciones dotadas de expertos, con capacidad de intervenir en diferentes áreas: administrativas, educativas, judiciales, penitenciarias, forenses etc.[13]

2. El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, conocido como Opcat

Quince[14] años después de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, la Asamblea General aprobó el Protocolo Facultativo a dicha Convención. Este largo proceso de elaboración del Protocolo Facultativo,[15] estuvo caracterizado por la existencia de dos

12. *Preventing Torture. An Operational Guide for National Human Rights Institutions*. APT. APF. United Nation Human Rights. OHCHR: May 2010.
13. Los derechos humanos y las prisiones. Guía para el instructor en derechos humanos para funcionarios de prisiones. Nueva York/Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, 2005.
14. Disponible en: [www2.ohchr.org/english/law/cat-one.htm].
15. El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: un manual para su prevención. Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Asociación para la Prevención de la Tortura. 2004. p. 43 y ss.

concepciones opuestas sobre la esencia misma sobre el mecanismo que se quería instaurar. De un lado, un grupo de Estados se mostraba partidario de crear un sistema de visitas de carácter preventivo, similar al instaurado por el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y, otro, prefería limitar su alcance y su cometido.

Después surgieron igualmente controversias acerca de la necesidad, o no, de la creación de un mecanismo de control internacional más, con el inevitable solapamiento de los ya existentes. Finalmente se plantearon también razones de índole financiera, y sobre todo, acerca de la posibilidad de que las visitas se efectuaran a todos los centros de detención sin previa autorización.

La idea que subyace al Protocolo Facultativo,[16] es descartar completamente la perspectiva tradicional de la labor en derechos humanos, (recepción de quejas, comunicaciones o denuncias y tramitación ante un órgano de supervisión internacional, admisibilidad, procedimiento contra el Estado y eventual condena del Estado involucrado).

El rasgo más característico del Protocolo Facultativo, consiste en la prevención de la tortura y de las penas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, teniendo en cuenta que todos los sistemas de protección existentes hasta ahora, de ámbito universal, actuaban únicamente cuando el individuo había sido ya víctima de la tortura o tratos inhumanos o degradantes.[17] En este sentido, la experiencia ha demostrado también la conveniencia de detectar los casos de tortura en un primer estadio, puesto que resulta más difícil conseguir su erradicación, cuando ya se hubiera convertido en una práctica sistemática, enraizada en el trato otorgado a las personas privadas de libertad.

La entrada en vigor del Protocolo Opcional a la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, el 23.06.2006 y la creación del Subcomité de Prevención de la Tortura y de los Mecanismos Nacionales de Prevención, representan un gran avance, no solo en cuanto a la prevención de la tortura y otros tratos similares, sino también en la forma de concebir la actuación de los órganos de tratados de Naciones Unidas.[18] No sólo se estableció el Subcomité de Prevención de la

16. El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. Manual para su implementación. APT. San José/Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.

17. Trabajando con el Programa de las Naciones Unidas en el ámbito de los derechos humanos. Un manual para la sociedad civil. Nueva York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2008.

18. *Treaties*. UN. Org/pages/treaties.

Tortura (SPT) como mecanismo de visitas periódicas para prevenir la tortura y otras conductas prohibidas, sino que también se reconoció, la necesidad de crear organismos nacionales que contribuyeran al cumplimiento del objeto y fin del Protocolo,[19] los Mecanismos Nacionales de Prevención.

Este rasgo original de la obligación del Estado Parte de permitir las visitas del Subcomité de Prevención de la Tortura y de los Mecanismos Nacionales sin necesidad de autorización previa, exige no obstante, la necesidad de que el Subcomité notifique su programa de visitas anual a los Estados interesados, sin fijar la fecha, con el fin de que adopten las disposiciones necesarias para la realización de las mismas, sin que por ello, se queden desvirtuados sus objetivos de prevención.

3. LOS DOS ÓRGANOS QUE CREA EL PROTOCOLO OPCIONAL (OPCAT): EL SUBCOMITÉ DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS (SPT) Y LOS MECANISMOS NACIONALES DE PREVENCIÓN (MNP)

El[20] Subcomité de Prevención de la Tortura (SPT), entró en funcionamiento en febrero del 2007. Está compuesto por 25 miembros, todos de diferentes países, son elegidos por los Estados Parte que han ratificado el Protocolo, en este momento 63. La composición de sus miembros es multidisciplinar (juristas, psiquiatras, forenses, miembros de las fuerzas de seguridad etc.), con equilibrio de género, su mandato es de 4 años, renovable solamente una vez. Sus lenguas de trabajo son inglés, español, francés, árabe y ruso.

La creación del Subcomité de Prevención de la Tortura, implícitamente, reconoce que la labor de supervisión *ex post facto* realizada por la mayoría de los Comités de los órganos de Tratado de Naciones Unidas, no era suficiente para lograr los cambios necesarios en materia de derechos humanos, sino que era necesaria la intervención directa y periódica de un órgano internacional en los Estados Partes, mediante un sistema de visitas periódicas a todo lugar de detención, teniendo en cuenta los errores cometidos y los obstáculos encontrados por los órganos internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales, reforzando en especial, aspectos vinculados al no cumplimiento de las reiteradas recomendaciones, efectuadas por los órganos internacionales que han mermado la eficacia de los mismos.

19. UN anti-torture body to step up surprise visits to detention centres. Disponible en: [www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11515&LangID=E].

20. Disponible en: [www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/index.htm].

El papel del Subcomité de Prevención de la Tortura (SPT) desde su etapa fundacional, con todas las fortalezas, debilidades y oportunidades que ello conlleva, debe de ejercer sus funciones de modo equilibrado en relación a los siguientes tres núcleos conceptuales de su mandato: visitas, Mecanismos Nacionales de Prevención y la cooperación para la prevención de la tortura en general, que se recogen en el art. 11 del Protocolo Opcional (Opcat): *El mandato del Subcomité para la Prevención será el siguiente:*

a) "Visitar los lugares mencionados en el artículo 4 y hacer las recomendaciones a los Estados Partes en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes."

b) "Por lo que respecta a los Mecanismos Nacionales de Prevención:

I. Asesorar y ayudar a los Estados Partes, cuando sea necesario en la creación de sus mecanismos.

II. Mantener contacto directo, en caso necesario confidencial, con los mecanismos nacionales de prevención y ofrecerles formación y asistencia técnica con miras a fortalecer su capacidad.

III. Ayudar y asesorar a los mecanismos naciones de prevención en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a fortalecer la protección de personas privadas de libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

IV. Hacer recomendaciones y observaciones a los Estados Partes con miras a fortalecer la capacidad y el mandato de los mecanismos nacionales para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes."

c) "Cooperar para la prevención de la tortura en general con los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas así como con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales cuyo objeto sea fortalecer la protección de las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes."

Partiendo de estos tres ejes contenidos en el mandato, visitas, creación del Mecanismo Nacional de Prevención y la cooperación con el Estado Parte, se pone de manifiesto la diferencia con otros órganos internacionales de tratados, que llevan su trabajo a través del examen de los informes periódicos de los Estados, y algunos, además tramitan demandas individuales.[21]

21. Quel recours pour les victimes de la torture? *Guide sur les Mécanismes de Communications individuellles des organes de traités des Nations Unies*. Genève. 2007. Collection de Guides de l'OMCT, vol. 4.

La visita del Subcomité al Estado Parte, es solamente el primer paso del proceso de monitoreo preventivo. Al finalizar la visita, la delegación antes de abandonar el país, se reúne con las autoridades gubernamentales y formula unas recomendaciones inmediatas para atajar y denunciar las situaciones más graves, observadas durante la visita, seguidas de las observaciones preliminares que se presentan convocando a la representación oficial del Estado ante Naciones Unidas.

La información de primera mano recabada durante la visita, debe analizarse ante de ser incluida en el informe que se enviarán al Estado en el plazo de dos o tres meses, en el que se incluyen las recomendaciones, con el objeto de mejorar la situación en lugares donde se haya identificado problemas y deficiencias.

Las visitas no sólo comprenden los lugares físicos de detención, sino a las autoridades e instituciones. Sin esta visión de conjunto se hace más difícil identificar riesgos institucionales o incluso incentivos legales para la tortura, como es el valor que se da a las declaraciones sin garantías de los privados de libertad en instalaciones bajo el control de las fuerzas de seguridad, o el espacio de impunidad garantizado por las legislaciones, que protegen con el fuero de guerra la intervención de sus fuerzas armadas cuando éstas intervienen en tareas de seguridad pública. En este sentido los "lugares" de detención visitados por el Subcomité de Prevención de la Tortura, comprenden los sistemas judiciales e instituciones penitenciarias dentro de los cuales estos centros de detención funcionan. Una perspectiva así, favorece que el efecto preventivo de cada visita, no se constriña al limitado número de los establecimientos visitados, sino que se proyecte a las personas detenidas en condiciones similares en todo el país. Igualmente las visitas involucran entrevistas a ONGs y familiares de personas privadas de libertad.

El informe sobre la visita, conlleva un análisis, aportando datos concretos sobre las buenas prácticas, reformas normativas y legislativas y proposiciones de cambios estructurales, en sanidad, salubridad, legislativos, formación de funcionarios, jueces, etc. Estableciendo a partir de ese momento, un diálogo con el Gobierno y unos plazos para el cumplimiento de las recomendaciones. El informe es confidencial y es el Estado Parte el que faculta para su publicación, unido a las respuestas del Estado frente a los problemas y las soluciones a adoptar. El Gobierno de Brasil hizo público el pasado mes de junio el informe de la visita del Subcomité de Prevención de la Tortura efectuada en el mes de septiembre de 2011.[22]

22. Disponible en: [www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/spt_visits.htm].

Mientras que los órganos de tratados ordinarios, actúan de manera reactiva y, sufren en muchos casos la poca disponibilidad y colaboración de los Estados, para la resolución de los problemas relacionados con las libertades e integridad personal, el Subcomité de Prevención de la Tortura, es el órgano internacional de Naciones Unidas, más novedoso, destinado a dotar de efectividad la erradicación de la tortura, evita esa pasividad y lleva a cabo por sí mismo la evaluación del Estado en materia de prevención de la tortura y otras conductas prohibidas.

Las visitas que realiza el SPT tienen la función de legitimar el sistema de prevención, además de ser una toma de contacto con la realidad de los sitios de detención, y de las instituciones de cada país,[23] el SPT puede activar al Mecanismo Nacional de Prevención y a la Judicatura. Así mismo, avala, apoya y legitima el trabajo de la sociedad. El SPT ante el incumplimiento del Estado o las reticencias por parte de él en cumplir las recomendaciones, puede cobrarle al Estado un costo político tanto nacional como internacionalmente.

Hasta el momento el Subcomité de Prevención de la Tortura desde su entrada en funcionamiento en el 2007, ha realizado hasta la fecha 17 visitas: Mauricio, Maldivas, Suecia, Benín, México, Paraguay (2 la última de seguimiento), Honduras, Camboya, Líbano, Bolivia, Liberia, Ucrania, Brasil (del 19 al 30.09.2011), Mali, Argentina, Honduras (MNP). Estado previsto a lo largo del 2012 las visitas a Kirguizistán, Moldava, Gabón y Senegal.

4. La creación y designación del Mecanismo Nacional de Prevención

La creación de los Mecanismos Nacionales de Prevención (MNP), es todavía más revolucionaria.[24] Hasta antes del Protocolo Opcional de la Convención contra la Tortura, los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, no exigían la creación de órganos nacionales regulados por normas internacionales. De hecho, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esos tratados se entendía como dentro del ámbito discrecional de cada Estado.

Los Mecanismos Nacionales de Prevención, por el contrario, responden a una lógica internacional, pero establecidos de manera permanente en el territorio de los Estados Partes, son presencia y recordatorios constantes de las

23. Protocolo de Estambul: Pautas internacionales para la investigación y documentación de la tortura. Evidencia psicológica de tortura. *Guías para abogados y psicólogos 2004*. Denmark: International Rehabilitation Council for Torture Victims (IRCT), 2004.

24. *La Primacía del derecho internacional de los derechos humanos: su aplicación en España*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos/Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2012.

obligaciones asumidas y principalmente de la adopción de medidas idóneas para la prevención de la tortura y otros tratos similares.

Al año de la ratificación del Protocolo Opcional, el Estado Parte, adquiere la obligación internacional de crear el Mecanismo Nacional de Prevención, por ley mediante un procedimiento público, transparente e inclusivo en el que participe un grupo ampliamente representativo de las partes interesadas, en particular la sociedad civil. Este mismo proceso debe emplearse en la selección y nombramiento de los miembros del Mecanismo Nacional de Prevención, que deben ajustarse a criterios hechos públicos.[25]

Dependiendo de la división territorial de cada Estado Parte, este podrá designar uno o varios Mecanismos Nacionales independientes para la Prevención de la Tortura (art. 17 del Opcat), así sucede en Argentina, con un Mecanismo Nacional de Prevención y diferentes Mecanismos provinciales (Chaco, Río Negro, Mendoza, Salta, Buenos Aires, Santa Fe, Neuquen) y en Brasil el Mecanismo Nacional y los Mecanismos locales de Alagoas, Río de Janeiro y Paraíba, otros dos Estados en los que se está discutiendo la creación de un Mecanismo local son: Maranhão y Pernambuco.

El Estado, debe de garantizar la independencia del Mecanismo Nacional de Prevención y debe de velar porque su personal sea ampliamente representativo y dotarlo de los medios económicos para su funcionamiento eficaz e independiente. El Subcomité elaboró unas directrices relativas a los Mecanismos Nacionales de Prevención que contienen pautas sobre los procedimientos de selección de sus integrantes, atribuciones y garantías de independencia.[26]

Sin embargo, las visitas periódicas realizadas por el SPT y las visitas regulares de los Mecanismos Nacionales, no son suficientes para prevenir la tortura y los malos tratos, estos mecanismos internacionales, no deben de desplazar a otras piezas claves para la prevención de la tortura, los tratos inhumanos y degradantes y las conductas prohibidas, como son, los Defensores del Pueblo,[27] el control judicial, el acceso a la Justicia y el escrutinio público, sino que, por el contrario, deben fortalecerlas, sin olvidarnos que los órganos del Protocolo deben de preservar el principio del Derecho Internacional de

25. *Guía para el establecimiento y designación de Mecanismos Nacionales de Prevención*. Ginebra: Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), 2007. Disponible en: [www.apt.ch].

26. CAT/OP/12/5, 09.12.2010. Disponible en: [www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/mechanisms.htm].

27. Informe anual 2010. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Primer informe del MNP. Defensor del Pueblo de España.

los derechos humanos, que señala que éste es únicamente subsidiario a los esfuerzos nacionales.

La necesidad de fortalecer a otras piezas claves en la prevención de la tortura (jueces, fiscales, abogados, forenses, psiquiatras, cuerpos de seguridad, funcionarios de prisiones etc.) se ve reforzada, si se tienen en cuenta que sería imposible que solo por el buen funcionamiento de los dos órganos que crea el Protocolo,[28] el SPT y el MNP por si mismos se solucionaran los problemas de la prevención de tortura y malos tratos.

La conformación de las dos instancias de prevención creadas por el Opcat: el Subcomité de Prevención de la Tortura y los Mecanismos Nacionales de Prevención, deben garantizar su independencia, primeramente a través de los mecanismos de designación y remoción, respetando las reglas básicas de transparencia y adecuada elección, asegurando estabilidad y asignando recursos materiales y factores humanos, que garanticen un funcionamiento idóneo, para el fortalecimiento de la protección de los privados de libertad, frente a la tortura y los malos tratos.

El Mecanismo Nacional de Prevención, si bien funciona de forma permanente y tiene la posibilidad de llevar a cabo una supervisión regular de los centros de detención, entendiéndose como centro de detención: cualquier lugar en que una persona se encuentra privada de libertad, como lo define el art. 4.º del Protocolo Facultativo. No se limitarán a las celdas y calabozos de las comisarías, cárceles o centros penitenciarios, sino que se extenderán también a centros de detención preventiva, instalaciones para menores de edad, psiquiátricos, centro de detención administrativa o militar, igualmente serán objeto de las visitas, los centros de detención para inmigrantes, para solicitantes de asilo, las zonas de tránsito en los puertos o aeropuertos internacionales y lo que se ha puesto recientemente de manifiesto en Europa, como "lugares de detención no oficiales", donde se han demostrado los más graves abusos y atropellos.

El Mecanismo Nacional de Prevención, no se le puede considerar un órgano aislado en la prevención de la tortura. Mientras más instituciones e instrumentos claves de la sociedad se muevan en la misma dirección (judicatura, fiscalía, fuerzas de seguridad, abogacía, profesionales de la salud etc.) el Mecanismo Nacional tendrá más posibilidades de incidir positivamente en sus tareas de prevención frente al Estado.

El Mecanismo, no sólo debe formular recomendaciones en cuanto a la protección directa de las personas privadas de libertad, sino también aquellas

28. Luchar contra la tortura. Manual para Jueces y Fiscales. Conor Foley. Human Rights Centre. Universidad de Essex. 2004.

acciones necesarias para fortalecer a otros órganos y herramientas, que al igual, que él realicen funciones de prevención de la tortura.

El Mecanismo Nacional de Prevención, presenta la singularidad de que tratándose de una institución nacional, se ocupará, de supervisar una norma internacional, pues entra en su mandato el controlar la situación en los centros de detención, a la luz de los parámetros y estándares de protección contra la tortura, establecidos en el marco de Naciones Unidas, el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos y Cruz Roja.

Es importante, destacar que el funcionamiento del Mecanismo Nacional de Prevención, no se rige por el principio de confidencialidad, el art. 23 del Protocolo, al no ser una institución externa al Estado, sino una institución estatal, resulta comprensible la exclusión de la obligación de confidencialidad a la hora de presentar sus informes.

El art. 35 del Protocolo, reconoce a los miembros del Subcomité y de los Mecanismos Nacionales de Prevención, las prerrogativas e inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones.

La experiencia indica que persisten debilidades en los existentes mecanismos de visitas a los lugares de detención por distintas razones, entre los principales factores: escasez de factores humanos, de recursos materiales, falta de claridad de objetivos, de capacitación, superposiciones y lagunas en su funcionamiento.[29]

5. EL TRABAJO COMPARTIDO ENTRE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO, EL SUBCOMITÉ DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA (SPT) Y LOS MECANISMOS NACIONALES DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA

Uno de los aspectos más importantes previstos en el Protocolo Facultativo, es la relación de complementariedad que se da entre el órgano internacional – el Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas – y los órganos nacionales – los Mecanismos Nacionales de Prevención – puesto que se dispone la obligación de establecer un contacto directo entre ambos, intercambiando información y puntos de vista sobre la situación de las personas privadas de libertad.

29. Comité contra la Tortura 48.º período de sesiones. 7 de mayo a 1.º de junio de 2012. CAT/C48/3.
"Quinto informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes".

Igualmente, existe una relación de complementariedad con el Comité Europeo de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT), en principio se pensó como modelo de referencia para realizar las visitas, el establecido en el Convenio Europeo para Prevención de la Tortura, aprovechando los 23 años en que el CPT,[30] ha desarrollado su eficaz labor de inspección de los lugares de privación de libertad, en 47 países de Europa.[31] El SPT ha precisado que a pesar de las similitudes, el nuevo mecanismo está lejos de ser una copia del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura, precisamente por su fundamental función preventiva y no reactiva y por la creación de los MNP a nivel nacional, que han pasado a ser los interlocutores más importantes también del CPT y se han creado unas magníficas relaciones entre ambos mecanismos con programas comunes basados en los principios de cooperación y complementariedad. Igualmente existe una relación de complementariedad con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con encuentros permanentes de trabajo y el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos Mercosur.[32]

No podemos olvidar los importantes puntos comunes con el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, con el que existe una relación de cooperación pero no de jerarquía, siendo absolutamente independientes funcionalmente.

El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT), supone una importante fuente de información para el subcomité, a la hora de establecer el *briefing country* para las visitas al país de referencia, igualmente los informes del Subcomité de Prevención de la Tortura (SPT), son de gran ayuda para la labor de control ejercida por el CAT. El vínculo expreso entre los dos mecanismos se efectúa en el art. 16.3 del Protocolo, que dispone que el Subcomité presentará un informe público anual sobre sus actividades al CAT y el art. 10.3 que establece que el SPT deberá celebrar al menos una sesión anual simultáneamente con el CAT.

---

30. 20 ans de lute contre la torture. 19.° rapport général du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT). Editions du Conseil de l'Europe. Octobre 2009.

31. SANTIDRIÁN, Emilio Ginés. Los Derechos Humanos aquí y ahora. Obra colectiva. *La lucha contra la tortura en Europa*. Ministerio de Asuntos Exteriores Oficina de Derechos Humanos/Federación de Asociaciones de Derechos Humanos España. 2008. p. 15.

32. Aportes para la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en los países del Mercosur. Mercosur. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos. jun. 2012.

6. ESPECIAL REFERENCIA A LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA EN BRASIL

Diversos mecanismos de Naciones Unidas han declarado que el marco jurídico brasileño en el ámbito de la prevención de la tortura es, en gran medida, adecuado.[33] La definición de la tortura en el derecho interno, así como las salvaguardias jurídicas existentes contra la tortura y los malos tratos, así como los derechos de las personas privadas de libertad, son conformes en general con las normas internacionales.[34] Sin embargo, preocupa en Naciones Unidas el desfase observado entre el marco jurídico y su aplicación en la práctica, ya que existe un amplio desconocimiento de la mayoría de los derechos y las garantías consagrados en la legislación nacional. Como señaló el Relator Especial sobre la tortura tras su visita en 2001, muchas de las recomendaciones requerirían tan solo que las autoridades aplicasen la legislación brasileña,[35] de lo que se deduce que el actual marco institucional del Brasil no ofrece una protección suficiente contra la tortura y los malos tratos.

Así por ejemplo, actualmente el detenido puede estar hasta 3 meses sin la audiencia previa ante el juez que se encarga de decidir sobre su situación, desconociendo en muchos casos su situación procesal e incluso el motivo de la detención. Esta situación es inconstitucional y está en contradicción con las normas internacionales que aseguran que el detenido, debe de ser puesto a disposición judicial en un plazo razonable para garantizar la legalidad de la detención. En la práctica, esta situación contribuye a la perpetuación de ilegalidades como la tortura y abuso de autoridad.

Una posible solución es el PLS 554/2011 que modifica el § 1.º del art. 306 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo un período de 24 horas para que un detenido comparezca personalmente ante la autoridad judicial encargada de su detención. Esta presentación dentro de las 24 horas, servirá al juez, para comprobar que se han cumplido con los requisitos legales y asegurarse de que el acusado no fue torturado y, la entrevista entre el detenido

33. Concluding observations of the Committee against Torture on Brazil, A/56/44, §§115-120; Report on Brazil produced by the CAT under art. 20 of the Convention and reply from the Government of Brazil, CAT/C/39/2, § 37; Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child on Brazil, CRC/C/15/Add.241, § 5.º and 7.º, Report of Special Rapporteur on Torture, Sir Nigel Rodley, on his visit to Brazil, E/CN.4/2001/66/Add.2, § 161.

34. Tipificación de la Tortura en la Ley 9.455 de 07.04.1997 conforme a la definición de tortura de la Convención de Naciones Unidas.

35. Report of the Special Rapporteur, E/CN.4/2001/66/Add.2, § 168.

y su defensor, en la que el detenido, tendrá la oportunidad de informar sobre cómo se hizo el arresto, cualquier abuso de autoridad y otras violaciones de los derechos individuales que pueda haber sufrido.

Al final, el juez decidirá sobre la legalidad de la detención, la posibilidad de conceder la libertad o la sustitución de la pena de prisión por medidas cautelares alternativas a la prisión, según lo dispuesto en la reciente Ley 12.403 (aprobada en 2011).

7. EL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN Y LOS MECANISMOS ESTADUALES EN BRASIL

Según recoge el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos Mercosur en el documento de trabajo de junio de 2012: "Aportes para la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en los países de Mercosur":[36]

En Brasil, el 03.10.2011, el Poder Ejecutivo Nacional, presentó formalmente al Congreso un PL 2442/2011 para crear el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Esta iniciativa propone la creación de un Sistema Nacional de Prevención y Combate a la Tortura y estará formado por el Mecanismo Nacional de Prevención y Combate a la Tortura, el Comité Nacional de Prevención y Combate a la Tortura,[37] el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria y el Órgano del Ministerio de Justicia responsable del sistema

36. Aportes para la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en los países del Mercosur. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos Mercosur. Junio 2012.

37. "Art. 7.º O CNPCT será composto por vinte e três membros, escolhidos e designados pelo Presidente da República, sendo onze representantes de órgãos específicos do Poder Executivo Federal e doze representantes de organizações da sociedade civil e de conselhos de classes profissionais, cuja atuação esteja relacionada com a temática de que trata esta Lei.
(...)
§ 5.º Representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e da Defensoria Pública, e de outras instituições participarão do CNPCT na condição de convidados em caráter permanente, com direito a voz.
§ 6.º Poderão participar das reuniões do CNPCT, a convite de seu Presidente, e na qualidade de observadores, especialistas e representantes de instituições públicas ou privadas, que exerçam relevantes atividades no enfrentamento à tortura.
(...)
§ 8.º Ato do Poder Executivo disporá sobre a composição e o funcionamento do CNPCT."

Penitenciario Nacional, que es el Departamento Penitenciario Nacional. El Sistema Nacional para Prevención de la Tortura, además podrá estar integrado por los siguientes organismos que la ley enumera:

Comités o Mecanismos Estaduales de Prevención de la Tortura, órganos y jueces/juezas con competencia en ejecución de la pena, órganos del Ministerio de Justicia con actuación en el control externo de la actividad policial, Procuraduría de Infancia y Juventud o relacionadas a la ejecución penal, Defensorías Públicas de los entes federativos, Consejo de Comunidades y Consejos Penitenciarios estaduales, Comisiones de Derechos Humanos de las Legislaturas, Consejos Estaduales de Derechos Humanos y Organizaciones No Gubernamentales entre otras.

El Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura se insertará en el ámbito de la Secretaria de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, la que brindará apoyo técnico, administrativo y financiero. Estará compuesto 11 expertos(as)[38] serán nombrados(as) por el Poder Ejecutivo de la Nación – en cuyo proceso intervendrá el Comité Nacional de Prevención y Combate a la Tortura – con acuerdo del Senado. El proyecto de ley estable que la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, deberá de fomentar la creación de Mecanismos locales de Prevención de la Tortura, conforme a las características federales del país y en consonancia con las previsiones del Protocolo Facultativo.

7.1 La autonomía del Mecanismo Nacional de Prevención (MNP) es fundamental para la prevención de la tortura en Brasil

El texto del proyecto de ley estipula que la Presidencia de la República, tiene la tarea exclusiva de elección de los miembros del Comité Nacional

38. "Art. 8.º Fica criado o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT, órgão integrante da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, responsável pela prevenção e combate à tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, nos termos do art. 3.º do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgado pelo Dec. 6.085, de 19.04.2007.
§ 1.º O MNPCT será composto por 11 peritos, escolhidos pelo CNPCT entre pessoas com notório conhecimento, atuação e experiência na área de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, e nomeados pelo Presidente da República, para mandato fixo de três anos, permitida uma recondução."

de Prevención y Combate a la Tortura, lo que puede afectar a la verdadera autonomía e independencia del MNP. En consecuencia, sería necesario revisar el art. 7.º en el que se hace referencia a la participación de los representantes de la sociedad civil en el comité, los cuales deberían ser elegidos por sus propios compañeros, en un foro público.

La forma de elección de los miembros del mecanismo también necesita ser mejorada para proporcionar un procedimiento de selección pública de los miembros, con un proceso abierto, de manera transparente y trasversal (art. 8.º).

La autonomía de los órganos de lucha contra la tortura debe ser mejorada para garantizar la independencia y la autonomía de la Comisión y los miembros del Mecanismo Nacional de Lucha y Prevención de la Tortura. Es esencial que los miembros de los dos órganos, Comité y MNP, sean realmente independientes, para que puedan llevar a cabo realmente, la importante función de supervisión de los lugares de privación de libertad con el fin de prevenir y combatir la tortura.[39]

En el informe de la visita a Brasil del Subcomité de Prevención de la Tortura,[40] se recoge un recomendación específica al sistema propuesto en el proyecto actual, "(...) el Presidente del Brasil elegiría a los miembros del mecanismo nacional de prevención de una lista de candidatos elaborada por el Comité Nacional para la Prevención y la Erradicación de la Tortura, cuyos miembros son elegidos y nombrados, a su vez, por el Presidente. A este respecto, el Subcomité recuerda sus directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención que preconizan un proceso abierto, transparente e incluyente para la selección y el nombramiento de los miembros del Mecanismo Nacional de Prevención. Ese proceso debe hacer partícipe a una amplia gama de partes interesadas, incluida la sociedad civil, y ajustarse a unos criterios hechos públicos. Además, en el proyecto de ley no se indica que el mecanismo nacional de prevención debe aspirar a un equilibrio entre los géneros y una representación suficiente de los grupos étnicos y minoritarios en su composición, como requieren el art. 18 del Protocolo Facultativo y los Principios de París (...)".[41]

Entendemos que el texto actual del proyecto de ley debe ser mejorado durante el debate en el Congreso y este debate tiene que ser una prioridad, ya

39. The SPT guidelines on national preventive mechanisms, CAT/OP/12/5.

40. Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. CAT/OP/BRA/R.1, de 08.02.2012.

41. The Principles relating to the status of national institutions for the promotion and protection of human rights (the "Paris Principles"), annexed to General Assembly resolution 48/134.

que este proyecto de ley es la clave para garantizar los derechos humanos en los entornos de privación de libertad.

7.2 Los mecanismos estaduales de prevención de Brasil

Conforme a la división territorial del país de forma federal, los Estados brasileños han comenzado a crear mecanismos locales para la prevención de la tortura a nivel estatal.[42] Tres Estados disponen de leyes sobre el establecimiento del mecanismo local: Alagoas, Paraíba y Río de Janeiro. De los tres Estados, solo el último tiene un mecanismo en funcionamiento.

El primer Estado de Brasil en crear un Mecanismo Local de Prevención fue el Estado de Alagoas, cuya ley fue promulgada en diciembre de 2009.[43] Esta ley adopta un diseño similar al previsto a nivel nacional, ya que crea un Mecanismo Estadual para la Prevención y Combate de la Tortura e instituye un Comité Estadual para la Prevención y Combate de la Tortura, otorgando la elección de los candidatos al Gobernador de Alagoas.

El segundo Estado fue Río de Janeiro, en el que en el mes de junio de 2010, se promulgó la ley que crea el Mecanismo Local de Prevención y Combate de la Tortura.[44] La ley también establece dos organismos complementarios: un mecanismo con facultades para monitorear los lugares de detención y un Comité con facultades orientadas a políticas públicas. La ley dispone que el mecanismo estadual estará integrado por seis miembros, elegidos por el Presidente de la Asamblea Legislativa por cuatro años, con posibilidad de una reelección. El proceso de selección comenzará en el ámbito del comité, el que llevará a cabo un procedimiento público que posibilitará la interposición de impugnaciones. En abril de 2011, la Asamblea Legislativa del Estado de Río de Janeiro dio un nuevo paso en la implementación del mecanismo local, al disponer la creación de seis cargos públicos remunerados para integrar el mecanismo estadual. Ya se ha realizado el proceso para la selección de sus miembros.[45] El mecanismo se encuentra en funciones desde el mes de julio

42. Aportes para la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en los países del Mercosur. Documento de trabajo. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos. Mercosur. Buenos Aires. Junio 2012.

43. Ley 7.141 del Estado de Alagoas, publicada el 29.05.2009.

44. Ley 5.778 del Estado de Río de Janeiro, del 30.06.2010.

45. Disponible en: [www.apt.ch/index.php?option=com_k2&view=item&id=1041:election-of-the-members-ofthe-preventive-mechanism-of-the-state-of-rio-de-janeiro&Itemid=226&lang=es].

de 2011. El comité que también crea la ley estará compuesto por funcionarios del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial determinados por la propia norma y por representantes de organismos de la sociedad civil interesados en el tema de la tortura.

A diferencia de lo previsto a nivel nacional y en los Estados de Alagoas y Paraíba, el Mecanismo Estadual de Río de Janeiro dependerá administrativamente de la Asamblea Legislativa del Estado, quien tiene la potestad última de elegir su integración. En este caso, resulta muy favorable que sus miembros ya hayan sido seleccionados, mediante el procedimiento de audiencia pública, con posibilidad de impugnaciones y con la plena participación de la sociedad civil.

Para el Subcomité de Prevención de la Tortura, el Mecanismo de Prevención de Río de Janeiro se ajusta a los requisitos del Protocolo Facultativo y podría convertirse en un interlocutor fundamental para la prevención de la tortura. Sin embargo, su eficacia en estos momentos, se ve disminuida por la falta de recursos materiales.

El tercer Estado brasilero en aprobar una ley de implementación del Mecanismo de Prevención a nivel local fue el de Paraíba.[46] La reciente norma es prácticamente idéntica a las de Río de Janeiro y Alagoas, instituyendo un Mecanismo y un Comité Estadual para la Prevención y Combate a la Tortura. El mecanismo contará con tres miembros también elegidos por el Gobernador, a partir de listas confeccionadas en el ámbito del Comité.

Otros dos Estados en los que se está discutiendo la creación de un Mecanismo local son Maranhão y Pernambuco.

8. CONCLUSIONES FINALES

Como recogen los informes de las 17 visitas realizadas hasta ahora por el Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas (SPT), a los distintos países, en muchos casos prevalece la impunidad para los actos de tortura, como demuestran el hecho de que en general no se incoen procedimientos judiciales contra los autores, además de la persistencia de una cultura que acepta los abusos por parte de los funcionarios.

No es fácil hablar sobre la prevención de la tortura y no es fácil definir la prevención, ya que nos puede llevar a un laberinto sin salida, en este sentido en el SPT se aprende cada día, y se trata de buscar un método de trabajo para la prevención de la tortura, para ello se invita a la sociedad civil a trabajar

46. Ley 9.413 del Estado de Paraíba, publicada el 12.07.2011.

conjuntamente y a continuar participando en seminarios y debates como el organizado en Brasil por el IBCCRIM.

Insistiendo en que la prevención de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, no es solamente responsabilidad de los Órganos Internacionales de Control, la prevención es un trabajo con la sociedad civil y en este sentido, el Protocolo Opcional, ha permitido el diálogo con la sociedad civil y la construcción de redes, para una cooperación recíproca de ayuda y asesoramiento a los Estados Partes para la implementación de los Mecanismos Nacionales y formular recomendaciones estructurales y funcionales, sin descuidar los aspectos culturales o ideológicos subyacentes, inspiradores de estructuras y rutinas que permiten la tortura.

En el informe de la visita de Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas (SPT) a Brasil del 19 al 30.09.2011, ya hecho público, pudiéndose consultar[47] en el que se recoge textualmente:

"28. De la información recogida se desprende que los jueces raramente hacen preguntas acerca del trato dispensado a los detenidos durante la investigación. Los jueces deben mantenerse vigilantes para detectar señales de tortura y malos tratos y adoptar medidas para poner fin y remedio a esas situaciones."

"29. El Subcomité recomienda que se imponga a los jueces la obligación legal de preguntar a todos los detenidos por el trato que se les ha dispensado durante la investigación, registrar por escrito cualquier denuncia de tortura o malos tratos y ordenar un reconocimiento médico forense inmediato cuando haya motivos para creer que un detenido pudiera haber sido objeto de tortura o malos tratos."

Siguiendo esta recomendación el pasado 16 de agosto, el Tribunal de Justicia de Espíritu Santo, aprobó una resolución[48] en la que el Presidente del Tribunal el Magistrado Pedro Valls Feu Rosa, señala que la anterior Recomendación 29 del informe del Subcomité de la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, insta a los jueces a consultar siempre a los detenidos sobre el trato recibido durante las investigaciones y registrar por escrito cualquier denuncia de tortura o malos tratos. El Presidente del Tribunal hace hincapié en que los jueces tienen el deber legal de garantizar que la integridad de su profesión y la defensa de la justicia no se vena comprometidos por la continua tolerancia de la tortura y el papel de los jueces es garantizar que los acusados, los testigos y las víctimas sean tratadas adecuadamente y que las personas acusadas de haber cometido delitos, de recibir un juicio justo.

47. Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. CAT/OP/BRA/R.1, de 08.02.2012.

48. Res. 2012 do TJES, de 16.08.2012.

Estas iniciativas, como este Seminario Internacional del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, los debates a nivel nacional que se están propiciando, junto a los proyectos de ley nacionales y las leyes locales, permitirán un avance decidido para que en el menor plazo posible, contemos con importantísimas herramientas en la prevención de la tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos que aún padecen, en particular, las personas privadas de su libertad.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A convenção da ONU sobre a tortura, de João José Leal – *RT* 671/398;
- A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro, de Eduardo Luiz Santos Cabette – *RBCCrim* 59/287;
- A tortura como crime internacional, de Mário Coimbra – *RT* 799/461;
- O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura, de Fernando Salla e Marcos César Alvarez – *RBCCrim* 57/213; e
- Superior responsibility for acts of torture committed by subordinates under international criminal law. The case of U.S. Abuse against Iraqi prisoners, de Chantal Meloni – *RBCCrim* 70/9.

A PREVENÇÃO DO CRIME DE TORTURA NO CENÁRIO DO DIREITO INTERNACIONAL

3

Prevention of the crime of torture in the international legal framework

SYLVIA HELENA STEINER

Membro fundadora do IBCCRIM. Juíza do Tribunal Penal Internacional.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: O artigo discute as diversas previsões legais de tortura por distintos instrumentos convencionais, as interpretações dadas por distintos Tribunais Regionais de Direitos Humanos e Tribunais Penais Internacionais, e a necessidade de buscar-se uma definição e interpretação de consenso, a fim de evitar-se o esvaziamento do conceito de tortura como conduta a que se atribui um estigma especial em face de sua natureza de norma de *jus cogens*. O artigo busca demonstrar a necessidade de distinguir-se a tortura de outras formas de maus tratos, na medida em que a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Desumanos, Cruéis ou Degradantes, de 1984, prevê certas obrigações dos Estados apenas em relação ao crime de tortura. O artigo critica a definição de tortura como crime contra a humanidade tal como prevista no Estatuto de Roma, e defende a preservação do elemento referente à finalidade ou propósito da

ABSTRACT: The article discusses the diverse legal provisions related to torture contained in various international conventions, the differing interpretations of what constitutes torture made by a number of regional humans rights courts and international criminal courts, and the need to seek and ensure a common and consensual interpretation in order to avoid weakening the concept of torture as a crime bearing a unique and special stigma, the prohibition of which constitutes a *jus cogens* norm. The article seeks to demonstrate the need to clearly differentiate torture from other forms of ill-treatment, particularly given the obligations imposed on States under the United Nations Convention against Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of 1984 which apply exclusively in relation to torture. The article criticizes the definition of torture as a crime against humanity adopted by the drafters of

conduta, tal como definido na tipificação de tortura como crime de guerra pelo mesmo Estatuto, que espelha a definição convencional.

PALAVRAS-CHAVE: Tortura – Convenções contra a tortura – Uncat – Tortura e *jus cogens* – Tortura e maus tratos – Tortura e tratamento cruel – Tortura como crime de guerra – Tortura como crime contra a humanidade – Jurisprudência das Cortes Internacionais.

the Rome Statute, and defends the maintenance of the purposive element contained in the definition of torture as a war crime in the same Statute, which mirrors the definition given in the United Nations convention.

KEYWORDS: Torture – Conventions against torture – Uncat – Torture and *jus cogens* – Torture and ill treatment – Torture and cruel treatment – Torture as war crime – Torture as crime against humanity – Jurisprudence of International Courts.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Tortura como crime de guerra – Definições e interpretação jurisprudencial – 3. Tortura como crime contra a humanidade – 4. Razões que justificam a distinção entre tortura e outras formas de tratamento desumano, cruel ou degradante: 4.1 Problemas no sistema do Estatuto de Roma; 4.2 Problemas em distinguir as condutas com base somente na gravidade da lesão ou sofrimento; 4.3 Problemas relativos à aplicação da Uncat pelos Estados – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Convidada para participar deste importante seminário internacional[1] para falar sobre a problemática internacional da prevenção da tortura, vi-me inicialmente indecisa sobre como melhor enfrentar o tema.

Primeiramente, porque falar em *prevenção* da tortura poderia implicar restringir-me às referências sobre os mecanismos legais, de controle e de monitoramento, existentes tanto no plano do direito internacional chamado *universal* – ligado ao sistema das Nações Unidas, – quanto nos planos regionais, em especial dentro dos sistemas europeu, americano e africano de proteção de direitos fundamentais.

A segunda opção seria a de introduzir o tema da prevenção da tortura sob o prisma dos mecanismos de repressão existentes, para então dedicar-me um pouco mais ao exame da jurisprudência dos tribunais internacionais a respeito dos casos de tortura trazidos a julgamento diante de tais Cortes, na sua tarefa de interpretar e aplicar as normas de direito internacional que tipificam e punem a prática da tortura.

1. Palestra proferida no XVIII Seminário Internacional do IBCCRIM, realizado em São Paulo, em agosto de 2012.

Decidi por trazer à discussão a jurisprudência internacional sobre a aplicação dos dispositivos legais internacionais de punição da tortura, partindo do entendimento de que o direito internacional costumeiro e convencional, somado aos julgados das Cortes internacionais, têm um impacto direto na obrigação assumida pelos Estados de prevenir, erradicar e sancionar a tortura. Para tal fim, parte-se ainda da premissa de que essa obrigação dos Estados existe independentemente de serem estes signatários de quaisquer tratados internacionais, e que as normas de prevenção e punição da tortura são normas de *jus cogens*, inderrogáveis e oponíveis *erga omnes*.

Por uma mera questão de metodologia, o texto abordará, primeiramente, a tortura tal como definida no direito internacional humanitário e na jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais em matéria de crimes de guerra.

Em seguida, e já no campo do direito penal internacional, vou restringir-me à definição e à interpretação dada aos crimes de tortura e condutas assemelhadas, tal como vêm previstas no Estatuto de Roma e nos estatutos dos demais Tribunais Penais Internacionais. É no cenário dessas condutas que mais se verifica a interação interpretativa entre as cortes penais e as Cortes de Direitos Humanos.

Daí porque, num segundo momento, falar-se-á da tortura tal como definida no direito internacional dos direitos humanos, em especial as declarações e Convenções sobre Direitos Humanos, as duas Convenções – da ONU e Interamericana – que sancionam a tortura e outros tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes, e a interpretação que se lhes tem sido dada pela jurisprudência das Cortes regionais de Direitos Humanos.

Conclui-se pela necessária interação entre as Cortes Penais Internacionais que tratam da tortura e outros tratamentos assemelhados à tortura enquanto crimes de guerra e crimes contra a humanidade, e as Cortes regionais de direitos humanos, estas últimas consideradas como fonte necessária para a interpretação da norma penal assim como exigido pelo art. 21(3) do Estatuto de Roma, qual seja, a aplicação e interpretação da norma de forma consistente com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

2. TORTURA COMO CRIME DE GUERRA – DEFINIÇÕES E INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Creio ser necessário aludir, como introdução, ao direito internacional humanitário, sem dúvida o primeiro conjunto de normas consuetudinárias e convencionais proibitivas, entre outras condutas, da tortura ou quaisquer tratos desumanos ou cruéis.

A imposição de dar-se um *tratamento humano* aos prisioneiros de guerra já se impunha como direito costumeiro em meados do século XIX, quando veio

definitivamente normatizada nas Convenções da Haia de 1899 e 1907. A partir dos princípios de direito costumeiro somados às regras já preconizadas nessas Convenções, coube à recém criada Cruz Vermelha compilar e apresentar aos Estados um projeto de convenção especificamente destinado a regular o tratamento dos prisioneiros de guerra.

O texto converteu-se, em 1929, na primeira Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra. A Convenção ditava que "prisioneiros [de guerra] devem ser a todo tempo tratados de maneira humana e protegidos contra qualquer forma de violência, insultos ou curiosidade pública".[2]

Após as atrozes e reiteradas violações ao corpo de normas costumeiras e convencionais de direito internacional humanitário durante e após a segunda guerra mundial, foi convocada a Conferência Diplomática de Genebra em 1949, na qual adotou-se as quatro novas Convenções de Genebra. A Convenção de Genebra III expandiu e aperfeiçoou as normas de proteção dos direitos de prisioneiros de guerra,[3] sendo considerada a mais ampla e abrangente compilação normativa dentre as quatro Convenções.[4]

---

2. Nota: todos os textos normativos e citações doutrinárias e jurisprudenciais foram livremente traduzidos pela Autora para o português com objetivo simplesmente didático, para facilitar a compreensão do texto. Portanto, não podem ser considerados como traduções oficiais, e podem conter incorreções ou inconsistências em relação a outras traduções, oficiais ou não (N.A.).

3. Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949, art. 12: Prisioneiros de guerra estão em mãos da Potência inimiga, e não em mãos de indivíduos ou unidades militares que os tenham capturado. Independentemente da responsabilidade individual que possa existir, a Potência detentora é responsável pelo tratamento dado a eles (...).
Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949, art. 13: Prisioneiros de guerra devem ser tratados a todo tempo de forma humana. Qualquer ato ilegal ou omissão pela Potência detentora que possa causar a morte ou lesões sérias à saúde de um prisioneiro de guerra é proibido, e será considerado como uma violação grave à presente Convenção. Em especial, nenhum prisioneiro de guerra pode ser submetido à mutilação ou a experimentos científicos de qualquer espécie que não sejam justificados pelo médico, dentista ou hospital encarregado do tratamento do prisioneiro, e realizado em seu interesse. Da mesma maneira, prisioneiros de guerra devem a todo tempo ser protegidos em especial contra atos de violência ou intimidação e contra insultos e exposição à curiosidade pública. Medidas de represália contra prisioneiros de guerra são proibidas.
Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949, art. 14: Prisioneiros de guerra são titulares em quaisquer circunstâncias do direito ao respeito por suas pessoas e por sua honra. Mulheres deverão ser tratadas com

Vale lembrar também o art. 3 comum às quatro Convenções de Genebra, aplicável tanto em conflitos armados de caráter internacional ou não internacional, segundo o qual civis, pessoas que não estejam tomando parte em combates, pessoas fora de combate, prisioneiros, feridos serão em quaisquer circunstâncias tratados com humanidade. Por outro lado estabelece que atos de violência contra a vida, mutilação, tratamento cruel, tortura, ultrajes à dignidade, tratamento humilhante ou degradante, entre outras condutas, *são e permanecerão proibidos em qualquer momento e em qualquer lugar ou circunstância.*

Os dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1977, que tratam, respectivamente, da proteção das vítimas e pessoas protegidas em conflitos armados internacionais, e em conflitos armados de caráter não internacional, reproduzem o comando de inderrogabilidade dos direitos de proteção das vítimas de conflitos armados – em quaisquer circunstâncias, sejam elas combatentes ou não combatentes – contra qualquer forma de violência ou abuso, em especial atos que ponham em risco a vida ou a integridade física, atos de tortura, de mutilação e de tratamento cruel, desumano ou degradante.

No vasto campo do direito internacional humanitário, portanto, não há mais espaço para discussão sobre a natureza das normas de proteção dos prisioneiros de guerra e outras pessoas protegidas contra quaisquer formas de tortura ou maus tratos. São normas consagradas pelo direito consuetudinário, pelos tratados, já validadas e reconhecidas pelos Estados.

Devido à sua aplicação universal, são as normas de proteção do direito humanitário consideradas como normas de *jus cogens*, e aplicáveis *erga omnes*. Como normas de *jus cogens*, são inderrogáveis, e assim vêm consagradas nos termos do art. 60(5) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo o qual as provisões legais nele contidas, relativas à extinção ou suspensão de execução de um tratado, *não se aplicam às disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de direito humanitário, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra as pessoas protegidas por tais tratados*. Assim, estamos com o ilustre jurista e magistrado da Corte

---

o devido respeito pelo seu gênero e deverão, em quaisquer casos, beneficiar-se dos mesmos benefícios concedidos aos homens. Prisioneiros de guerra detêm a mesma capacidade civil que detinham ao tempo de sua captura. A Potência detentora não poderá restringir o exercício, dentro ou fora de seu território, dos direitos inerentes a essa capacidade, exceto aqueles inerentes à detenção.

4. FISHER, Horst. Protection of prisoners of war. In: FLECK, Dieter (ed.). *The handbook of International Humanitarian Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 368-369.

Internacional de Justiça, Prof. Cançado Trindade, quando reafirma que "(...) o artigo comum 1 às quatro Convenções de 1949, que reaperece no Protocolo I de 1977 (art. 1(1)), vem assim realçar o caráter universal de proteção do direito internacional humanitário, que cria para os Estados obrigações 'erga omnes'".[5]

Esse breve estudo não comporta uma análise mais complexa sobre o sentido e o alcance das normas de direito internacional reconhecidas como normas de *jus cogens*. Vou, portanto, apenas referir ao art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o qual expressa que "é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Dreito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela sociedade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza". É certo que estou entre os que entendem, como o ilustre internacionalista, o Prof. paulista André de Carvalho Ramos, que a imperatividade da norma de *jus cogens* é sua consequência, e não parte de sua definição.[6] Basta lembrarmos que há, mesmo no conjunto de normas de direito humanitário, um sem número de normas imperativas, obrigatórias, mas o que define uma norma como sendo de *jus cogens* é sua qualidade em não admitir derrogação, em nenhuma circunstância.

Portanto, nem todas as normas de direito humanitário, embora obrigatórias, são normas de *jus cogens*. Segundo o aclamado Prof. Éric David, um dos maiores especialistas em direito dos conflitos armados, é da excepcionalidade da situação de conflito armado que exsurge a consagração de um conjunto, um núcleo de normas protetivas que visam exatamente minimizar, atenuar a violência e evitar o recurso à barbárie. Não é por outro motivo que todas as convenções sobre direitos humanos fundamentais permitem, em caso de guerra ou de perigo público excepcional, a suspensão de muitos dos direitos nelas reconhecidos, mas sempre contém a exceção dos chamados *direitos inderrogáveis*. Daí, conclui, é esse núcleo de direitos inderrogáveis mesmo em situação de guerra, de conflitos armados de qualquer natureza, ou de perigo público excepcional, o que podemos chamar de *normas de* jus cogens. Relembra ainda o aclamado Autor que a guerra, ou qualquer conflito armado, é em si mesma

5. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 11.

6. CARVALHO RAMOS, André. Comentários ao artigo 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direito dos tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (1969). Belo Horizonte: Arraes Ed., 2011. p. 445-446.

uma violação de uma norma de *jus cogens*: a proibição do uso geral da força, da guerra de agressão. Assim, negar o caráter de *jus cogens* às normas de proteção aplicáveis durante uma situação de violação a outra norma de *jus cogens* levaria a um resultado manifestamente absurdo ou desarrazoado.[7]

Voltando agora às normas específicas de proteção das pessoas, nas situações de conflitos armados, contra a tortura e quaisquer tratamentos cruéis ou degradantes, pode-se dizer sem quaisquer dúvidas que (a) tratam-se de normas de *jus cogens*; (b) são normas imperativas de aplicação *erga omnes* – independentemente, portanto da reciprocidade; (c) são intangíveis, na medida em que a repetida referência que faz ao termo *em quaisquer circunstâncias* as fazem *mais fundamentais que outras obrigações;*[8] e (d) implicam a incriminação das condutas violatórias dessas obrigaçõs, na medida em que se impõe aos Estados não somente a obrigação de reparar, mas a obrigação de punir ou de fazer punir. A obrigação de punir ou fazer punir – *aut dedere aut judicare* – traduz os primeiros contornos do instituto da jurisdição universal.[9]

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, adotado na Conferência de Roma de 1998, e que entrou em vigor em 2002,[10] prevê em seu art. 8, que descreve os crimes de guerra, as condutas de tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas (8(2)(a)(ii)); o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à

7. DAVID, Éric. *Principes de droit des conflits armes*. Bruxelas: 3émè. Ed., 2002. p. 94.

8. Idem, p. 98.

9. Arts. 49, 50, 129 and 146 das quarto Convenções de Genebra de 1949: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949. Disponível em: [www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/365?OpenDocument]. Article 49; Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 August 1949. Disponível em: [www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/370?OpenDocument]. Article 50; Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949. Disponível em: [www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/375?OpenDocument]. Article 129; and Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949. Disponível em: [www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/380]. Article 146.

10. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Ratificado pelo Brasil, aprovado pelo Congresso, e promulgado pelo Dec. 4.388/2002. As referências restringem-se às definições de condutas consideradas de tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes definidas como crimes de guerra, tal como descritas no art. 8 do Estatuto. Adiante, voltaremos à descrição das condutas de tortura ou equiparadas à tortura tal como descritas na seção relativa aos crimes contra a humanidade (art. 7 do Estatuto).

saúde (8(2)(a)(iii)); ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes (8(2)(a)(xxi)); cometer atos de estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, tal como definida na alínea *f* do § 2.º do art. 7, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra (8(2)(a)(xxii)). Essas condutas são descritas como crimes de guerra praticados em conflitos armados internacionais.

No rol de crimes de guerra perpetrados em conflitos armados de caráter não internacional, o Estatuto de Roma elenca os atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura (8(2)(c)(i)); ultraje à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes (8(2)(c))(ii); cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do art. 3 comum às quatro Convenções de Genebra (8(2)e)(vi)); cometer ultrajes contra a dignidade pessoal, em particular inflingindo tratamento humilhante e degradante (8(2)(b) xxi) e (c)(ii)).[11]

É importante chamar à atenção o fato de que, no conjunto de normas de direito humanitário – e aqui se incluem, a meu ver, as normas de tipificação de tortura como crime de guerra no Estatuto de Roma, não se exige, a contrário da Convenção contra a Tortura e Outras Formas de Tratamento Desumano, Cruel ou Degradante (a seguir, Uncat), de 1984, a qualidade de ser o autor um agente estatal, nem que o crime seja praticado sob a instigação ou com a com-

11. Apesar da reconhecida diferença entre as condutas consideradas tipicamente como *tortura* ou tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes, e as definidas como crimes sexuais, resolvi incluir as últimas no mesmo rol descritivo, uma vez que há precedentes na jurisprudência internacional que qualificam a alguns atos de violência sexual como *tortura*. A exemplo, ICTR, *Prosecutor* v. *Akayesu, Case No. ICTR-96-4*, Trial Chamber, 02.09.1998, parágrafo 596/598 e 686/688: "Assim como a tortura, o estupro é usado para propósitos tais como intimidar, degradar, humilhar, discriminar, punir, controlar ou destruir uma pessoa. Como tortura, estupro é uma violação da dignidade pessoal, e estupro de fato constitui tortura quando praticado por ou com a aquiescência ou consentimento de um funcionário público ou outra pessoa atuando em uma função oficial. (...)". No caso ICTR, *Prosecutor* v. *Semanza, Case No. ICTR-97-20-T*, Trial Chamber, 15.05.2003, entendeu-se que para qualificar-se o estupro como tortura enquanto crime contra a humanidade, a exigência da *capacidade oficial* do perpetrador, derivada dos termos da Convenção contra a Tortura de 1984, não é um requisito do tipo penal.

placência de agentes estatais. Qualquer pessoa envolvida no conflito armado, seja este internacional ou de caráter não internacional, comete um crime de tortura se tal ato é perpetrado contra pessoas protegidas, nos termos das Convenções Genebra.[12]

Semelhantes são os elementos inerentes à definição da conduta definida como crime de guerra de tortura e o de *tratamento desumano*, neste último apenas se eliminando a finalidade específica prevista para o crime de tortura. O elemento de *severidade* da dor ou sofrimento físico ou mental que se inflige à pessoa ou pessoas protegidas é o mesmo.[13]

De outro lado, o crime de guerra previsto no art. 8(2)(a)(iii) – o ato de causar intencionalmente grande dor ou sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde, tem como elementos diferenciadores em relação ao crime de tratamento desumano a adjetivação, já que ao último se atribui a causação de sofrimeto *agudo* ou *severo*, enquanto que a conduta descrita no referido artigo refere à causação de dor ou sofrimento *graves*. Os elementos do crime referem-se, mais especificamente, à *grande sofrimento ou dor física ou mental, ou lesões sérias à saúde ou ao corpo*.[14]

---

12. Nos termos dos Elementos dos Crimes – anexo ao Estatuto de Roma – os elementos do crime de tortura enquanto crime de guerra são: 1) O agente inflige em uma ou mais pessoas atos que causam dor ou sofrimentos agudos, mentais ou físicos; 2) O agente inflige a dor ou sofrimento para o fim de obter informação ou confissão, para punir, para intimidar ou coagir, ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer natureza; 3) a pessoa ou pessoas são pessoas protegidas nos termos de qualquer das Convenções de Genebra; 4) o agente está ciente das circunstâncias pessoais que conferem à pessoa ou pessoas o *status* de protegidas; 5) a conduta teve lugar durante um conflito armado e está associada ao conflito; 6) o agente está ciente das circunstâncias de fato que estabelecem a existência de um conflito armado.

13. Na versão oficial em inglês, "the perpetrator inflicted severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons"; na versão oficial em francês, "l'auteur a infligé à une ou plusiers personnes une douleur ou des souffrances aigües, physiques ou mentales; na versão oficial em espanhol, que el autor haya inflingido grandes dolores o sufrimientos fisicos o mentales a una o más personas. Os Elementos dos crimes não foram ainda traduzidos para o português.

14. Na versão oficial em inglês, "great physical or mental pain or suffering to, or serious injury to body or health of, one or more persons. Na versão oficial em francês, "l'auteur a cause une douleur ou des souffrances aigües, physiques ou mentales, ou a porté gravement atteinte à l'integrité physique ou à la santé d'une ou plusieurs personnes; na versão oficial em espanhol, que el autor ha infligido grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales o haya atentado gravemente contra la integridad física o la salud de una o más personas.

Como veremos adiante, os Tribunais Penais Internacionais vêm se esforçando por interpretar, de uma maneira a mais clara possível, as distinções entre as condutas de *tortura*, *tratamento desumano* e outras formas de tratamento que põem em risco a integridade física ou mental em razão da severidade, ou da gravidade, ou da intensidade da dor ou sofrimentos causados à vítima. Recorro uma vez mais às lições do emérito Prof. Éric David, na medida em que este confirma a impossibilidade de se definir com precisão os critérios que diferenciem a tortura, o tratamento desumano e os tratamentos que causam sofrimento ou dor intensas, ou graves, ou sérias, e tratamentos degradantes, em função somente de um ou outro elemento. Confirma, assim, que a diferenciação pode exsurgir da *gravidade do mal infligido à vítima, sua idade, seu gênero, seu estado de saúde.*[15]

O Tribunal Penal Internacional para a extinta Yugoslavia (a seguir, ICTY), a exemplo, no caso *Celibici,* entendeu que o tratamento desumano implica infligir-se sofrimentos graves, físicos ou mentais, mas não de gravidade intensa a ponto de configurar tortura. No mesmo caso, equiparou o tratamento cruel ao tratamento desumano. Já o atentado à integridade física ou mental poderia depender do risco de causar-se alguma forma de incapacidade à vítima.[16] O Tribunal Penal Internacional para Ruanda (a seguir, ICTR), no caso *Ntagerura, Bagambiki and Imanishimwe,* concluiu que o tratamento cruel seria o tratamento que causa severo sofrimento físico ou mental, muito próximos à tortura.[17] Antes, porém, já havia assentado o entendimento de que sofrimentos físicos ou mentais graves ou severos têm que ser determinados caso a caso, utilizando-se inclusive o bom senso para diferenciá-los.[18]

A jurisprudência desses tribunais *ad hoc,* portanto, ainda se vê às voltas com a escolha da melhor definição das diversas condutas que, num primeiro momento, parecem idênticas.

Assim, e apenas a título de exemplo, vê-se o crime de tortura definido na forma da Uncat como sendo o "Ato pelo qual dor ou sofrimento severo, tanto

15. DAVID, Éric. Op. cit., p. 682.

16. ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al., Case No. IT-96-21-T,* Trial Chamber, 16.11.1998, (também conhecido como caso Čelebići) parágrafos 506, 508/511, 544, 552-558, entre outros.

17. ICTR, *Prosecutor v. Ntagerura, Bagambiki, and Imanishimwe, Case No. ICTR-99-46-T,* Trial Chamber, 25.02.2004, parágrafo 765.

18. ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T,* Trial Chamber, 21.05.1999, parágrafos 108-113.

físico como mental, são infligidos a alguém"[19] ou "A dor e o sofrimento infligidos através de atos de tortura são mais severos que a dor ou sofrimento infligidos por outras formas de maus tratos ou tratamento cruel".[20] O crime de *causar grande sofrimento físico ou lesões sérias à integridade física ou mental* veio definido como "Um ato que causa sofrimento ou lesões sérias, sejam físicas ou mentais. Não necessita o elemento específico de finalidade exigidos para o crime de tortura. Não pode ser somente um ataque à dignidade da pessoa humana",[21] e que "Não depende do elemento 'finalidade' requerido para qualificar a tortura".[22] Também, "Não se confunde com o simples ato de ofender a dignidade humana".[23]

O crime de *tratamento desumano* aparece na jurisprudência – e sempre aqui apenas citamos alguns precedentes a título de ilustração, como sendo "Um ato ou omissão intencional [...] que causa sérios danos mentais ou sofrimento ou lesões físicas ou que constitui um sério ataque à dignidade humana".[24]

---

19. United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Article 1; Adotado pelo ICTY como norma costumeira internacional, ou costume internacional, nos seguintes casos, entre outros: ICTY, *Prosecutor v. Brđanin, Case No. IT-99-36-A*, Appeals Chamber, 03.04.2007, parágrafo 246; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić et al., Case No. IT-98-34-A*, Appeals Chamber, 03.05.2006, parágrafo 299; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al. Case No. IT-96-23& IT-96-23/1-A*, Appeals Chamber, 12.06.2002, parágrafos 146 and 149; ICTY, *Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-A*, Appeals Chamber, 21 de julho de 2000, parágrafo 111; ICTR, *Prosecutor v. Ntagerura, Bagambiki, and Imanishimwe, Case No. ICTR-99-46-T*, Trial Chamber, 25.02.2004, parágrafo 703; ICTR, *Prosecutor* v. *Musema, Case No. ICTR-96-13-A*, Trial Chamber, 27.01.2000, parágrafo 285; ICTR *Prosecutor* v. *Semanza, Case No. ICTR-97-20-T*, Trial Chamber, 15.05.2003, parágrafo 343; and ICTR, *Prosecutor* v. *Akayesu, Case No.* ICTR-96-4, Trial Chamber, 02.09.1998, parágrafos 593 to 595.

20. ICTY, *Prosecutor v. Martic, Case No. IT-95-11-T*, Trial Chamber, 08.10.2008, parágrafo 75; ICTY, *Prosecutor* v. *Brđanin, Case No. IT-99-36-T*, Trial Chamber, 01.09.2004, parágrafo 483. Ver também ICTY, *Prosecutor* v. *Delalić et al., Case No. IT-96-21-T*, Trial Chamber, 16.11.1998, parágrafo 468.

21. ICTY, *Prosecutor* v. *Delalić et al., Case No. IT-96-21-T*, Trial Chamber, 16.11.1998, parágrafo 511.

22. ICTY, *Prosecutor* v. *Delalić et al., idem.*

23. ICTY, *Prosecutor* v. *Kordić and Čerkez, Case No. IT-95-14/2-T*, Trial Chamber, 26.02.2001, parágrafo 245.

24. ICTY, *Prosecutor* v. *Delalić et al., Case No. IT-96-21-T*, Trial Chamber, 16.11.1998, parágrafo 543; ICTY, *Prosecutor* v. *Kordić and Čerkez, Case No. IT-95-14/2-T*, Trial Chamber, 26.02.2001, parágrafo 256.

Igualmente, como sendo um "Tratamento que deliberadamente causa sério sofrimento físico ou mental, e que se aproxima do sofrimento físico ou mental severo requerido pela conduta de tortura."[25]

O crime de *tratamento cruel* já veio interpretado como "Um ato ou omissão que causa sério sofrimento físico ou mental ou lesões, ou que constitua um ataque à dignidade humana".[26] Igualmente, entendeu-se que "Tratamento cruel é o tratamento que causa sério sofrimento físico ou mental, incluindo aquele que se aproxima do sofrimento físico ou mental severo requerido para concluir-se pela existência de tortura."[27]

Ainda no intuito de fornecer alguns exemplos de como as diversas condutas vêm sendo tratadas pelos Tribunais Penais Internacionais, vale mencionar a conduta tipificada como outros atos desumanos que, apesar da extrema amplitude da definição – a ensejar inclusive dúvidas sobre a cumprimento da exigência da legalidade estrita –, já encontra algum respaldo na jurisprudência internacional. Vê-se que *outros atos desumanos* podem ser qualificados como "Lesões sérias, físicas ou mentais. Para estabelecer-se a intenção do agente, a vítima necessita ter sofrido 'sérias lesões físicas ou mentais'".[28] Ou como atos que causem um "Sofrimento físico ou mental sério, ou um sério ataque à dignidade pessoal".[29] Em linhas mais gerais, entende-se que "Os atos necessitam ser similares em gravidade aos atos previstos no art. 3 e necessitam haver causado sofrimento ou lesões, físicas ou mentais, ou constituir um sério ataque à dignidade humana".[30]

---

25. ICTY, *Prosecutor* v. *Delalić et al., Case No. IT-96-21-T*, Trial Chamber, 16.11.1998, parágrafo 542.

26. ICTY, *Prosecutor* v. *Haradinaj et al., Case No. IT-04-84-A*, Appeals Chamber, 19.07.2010, parágrafo 94; ICTY, *Prosecutor* v. *Blaškić, Case No. IT-95-14-A*, Appeals Chamber, 29.07.2004, parágrafo 595; ICTY, *Prosecutor* v. *Delalić et al., Case No. IT-96-21-A*, Appeals Chamber, 20.02.2001, parágrafo 424; ICTY, *Prosecutor* v. *Gotovina, Case No. IT-06-90-T*, Trial Chamber, 15.04.2011, parágrafo 1791; ICTR, *Prosecutor* v. *Ntagerura, Bagambiki, and Imanishimwe, Case No. ICTR-99-46-T*, Trial Chamber, 25.02.2004, parágrafo 765.

27. ICTR, *Prosecutor* v. *Ntagerura, Bagambiki, and Imanishimwe, Case No. ICTR-99-46-T*, Trial Chamber, 25.02.2004, parágrafo 765.

28. ICTY, *Prosecutor* v. *Kordić and Čerkez, Case No. IT-95-14/2-A*, Appeals Chamber, 17.12.2004, parágrafo 117.

29. ICTR, *Prosecutor* v. *Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A*, Trial Chamber, 07.06.2001, parágrafo 490.

30. ICTR, *Prosecutor* v. *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva, Case No. ICTR-98-41-T*, Trial Chamber, 18.12.2008, parágrafo 2218.

Por fim, vale a referência às condutas qualificadas como ultrajes contra a dignidade pessoal. Segundo a jurisprudência, "O crime de ultraje à dignidade pessoal consiste em [...] um ato ou omissão o qual, sob o ponto de vista objetivo, cause humilhações severas ou degradação, ou de qualquer forma consista em um ataque sério à dignidade humana".[31] Estabelece a jurisprudência que "O ato necessita haver causado humilhações sérias ou degradação à vítima. Não é necessário que o ato atinja diretamente o bem estar físico ou mental da vítima. É suficiente que o ato cause sofrimento real e duradouro ao indivíduo, como consequência da humilhação ou rídiculo a que foi exposta. O nível de sofrimento sofrido pela vítima obviamente depende de seu temperamento".[32] Aduz-se que "A humilhação da vítima necessita ser tão intensa que qualquer pessoa razoável sentir-se-ia ultrajada".[33] Enfim, que "Ultrajes à dignidade humana têm sido definidos como atos ou omissões que seriam de maneira geral considerados como causa de séria humilhação, degradação ou de qualquer maneira seja um ataque sério à dignidade humana".[34]

O Tribunal Penal Internacional, ainda na fase de julgamento de seus primeros casos, apenas enfrentou a diferenciação entre tortura e inflição de dor física ou mental severa constituindo o crime de guerra e como crime contra a humanidade, no caso *Mbarushimana*, e assim mesmo somente em relação à sua diferenciação pela ausência da *finalidade* específica exigida para o crime de tortura. De outro lado, em face da ausência dos elementos contextuais que pudessem qualificar uma ou outra conduta como crimes contra a humanidade, não houve oportunidade, para a Sala de Juízo Preliminar, de enfrentar o tema da diferenciação típica das condutas.[35] Não houve também a oportunidade de enfrentar a diferenciação entre tortura, tratamento desumano (ou cruel) e inflição de grandes sofrimentos físicos ou mentais, quer como crime de guerra quer como crime contra a humanidade.

---

31. ICTY, *Prosecutor* v. *Kunarac et al. Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A*, Appeals Chamber, 12.06.2002, parágrafos 161-163; ICTY, *Prosecutor* v. *Haradinaj et al., Case No. IT-04-84-T*, Trial Chamber, 3 de abril de 2008, parágrafo 132.
32. ICTY, *Prosecutor* v. *Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-T*, Trial Chamber, 25.06.1999, parágrafo 56.
33. ICTY, *Prosecutor* v. *Aleksovski*.
34. ICTR, *Prosecutor* v. *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva, Case No. ICTR-98-41-T*, Trial Chamber, 18.12.2008, parágrafo 2250.
35. Decision on the confirmation of charges, 16.12.2011, ICC-01/04-01/10-465, parágrafos 168-169, e parágrafos 29 e 30 do voto parcialmente vencido.

3. TORTURA COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE

Para além do âmbito do direito internacional humanitário, é importante lembrar que as condutas acima identificadas como crimes de guerra no art. 8 do Estatuto de Roma estão espelhadas igualmente no rol de condutas tipificadas como crimes contra a humanidade, no rol do art. 7 do Estatuto. O fator diferenciador é, primeiramente, o fato de os crimes guerra terem, como elemento contextual necessário, o cenário de um conflito armado, seja ele de caráter internacional ou não internacional. Os crimes contra a humanidade, por sua vez, têm como elemento contextual necessário não um conflito armado, mas o contexto de um ataque sistemático ou generalizado contra a população civil.

Na Introdução aos Elementos dos crimes contra a humanidade, estabelece-se que *sendo o art. 7 parte do direito penal internacional, suas normas, em consonância com o art. 22, devem ser construídas estritamente, levando-se em consideração que crimes contra a humanidade como definidos no art. 7 estão entre os mais sérios crimes que envolvem a comunidade internacional como um todo, logo exigindo e assegurando a responsabilidade penal individual e a caracterização de condutas consideradas inadmissíveis pela lei internacional geral, como reconhecido pelos principais sistemas do mundo.*

Avanço assim do campo do direito internacional humanitário ao campo do direito penal internacional, com certeza de aplicação mais ampla do que o anterior haja vista que representa um conjunto de normas de caráter geral, em contraposição ao conjunto de normas de caráter excepcional – o direito humanitário.

A punição da tortura e de outros tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes, em tempos de paz, está também incluída entre o conjunto de normas de *jus cogens*, de caráter imperativo, inderrogáveis e oponíveis *erga omnes*. O elemento contextual que diferencia a tipificação de tais condutas como crimes de guerra ou como crimes contra a humanidade não se lhes afeta a natureza. Todas as condutas são consideradas, afinal, como afrontas à dignidade do ser humano.

A proibição dessas condutas faz parte dos chamados *core rights*, que não admitem suspensão nem derrogação mesmo em situação de conflitos armados ou de graves distúrbios internos, ou qualquer outra circunstância excepcional. Como normas de ordem pública, a sua violação acarreta responsabilização, e aqui mais se compreende a estreita ligação entre o direito penal internacional e o direito internacional dos direitos humanos. Afinal, prevê o próprio Estatuto de Roma que *a aplicação e a interpretação da lei de acordo com esse artigo necessita ser consistente com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente* (21(3)), e que *nenhuma norma deste Estatuto relativa à responsabilidade individual afetará a responsabilidade dos Estados de acordo com o direito internacional* (25(4)).

Em síntese, creio ser legítimo afirmar que, em relação a condutas como a tortura e outros tratamentos assemelhados, *existe um vínculo claro entre o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional penal e, ainda, o direito internacional humanitário, na medida em que esses três conjuntos de normas se referem à proteção da dignidade da pessoa humana.*[36]

O Estatuto de Roma, no capítulo de crimes contra a humanidade, prevê a punição de crimes de tortura (7(1)(f))), agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável (7(1)(g)); outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental (7(1)(k)). No § 2.º do art. 7, o Estatuto estabelece que por tortura entende-se "o ato por meio do qual uma dor ou sofrimento agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou controle do acusado (...)". Nos elementos do crime de tortura a conduta se define como "causar dor ou sofrimento severo, físico ou mental, em uma pessoa". Nos Elementos do crime contra a humanidade de "outros atos desumanos" se define a conduta de "infligir grande sofrimento, ou causar sérias lesões físicas ou à saúde física ou mental por meio de tratamentos desumanos". Deixamos aqui de percorrer as definições relativas aos crimes de natureza sexual tendo em vista que, a nosso ver, a sua tipificação autônoma, quer como crimes de guerra quer como crimes contra a humanidade pelo Estatuto de Roma inibe, em princípio, a aplicação a essas condutas dos preceitos referentes à tortura ou outros tratamentos desumanos. Tal assertiva, no entanto, não é absoluta pois, como já se disse anteriormente, a definição de certas condutas depende, muitas vezes, da integração da jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais, ainda em construção, e das Cortes regionais de direitos humanos.

4. RAZÕES QUE JUSTIFICAM A DISTINÇÃO ENTRE TORTURA E OUTRAS FORMAS DE TRATAMENTO DESUMANO, CRUEL OU DEGRADANTE

Há diversas razões que justificam a necessidade de distinguir-se, para fins legais, a tortura de outras formas de tratamento cruel, desumano ou degra-

36. FROUVILLE, Olivier de. The influence of the European Court of Human Rights' case law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment. *Journal of International Criminal Justice (2011) 9 (3), 633-649.* Oxford University Press, 2011.

dante, ou quaisquer formas de maus tratos ou ultrajes à dignidade pessoal, em especial enquanto crimes contra a humanidade, ou enquanto violações de direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos.

Há também sérias razões que exigem que tal distinção não se faça apenas e tão somente com base na gravidade ou seriedade das lesões ou sofrimentos impostos à vítima, como por vezes o vêm fazendo os tribunais internacionais.

Vamos examinar, ainda que brevemente, essas razões a partir do sistema do Estatuto de Roma e da interpretação das normas incriminantes perante os Tribunais Penais Internacionais, as diversas definições de tortura e de outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante, tal como definidos pelas Cortes Europeia (a seguir, CEDH) e Interamericana (a seguir, CIDH) de Direitos Humanos, e por fim as consequências que tais julgados podem ter sobre a correta interpretação da Uncat.

4.1 Problemas no sistema do Estatuto de Roma

Um problema imediato que exsurge é o de que a falta de uma distinção precisa entre tortura e outras formas de maus tratos ou tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes, em especial enquanto crimes contra a humanidade, gera a possibilidade de cumulação de tipos penais que compreendem basicamente os mesmos elementos.

A Sala de Apelações do ICTY já decidiu, em mais de uma ocasião, que a não ser que dois crimes tenham ao menos um elemento material distinto do outro, "apenas a condenação pelo crime que contenha um elemento específico pode ser admitida. A ofensa que contenha um elemento específico subsume o tipo penal que não contenha tal elemento específico, já que a comissão da primeira conduta presume a comissão da outra".[37]

Da mesma maneira, em relação aos tipos penais descritos na denúncia, a Sala Preliminar I do TPI decidiu que quando uma única conduta é descrita de maneira semelhante em dois tipos penais distintos, apenas a conduta *mais apropriada*, mais adequada a um dos tipos penais pode constar da denúncia.[38] No caso referido, a Sala decidiu que "no caso em espécie, os elementos mate-

37. ICTY, *Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-A*, Appeals Chamber, 19.04.2004 parágrafo 218; Ver também ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al., Case No. IT-96-21-A*, Appeals Chamber, 20.02.2001, parágrafo 412.

38. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15.06.2009, ICC-01/05-01/08-424, parágrafo 204.

rais do crime de tortura (...) são também inerentes à descrição doe elementos materiais do crime de estupro. No entanto, o ato de estupro requer um elemento material específico adicional, o da penetração física do corpo, o que faz com que a definição legal da conduta mais apropriada seja a de crime de estupro".[39]

Em resumo, torna-se claro que, diante da lei internacional, crimes têm existências distintas apenas quando existe um elemento material que os distinga e os tornem figuras penais distintas. Se dois crimes têm em sua definição os mesmos elementos materiais, um deles se torna necessariamente supérfluo.

Em relação ao crime de *outras formas de tratamento desumano, cruel ou degradante*, ou de *maus tratos*, ou de *ultrajes à dignidade pessoal*, as condutas em geral não contêm elementos materiais distintos do crime de tortura como crime contra a humanidade.[40] No entanto, as diversas figuras típicas podem coexistir se o crime de tortura contiver algum elemento material distinto dos elementos previstos para aquelas formas de conduta. Entretanto, se a distinção entre a conduta de tortura e a de tratamento cruel – para ficarmos no mesmo exemplo – não é clara, uma das duas condutas típicas pode tornar-se penalmente supérflua. Se chegarmos a um ponto onde não se aponte nenhuma distinção, nenhum elemento material que distinga as duas condutas, os juízes estarão diante da impossibilidade de determinar qual o crime cometido. Reconhecer a prática de duas condutas típicas levaria à cumulação indevida.[41]

Esse é o grande risco, que poderia em tese tornar irrelevante o conceito de tortura como conceito legal. Não se fala aqui somente de uma possível consequência legal, qual seja, a de gerar confusão dentro de um sistema normativo de punição. O esvaziamento do conceito de tortura opera como a negação de um longo e já estabelecido sistema normativo e jurisprudencial de reconhecimento da tortura como figura penal distinta das condutas típicas de *tratamento cruel* ou de *maus tratos*, sendo a tortura, como visto anteriormente, considerada como crime de *jus cogens*. Negar a existência de distinção entre tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante significa, ainda, remover os elementos materiais que tornam as condutas distintas, tem como grave consequência a de frustrar um dos objetivos principais das normas de direito internacional humanitário e de direito internacional dos direitos huma-

39. ICC-01/05-01/08-424, parágrafo 203

40. Ver, por exemplo, ICTY, *Prosecutor* v. *Simić, et al., Case No. IT-95-9-T,* Trial Chamber, 17.10.2003, parágrafo 71.

41. ICC-01/05-01/08-424, parágrafo 203.

nos, as quais sempre enfatizam a gravidade e a punibilidade da tortura como *core crime* em direito internacional costumeiro ou convencional.[42]

4.2 Problemas em distinguir as condutas com base somente na gravidade da lesão ou sofrimento

Uma vez que o elemento relativo ao *propósito* ou finalidade específica da tortura foi eliminado da descrição típica de tortura como crime contra a humanidade no Estatuto de Roma, remanesce a possibilidade de adotar-se a distinção entre as condutas de tortura e de outros tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes com base na gravidade ou seriedade do sofrimento ou lesões decorrentes de tais atos. Assim o vêm fazendo, em regra, as Cortes regionais de direitos humanos, em especial a Corte Interamericana[43] e a Corte Europeia.[44]

Em regra, a jurisprudência da Corte Interamericana vinha seguindo o precedente estabelecido pela Corte Europeia no *leading case Irlanda v. Reino Unido*, de 1978. Naquela decisão, atribuiu-se à tortura "um estigma especial para os casos em que se inflige um sofrimento muito grave e cruel, aplicando-se assim o teste de gravidade para distinguir entre tortura e outros tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes".[45]

A meu ver, e como visto anteriormente, tal teste – o da gravidade da dor ou sofrimento causado à vítima – é inerentemente subjetivo, e pode levar o julgador a aplicar uma definição vaga e despida de uniformidade e consistência a uma conduta que, se qualificada como tortura, corresponde a um *core crime*

---

42. ICTY, *Prosecutor* v. *Kordić and Čerkez, Case No. IT-95-14/2-A*, Appeals Chamber, 17.12.2004, parágrafo 1033.

43. V. SANTALLA VARGAS, Elizabeth. La multiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (orgs.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Temis Ed., 2011. p. 229-262. V. também: LAWSON, R.A.; SCHERMERS, H.G. *Leading cases of the European Court of Human Rights*. 2. ed. Leiden: Ars Aequi Libri, 1999. p. 654-669; 306-328. V. também: *Torture in international law, a guide to jurisprudence*. Publicação conjunta em 2008 pela Association for the Prevention of Torture (APT) e Center for Justice and International Law (CEJIL). Disponível em: [http://cejil.org/sites/default/files/torture_in_international_law.pdf.].

44. ROUILLARD, Louis Philippe F. Misinterpreting the prohibition of torture under international law: the office of legal counsel memorandum. *American University International Law Review*. vol. 21, n. 1, 2005. p. 24-28; p. 28-30; p. 30-33.

45. SANTALLA VARGAS, Elizabeth. Op. cit., p. 239.

diante do direito internacional, e a um crime hediondo, como vem tratado em nossa legislação. Não me parece possível, dentro do quadro da legalidade, deixar-se à intuição judicial distinguir, a exemplo, entre um sofrimento agudo, grave ou severo, para efeito de decidir-se se o ato cometido é de seriedade suficiente para constituir-se em ato de tortura ou menos severo, constituindo-se em maus tratos ou tratamento desumano.

Em outras palavras, aplicar-se o chamado *teste de severidade* ao resultado, ao invés da qualificação de acordo com a gravidade da conduta é, sem dúvida, muito menos claro do que a tradicional distinção baseada no propósito ou finalidade da conduta de tortura, tal como definida na Uncat. Não foi certamente sem motivo que a Uncat previu um elemento material claramente distinto para o crime de tortura, em quaisquer circunstâncias, deixando assim de dar maior atenção à severidade do dano ou sofrimento, de difícil e às vezes impossível quantificação, para eleger a categoria de *core crime* à conduta reprovável do agente.

Um outro exemplo de como a definição do crime de tortura baseada apenas na gravidade da dor, sofrimento ou lesão sofrida pode ser vaga e amorfa é visto no seguinte trecho de uma decisão da Sala de Apelações do ICTY: "(...) Tortura é constituída de um ato ou omissão que dá causa a um sofrimento ou dor severos, físicos ou mentais, mas não há outros elementos específicos que autorizem uma enumeração estrita de atos que possam constituir tortura. A jurisprudência existente não estabelece de maneira absoluta o grau de severidade exigido para que um ato constituta tortura. Assim, enquanto o sofrimento ou dor infligido por certos atos podem parecer tão óbvios que se qualificam imediatamente como tortura, em geral a análise da severidade há que ser feita caso a caso, a fim de que se determine se, diante dos atos e de seu contexto, houve sofrimento, dor ou lesão severas".[46]

Além de esvaziar-se o estigma necessariamente ligado à conduta de tortura, se a distinguimos de outros tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes apenas com base na severidade dos males causados, estar-se-ia permitindo aos Estados o abuso já tantas vezes verificado, em que Estados tentam eximir-se da responsabilidade pela conduta violenta de seus agentas com base na inexistência de *resultados graves* e, portanto, de tortura. Em outras palavras, vê-se que não é improvável que Estados fixem a *severidade* dos resultados em

46. ICTY, *Prosecutor* v. *Naletilić et al.*, *Case No. IT-98-34-A*, Appeals Chamber, 03.05.2006, parágrafo 299, and ICTY, *Prosecutor* v. *Brđanin*, *Case No. IT-99-36-A*, Appeals Chamber, 03.04.2007, parágrafo 251.

patamar tão elevado que condutas que logicamente se enquadrariam na definição de *tortura* passem a ser conceituadas como *tratamentos desumanos*, ou *maus tratos*, or *ultrajes à dignidade pessoal*. Essa tendência foi demonstrada no lamentável *Bybee Memo*,[47] no qual o governo americano encontrou justificativa para as chamadas *cinco técnicas*[48] de interrogatório que haviam, no passado, encontrado suporte na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos como constitutivas de *maus tratos*, e não de *tortura*.[49]

Assim, a meu ver, a distinção baseada somente na gravidade do resultado, ao invés de contribuir para a prevenção e erradicação da tortura, de fato autoriza uma saída fácil através da qual, ao final, a conduta de *tortura* como crime aparece marginalizada, como exceção à generalidade muito mais ampla de atos que podem ser qualificados como *maus tratos*, *tratos desumanos*, *tratos cruéis ou degradantes*, *ultrajes à dignidade pessoal*, e com isso esvaziando o conteúdo mesmo da proibição da Uncat e frustrando seu objetivo precípuo.

---

47. Memorandum from U.S. Dept. of Justice, Counsel to the President Office of the Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation Under 18 U.S.C. parágrafo s 2340 – 2340A at 13, 1 August 2002. Disponível em: [http://news.findlaw.com/nytimes/docs/doj/bybee80102mem.pdf.].

48. As *cinco técnicas* são: forçar o prisioneiro a ficar longas horas em pé, sem movimento; cobrir a cabeça dos prisioneiros com capuzes e deixá-los assim cobertos a maior parte do tempo; submeter os prisioneiros a ruídos altos e contínuos; privar os prisoneiros de sono; privar os prisioneiros de água e alimento por longos períodos. No caso concreto, também o chamado *water boarding*, ou simulação de afogamento, foi incluído no supra referido memorandum.

49. CEDH, *Ireland v. UK*, (Application 5310/71) 25 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) (1978), parágrafo 168: "(...) para determinar-se se as cinco técnicas de interrogatório" devem ser também qualificadas como tortura, a Corte deve levar em conta a distinção, prevista no art. 3(3), entre essa noção e a de tratamento desumano ou degradante. (...) No entender da Corte, essa distinção exsurge principalmente da diferença na intensidade do sofrimento causado.(...) Parece claro que a intenção da Convenção, ao fazer a distinção entre tortura e tratamento desumano ou degradante seria a de que a primeira é tratada com um estigma especial, derivado do ato de causar-se deliberadamente sofrimentos muito sérios e cruéis.(...) Assim, embora levadas a cabo com o especial propósito de obter confissão, as *cinco técnicas* não ocasionaram um sofrimento de intensidade ou crueldade especial, inerentes à conduta de tortura. V. também: CEDH, *Aksoy* v. *Turquia*, 1996-VI Eur. Ct. H.R. 2260 (1996), e CEDH, *Aydin* v. *Turquia*, 1997-V Eur. Ct. H.R. 1866 (1997) nos quais a Corte manteve o entendimento anterior, mas estabeleceu para a conduta de *tortura* um patamar inferior àquele estabelecido em *Ireland* v. *UK*.

É importante lembrar que, entre 1978 e 1996, a Corte Europeia não reconheceu um só ato como ato de tortura, "apesar das muitas queixas apresentadas contra diversos países. Exemplos desses casos mostram que a Corte estava verdadeiramente inclinada a não reconhecer o 'especial estigma' do ato de deliberadamente infligir tratamentos que causem sofrimentos extremamente cruéis e severos".[50]

Estou, portanto entre aqueles que consideram a severidade como parte do juízo de desvalor da conduta, e não do valor do resultado. Vale aqui mencionar, por sua claridade e excepcionalidade, o voto separado da Juíza Medina, no caso *Gonzales y otras v. Mexico*, segundo o qual "a Corte não tem vacilado em outros casos em qualificar uma conduta como tortura, por vezes mesmo sem mencionar as razões pelas quais o fez, e se adverte que o elemento principal é a severidade da ação e como essa ação afeta a vítima. É a conduta, em geral, o que determina a distinção entre a tortura e outros tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes. A razão de se qualificar um ato como ato de tortura obedece ao estigma maior que se atribui a essa conduta, em relação a outros atos também incompatíveis com o art. 5.2 da Convenção".[51]

A jurisprudência das Cortes regionais de direitos humanos, é verdade, tem evoluído, especialmente a partir do precedente da CEDH em *Selmouni v. France*.[52] Nesse precedente, também considerado um *leading case*, a Corte decidiu que o conceito de *severidade* é relativo, e depende de todas as circunstâncias do caso (portanto não somente a intensidade da dor ou sofrimento causado). Depende, por exemplo, da duração da conduta, seus efeitos físicos ou mentais, o sexo, idade e as condições físicas da vítima etc... Conclui afirmando que "(...) tendo-se em vista que a Convenção é um instrumento vivo que necessita ser interpretado à luz das condições do momento em que é aplicada, a Corte considera que certos atos que haviam sido qualificados no passado como 'tratamento desumano e degradante', e não como 'tortura', podem ser qualificados diferentemente no futuro. Há que levar-se em conta que os crescentes altos patamares de proteção exigidos pelos instrumentos de direitos humanos e liberdades fundamentais requerem, inevitavelmente, uma firmeza maior ao se examinar as violações aos valores básicos das sociedades demo-

50. ROUILLARD, Lous Phillippe F. Op. cit., p. 30

51. CIDH, 2009, voto separado da juíza Cecilia Medina, citado em SANTALLA VARGAS, Elizabeth. Op. cit., p. 243.

52. CEDH, *Selmouni v. France*, (Application 25803/94), 1999-V Eur. Ct. H.R. 155, parágrafo 103.

cráticas". As mesmas palavras foram utilizadas pela CIDH, a exemplo, no caso *Niños de la calle*.[53]

4.3 Problemas relativos à aplicação da Uncat pelos Estados

Olhando para além dos problemas de interpretação, pelas Cortes de direitos humanos e pelo TPI, da distinção entre tortura e outras formas de tratamento desumano, cruel ou degradante, está o problema da aplicação, pelos Estados, da Uncat e suas implicações dentro do cenário do direito internacional.

Como dito anteriormente, é certo que existe um diálogo entre as Cortes internacionais, do qual resulta um entendimento que, de certa forma, aplica-se aos Estados quando estes se veêm diante de uma situação concreta que exige a interpretação das normas dos tratados. Já referi ao exemplo da interpretação dada pelo ICTY o qual expressamente reconhece que a definição de tortura tal como prevista no art. 1 da Uncat deve ser adotada como lei costumeira, fonte de direito internacional.[54] A decisão ainda reconhece que a conduta descrita como *tortura* pela Uncat contitui norma de *jus cogens*, absoluta, inderrogável em quaisquer circunstâncias.[55]

Porque a Uncat é tão importante? A Convenção cria uma série de obrigações para os estados que se aplicam somente ao crime de tortura; em outras palavras, certas obrigações não se aplicam a qualquer outra forma de tratamento desumano, cruel ou degradante. Os Estados-partes estão obrigados, por exemplo, a "tomar medidas efetivas, sejam legislativas, administrativas, judiciais ou de qualquer outra natureza para prevenir atos de tortura em quaisquer territórios sob sua jurisdição";[56] a "assegurar que quaiquer atos de tortura sejam considerados como crimes na lei penal interna";[57] a "estabelecer e exercer jurisdição numa série de circunstâncias envolvendo tortura";[58] de "ou processar, ou extraditar, os acusados de cometer atos de tortura"[59] – e aqui falamos do instituto da jurisdição universal para tais crimes; a de "proibir a utilização

53. CIDH, caso *Villagran Morales* v. *Guatemala (Ninos de la calle)*, (1999) parágrafo 164.
54. ICTY, *Prosecutor* v. *Delalić et al.*, *Case No. IT-96-21-T*, Trial Chamber, 16.11.1998, parágrafo 494.
55. ICTY, *Prosecutor* v. *Delalić et al.*, *Case No. IT-96-21-T*, parágrafo 454.
56. Uncat, Art. 2(1).
57. Uncat, Art. 4(1).
58. Uncat, Art. 5.
59. Uncat, Art. 7(1).

como provas, em procedimentos judiciais, de quaisquer declarações obtidas mediante tortura".[60]

Nenhuma dessas obrigações, ao menos numa interpretação estrita da Uncat, aplica-se a outras formas de tratamento desumano, cruel ou degradante. Os Estados-partes têm a obrigação de *proibir* a tortura, e de outro lado a *comprometer-se a prevenir* outras formas de tratamento desumano, cruel ou degradante que não alcancem a definição de tortura.[61] Assim, e diante desse *status* especial que a Uncat confere aos atos de tortura, parece-me essencial que a extensão dessas obrigações impostas aos Estados seja clara, delimitada, e que as condutas às quais elas se aplicam sejam compreendidas. Para tal fim, uma clara distinção entre *tortura* e outras formas de *tratamento desumano, cruel ou degradante* é essencial, e se impõe.

Um outro exemplo da importância de preservar-se o estigma especial e peremptório ligado ao conceito de *tortura* na forma da Uncat veio demonstrado no famoso caso *Pinochet*, na Câmara dos Lordes no Reino Unido.[62] Naquele caso, as obrigações específicas previstas na Uncat em relação ao crime de tortura, ao lado do reconhecimento do *status* de *jus cogens* àquela norma, foram essenciais ao reconhecimento, por aquela Corte, das restrições às imunidades de um ex-Chefe de Estado, e à conclusão de que a Corte poderia exercer jurisdição e examinar o pedido de extradição contra o General Pinochet. Essa decisão significou um passo excepcional adiante no cenário do direito internacional, e o *status* especial reconhecido ao ato de tortura foi fundamental para que os juízes chegassem àquela conclusão.

5. CONCLUSÃO

Como conclusão a esse muito breve estudo introdutório ao tema, afirmo que quando o reconhecimento de um ato de tortura ocupa um espaço tão específico e importante dentro do direito internacional, e quando Estados são sujeitos a um rol de obrigações especiais em relação à tortura – incluindo-se o dever de exercer jurisdição –, e tendo-se em vista que essas obrigações nem sempre se aplicam a outras formas de tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes, a importância de definir-se as condutas de tortura de forma a diferenciá-las de

60. Uncat, Art. 15.

61. Uncat, art. 16.

62. *R* v *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147.

outras formas de maus tratos parece-me crucial. A distinção é, pois, absolutamente necessária a fim de realizar o propósito e o objeto da Convenção contra a Tortura e definir com clareza as obrigações dos Estados e de seus agentes.

Portanto, merece críticas a definição dada pelo legislador ao crime de tortura como crime contra a humanidade no Estatuto de Roma. A definição de tortura como crime de guerra, no mesmo Estatuto, deveria ser espelhada, com seu elemento material específico, na definição da mesma conduta como crime contra a humanidade.

Por outro lado, o art. 21 do Estatuto de Roma prevê expressamente que a lei costumeira, e os princípios gerais de direito internacional, são fontes de interpretação das normas do estatuto. Prevê ainda tal artigo, em seu § 3.º, que "a aplicação e interpretação da lei de acordo com este artigo deve ser consistente com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos". A definição de tortura trazida pela Uncat é reconhecida como lei costumeira, e esté conforme as definições contidas em outros instrumentos de reconhecimento de direitos humanos fundamentais.[63] Portanto, a possibilidade de interpretar-se o Estatuto de Roma de conformidade com a lei costumeira e com as normas de direito internacional dos direitos humanos é incontestável. Com efeito, onde duas interpretações são igualmente possíveis, buscar-se as fontes secundárias da lei é a maneira adequada de chegar-se a uma solução.

Assim, o TPI tem condições de adotar o entendimento que seja mais conforme ao atual estágio do direito internacional em matéria de tortura, fortalecendo as normas universais de proteção. Para o fortalecimento do sistema de proteção internacional em relação à prevenção, proibição e sanção da tortura, juízes de todas as Cortes devem buscar e promover a coerência no direito internacional. Essa coerência é que vai fortalecer a ordem legal internacional, e orientar os Estados no cumprimento de suas obrigações internacionais.

6. BIBLIOGRAFIA

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO RAMOS, André. Comentários ao artigo 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (org). *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. Belo Horizonte: Arraes Ed., 2011.

63. Cf. art. 7 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 5 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenção e Punição da Tortura.

DAVID, Éric. *Principes de droit des conflits armes*. Bruxelas: 3éme. Ed., 2002.

FISHER, Horst. Protection of prisoners of war. In: FLECK, Dieter (ed.). *The handbook of International Humanitarian Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FROUVILLE, Olivier de. The influence of the European Court of Human Rights' case law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment. *Journal of International Criminal Justice (2011) 9 (3), 633-649*. Oxford University Press, 2011.

LAWSON, R.A.; SCHERMERS, H.G. (eds.) *Leading cases of the European Court of Human Rights*. 2. ed. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1999.

ROUILLARD, Louis Philippe F. Misinterpreting the prohibition of torture under international law: the office of legal counsel memorandum. *American University International Law Review*. vol. 21, n. 1, 2005.

SANTALLA VARGAS, Elizabeth. La múltiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos y de los tribunales penales internacionales. In: AMBOS, Kai. MALARINO, Ezequiel (orgs.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Temis Ed., 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Jurisprudência

- Paciente denunciado pelo crime de tortura apenas na segunda denúncia: *JRP\2004\17844*. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br].

TEORÍA DEL DELITO Y DERECHO PENAL ECONÓMICO

1

Theory of crime and Business criminal law

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal - Universidad Pompeu Fabra (España).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: Los casos del Derecho penal económico ofrecen dificultades a la teoría del delito. Por un lado, porque la teoría del delito se construyó sobre hechos de un autor individual mientras que los casos de Derecho penal económico tienen lugar en el marco de organizaciones empresariales. Por otro lado, porque el modelo de la teoría del delito es el delito de homicidio mientras que los casos de Derecho penal económico se ocupan de cuestiones patrimoniales y económicas. Sin embargo, la moderna teoría del delito puede afrontar las dificultades propias de los casos de Derecho penal económico. El texto intenta mostrar cómo está sucediendo esto, comentando la situación de algunas relevantes instituciones de la teoría del delito: causalidad, riesgo permitido, dolo, error, comisión por omisión etc.

PALABRAS CLAVE: Teoría del delito - Derecho penal económico-empresarial - Principio de autorresponsabilidad - Posiciones de garantía - Sesgos cognitivos.

ABSTRACT: Business criminal law cases get the normative theory of crime into trouble. On the one hand, because the normative theory of crime was built upon acts of an individual offender, whereas business criminal law cases take place inside corporate organizations.On the other hand, because the model for the normative theory of crime is homicide, whereas business criminal law cases deal with financial or other economic matters. Nevertheless, the modern theory of crime is able to face difficulties of business criminal law cases. This paper tries to show how is that possible, while commenting the current situation of some relevant institutions of the normative theory of crime: causality, permitted risk, intention, mistake, commission by omission etc.

KEYWORDS: Normative theory of crime (*Verbrechenslehre*) - Business criminal law - Principle of autonomy (self-responsibility) - Positions of guarantee (*Garantenstellung*) - Cognitive biases.

SUMARIO: 1. ¿Por qué los casos del Derecho penal económico tensionan especialmente a la teoría del delito?: 1.1 Porque suelen ser casos de Derecho penal de la empresa, esto es, referidos a un grupo organizado de personas; 1.2 Por su naturaleza de Derecho económico-patrimonial – 2. El estado de la teoría del delito ante el abordaje de los casos de Derecho penal económico. Consideraciones generales – 3. Las instituciones de la teoría del delito ante los casos de Derecho Penal Económico: 3.1 Procesos de cambio: 3.1.1 La causalidad; 3.1.2 El riesgo permitido; 3.1.3 Las conductas neutras de intervención; 3.1.4 El concepto y el contenido del dolo; 3.1.5 Errores sobre leyes extrapenales; 3.1.6 La generalización del modelo distintivo-normativo de intervención en el delito; 3.2 El impulso del Derecho penal de la empresa: 3.2.1 El desarrollo de la doctrina de las posiciones de garantía; 3.2.2 La conformación de diversas clases de delitos especiales; 3.2.3 ¿Regreso a la accesoriedad objetiva?; 3.3 Retos pendientes: 3.3.1 Introducción; 3.3.2 La aparente disminución de importancia del principio de autorresponsabilidad en el Derecho de la empresa – 4. Balance.

1. ¿POR QUÉ LOS CASOS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO TENSIONAN ESPECIALMENTE A LA TEORÍA DEL DELITO?

1.1 Porque suelen ser casos de Derecho penal de la empresa, esto es, referidos a un grupo organizado de personas

El paradigma[1-2] de la teoría clásica del delito ha sido el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado.[3]

Si se parte de este modelo, la concurrencia de varios sujetos en el marco de una estructura organizada produce algunas distorsiones. Entre ellas:

(a) La disociación entre "acción y responsabilidad". En la estructura jerárquica el ejecutor directo es normalmente un subordinado de último nivel, que se encuentra muchas veces en situación de error o coacción o, en todo caso, en un estado de falta de autonomía decisoria. La pretensión de atribuir responsabilidad a sujetos situados en la cúpula obliga a construir nuevas categorías.

---

1. Sobre la relación entre dogmática y resolución del caso concreto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2. ed. 2010, p. 115 y ss. (=*Aproximação ao Direito penal contemporâneo* (trad. Barbosa Alves e Terra de Oliveira), 2011, p. 128 y ss.).
2. Básico, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.
3. Cfr. similar HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, 1995, p. 27 y ss.

(b) La escisión –fragmentación– de los elementos del tipo. En contextos de división funcional del trabajo, tanto horizontal como vertical, la ejecución material, la posesión de la información relevante, la capacidad de decisión y las condiciones subjetivas de autoría pueden hallarse en sujetos distintos dentro del grupo organizado. Ello puede dar lugar, no sólo por razones probatorias, sino también estrictamente técnico-jurídicas, a la ya conocida figura de la "irresponsabilidad organizada".[4]

(c) la aparición de efectos derivados de las dinámicas de grupo: déficits cognitivos-valorativos (que la *behavioral economics* califica de sesgos cognitivos) o volitivos, que afectan a los sujetos integrantes del grupo. Tales constataciones empíricas apuntarían, con matices, hacia una exclusión o atenuación de la imputación subjetiva dolosa así como a una exclusión o atenuación de la culpabilidad de tales sujetos.

Una aplicación simple del modelo clásico a situaciones de estas características podría impedir una fundamentación razonable de la responsabilidad.

1.2 Por su naturaleza de Derecho económico-patrimonial

El modelo clásico de delito se concibió (y se ha ido sometiendo a prueba) sobre casos de homicidio. El homicidio, por su parte, constituye el *malum in se* paradigmático, definiéndose en un tipo cerrado que a su vez conformaun delito puro de resultado de lesión de un bien jurídico individual. Así las cosas, parece claro que el Derecho penal económico ha de constituir un reto para dicho modelo.

(a) Por un lado, por el carácter patrimonial-económico de las relaciones que constituyen su objeto de protección. En general, en este ámbito los delitos –si se refieren a bienes jurídicos individuales– no son puros de resultado, sino de medios determinados (el paradigma es la estafa). Pero además, al abordar amplios aspectos de la actividad empresarial, el Derecho penal se introduce en contextos de gran densidad regulatoria extrapenal.[5] Surgen delitos que se constituyen como *mala quia prohibita*. Así se genera una accesoriedad, más fuerte o más débil, frente al Derecho público o privado, que se manifiesta en la

4. BECK, *Gegengifte: Die organisierte Unverantwortlichkeit*, 1988, en relación con el medio ambiente; ahora en relación con el ámbito bancario, HONEGGER; NECKEL; MAGNIN (Hrsg.). *Strukturierte Verantwortungslosigkeit. Berichte aus der Bankenwelt*, 2010.

5. Sobre las consecuencias generales de esta situación, SEELMANN, Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzessorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten, en ORSI; SEELMANN; SCHMID; STEINWORTH (Hrsg.), *Gerechtigkeit*, 1993, p. 109 y ss.

conformación de tipos abiertos (leyes penales en blanco, elementos normativos de contenido jurídico, en especial elementos de valoración global del hecho). Ello genera peculiaridades tanto en relación con la imputación objetiva[6] (riesgo permitido, ejercicio legítimo de un derecho)[7] como a propósito de la imputación subjetiva (errores sobre elementos normativos, dificultad en la delimitación entre error de tipo y error de prohibición).

(b) Por otro lado, porque la actividad económico-patrimonial se halla en el núcleo de nuestro sistema social. Los hechos delictivos surgen, entonces, en el contexto de actuaciones profesionales, frecuentemente estereotipadas (anónimas) y masivas. Los fines perseguidos resultan en general adecuados al sistema social. Son los medios, los efectos secundarios o los daños colaterales los que resultan inadecuados. Además, de modo no inusual, las relaciones interpersonales tienen un trasfondo de incertidumbre. El dolo eventual adquiere un papel determinante en la imputación de responsabilidad.

(c) En tercer lugar, por la especial configuración de los bienes jurídicos afectados, que en muchos casos son supraindividuales, institucionales. Ello determina una cierta disolución del resultado de lesión (en la idea más difusa de "afectación") y, en consonancia, una pérdida de importancia de la relación de imputación objetiva en sentido estricto: es decir, aquélla que surge entre el comportamiento desaprobado y el resultado de lesión.

2. EL ESTADO DE LA TEORÍA DEL DELITO ANTE EL ABORDAJE DE LOS CASOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO. CONSIDERACIONES GENERALES

La teoría del delito que ha de abordar los retos del Derecho penal económico no es ya una teoría naturalista. La evolución de la teoría del delito en los últimos cuarenta años se mueve, en efecto, entre opciones normativistas de diverso signo. El modelo clásico del delito doloso de acción, asentado sobre las nociones tendencialmente empíricas de causalidad, dominio e intención, se halla superado.

---

6. Mejor: doctrina del comportamiento jurídico-penalmente desaprobado. Cfr. de modo general FEIJOO SÁNCHEZ, Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial, *InDret Penal* 2/2009 (www.indret.com).

7. El análisis de la cuestión de si el ejercicio legítimo de un derecho (o el cumplimiento de un deber) constituyen causas de justificación, que no excluyen la tipicidad penal de la conducta, o más bien deberían conducir a excluir la imputación típica objetiva por falta de creación de un "riesgo jurídicamente desaprobado" excede de las posibilidades de este texto.

Se ha señaladoque el paradigma del Derecho penal del presente y del futuro es el delito de omisión imprudente.[8] Por mi parte, lo expresaría en términos similares pero algo más incisivos: a mi juicio, el paradigma del delito del presente y del futuro es "la estafa (o la administración desleal) cometidas por omisión y dolo eventual en el contexto de negocios de riesgo".[9] Más allá de que éstos puedan ser modelos delictivos paradigmáticos de la actual crisis financiera internacional, la pretensión de la alusión a este esquema delictivo resulta algo más trascendente. Con ello se quiere subrayar la creciente relevancia en la teoría del delito de los elementos de infracción del deber. Este dato tiene una doble repercusión. En el plano objetivo, la correlativa menor importancia de las conexiones "físicas" de la conducta del sujeto con el objeto de la acción: causalidad, dominio empírico. En el plano subjetivo, una significa tendencia a la relativización de los estados mentales del sujeto.

Debe significarse, con todo, que esa situación de la teoría del delito la hace especialmente apta para afrontar nuevos fenómenos. En particular, para hacer frente a aquéllos en los que están ausentes la inmediatez espacio-temporal y la visibilidad de los casos clásicos. Las teorías normativas muestran, en efecto, una especial capacidad de rendimiento a la hora de construir "equivalentes funcionales" de las estructuras clásicas, ampliando el alcance de las categorías e instituciones.

Sinembargo,debetenersepresenteelriesgodeincurrirenunhipernormativismo que redunde en mero formalismo a la hora de atribuir responsabilidades. El problema es, podría decirse, el de la "expansión de la teoría del delito".[10] Sin

8. Günther, De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un "cambio de paradigma" en el Derecho penal? (trad. Silva Sánchez), en Instituto de ciencias criminales de Frankfurt/Area de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 489 y ss.

9. Cfr. Rönnau, Globale Finanzkrise – Quellen möglicher Strafbarkeitsrisiken, en: Schünemann (Hrsg.), *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, 2010, p. 43 y ss.; Schünemann, Die sogenannte Finanzkrise –Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, en: Schünemann (Hrsg.), *Die sogenannte Finanzkrise –Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, 2010, p. 71 y ss.

10. Que constituiría la dimensión dogmática –por cierto, pendiente de estudiar de forma ordenada– de la expansión general de la teoría del delito. Sobre la tendencia a la extensión de las categorías dogmáticas como consecuencia de los casos de Derecho penal económico, cfr. Mittelsdorf, Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern, *ZIS* 3/2011, p. 123 y ss., 125.

embargo, al respecto debe indicarse, por un lado, que el normativismo no produce necesariamente una extensión del alcance de las categorías e instituciones dogmáticas;[11] aunque muestre una capacidad innegable para ello.Por otro lado, conviene recordar que la tendencia a la extensión del alcance de las instituciones clásicas de la teoría del delito no es, en sí, una novedad. Como demuestra un estudio histórico, por superficial que éste sea, la dogmática de la teoría del delito ha tratado siempre (a) de reconstruir permanentemente sus instituciones para permitir que éstas abarquen nuevos casos que se van considerando merecedores y necesitados de pena; y (b) de hacer dicha reconstrucción compatible con la redacción de los textos legales, mediante un constante esfuerzo de interpretación teleológica. Así pues, la cuestión no es la expansión o no de una determinada institución, sino la razonabilidad o no de dicha expansión. O, lo que es lo mismo, que la normativización no comporte una desnaturalización que haga de la institución en cuestión algo irreconocible.

3. LAS INSTITUCIONES DE LA TEORÍA DEL DELITO ANTE LOS CASOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

Por las razones indicadas, los casos de Derecho penal económico-empresarial no hallan unas instituciones de la teoría del delito refractarias al cambio. Por el contrario, en general encuentran instituciones en trance de revisión. Así, tales casos no han hecho sino intensificar ese proceso de revisión. Por ello, en general, su resolución no está provocando fracturas relevantes en el seno de las instituciones del sistema. Como se subrayaba más arriba, sí es necesario, con todo, tener presente el riesgo de una desnaturalización de éstas. A mero título de ejemplo: sería preciso valorar si una normativización del dolo que lo acabara redefiniendo como "infracción de un deber[12] especialmente intenso de conocer" comporta o no una definitiva desnaturalización de aquél.

3.1 Procesos de cambio

3.1.1 La causalidad

Ya hace algunas décadas que el concepto de causalidad, como vínculo entre conducta y resultado que expresa una relación de necesidad con arreglo a leyes

11. Como pone de relieve, a mero título ejemplo, la doctrina de las "formas neutras de intervención".

12. Mejor: de una *Obliegenheit*.

de experiencia científica, tiende a revisarse.[13] Pues bien, parece claro que la irrupción progresiva del Derecho penal en el ámbito económico-empresarial ha ido acentuando esa revisión. En el mundo de la empresa se plantean con frecuencia problemas de causalidad, dada la complejidad de las relaciones entre posibles factores causales y sus eventuales consecuencias lesivas. Las no infrecuentes situaciones de duda que se suscitan entre los peritos-científicos a propósito del enjuiciamiento de casos de especial complejidad abren entonces un amplio espacio de aplicación de la regla procesal de la libre valoración de la prueba por parte del juez. Así, éste, pese a todas las dudas de los científicos, puede (a) mostrarse convencido de que en algún lugar subyace oculta la causalidad; o bien (b) reaccionar a la situación de duda de la ciencia aplicando el principio jurídico *in dubio pro reo* y negando consiguientemente la causalidad.[14] La primera opción, sin embargo, requiere una fundamentación material. Esta suele venir dada desde dos perspectivas. Por una parte, se plantea la sustitución de la relación de necesidad por una relación de probabilidad.[15] Por otro lado, se propone que la propia idea de causalidad pase a entenderse en términos profanos o sociales.[16] Algo que, por lo demás, tampoco resulta una

13. Cfr. la descripción crítica de GÜNTHER, Die Feststellung der KausalitätimStrafprozeß, *KritV* 1997, p. 211 y ss., 214, citando a VOLK, *NStZ* 1996, p. 105, 108, en el sentido de que, bajo un ropaje procesal, lo que tiene lugar es un cambio en el concepto de causalidad, en el que la plausibilidad sustituye a la necesidad. Es decir, que se prescinde de una ley general en la que subsumir la causalidad individual. Con todo, no me parece admisible que se señale que, con ello, los delitos de lesión se convierten en delitos de peligro.

14. Cfr. ya HOYER, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, *GA* 1996, p. 160 y ss., 165.

15. ROLINSKI, Statistische Kausalität' im Strafrecht?, en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, p. 483 y ss.; HOYER, *GA* 1996, p. 169 y ss.

16. Muy claramente en la STS de 23.04.1992 (caso del aceite de colza). En todo caso, es importante subrayar que en ella se plantea el problema de la causalidad no como un cambio del concepto sustantivo, sino como una cuestión procesal. Ello ha de deberse sin duda a que el de causalidad es un concepto de hecho, y por lo tanto no accesible a la casación, mientras que el Tribunal Supremo sí puede entrar en la razonabilidad de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia. La idea que acaba acogiendo el TS es que los estándares de certeza de las ciencias naturales y del Derecho penal, cuya misión no es explicar y predecir, sino atribuir responsabilidad, pueden ser perfectamente distintos. Cfr. las posiciones enfrentadas en el análisis de este caso en PAREDES CASTAÑÓN; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995; GIMBERNAT ORDEIG, La omisión impropia en la dogmática penal alemana: una exposición, en: _____, *Ensayos penales*, 1999, p.

novedad esencial en Derecho penal, acostumbrados como estamos a establecer vinculaciones conducta-resultado que permiten fundar la responsabilidad en sectores en los que, desde luego, no puede hablarse de causalidad en el sentido determinista del término (a modo de ejemplo: en la inducción, en la autoría mediata, en la estafa etc.).[17] El punto de partida del cambio de enfoque es la convicción de que la misión del juez no es la de explicar y predecir –propia de los científicos– sino la de comunicar relaciones de sentido.[18]

3.1.2 El riesgo permitido

La figura del riesgo permitido se encuentra asimismo sometida a importantes revisiones.[19] Éstas guardan relación con la ubicuidad del fenómeno del riesgo en las precisamente denominadas "sociedades del riesgo" y, por tanto, con su tránsito de la marginalidad a la centralidad del sistema.[20] Por un lado, se trata de establecer con claridad cuál es el alcance de la vigencia de la institución del riesgo permitido, delimitándolo de otras próximas como el riesgo permitido condicionado o el principio de precaución. Por el otro, de determinar su relación con el Derecho administrativo propio de los sectores regulados. En ambos casos, la incidencia de los casos del Derecho penal económico-empresarial es determinante.

Las fronteras que delimitan el riesgo permitido de otras instituciones próximas distan de estar claras. Así, del riesgo permitido debe distinguirse el riesgo estructural o sistémico;[21] este último en realidad no puede ser prohibido

---

257 y ss., 325 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG ¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?, *ADPCP*, 1999, p. 51 y ss.

17. Pese a que no sea inusual oír hablar de causalidad psíquica, parece claro que aquí se trata de motivación.

18. En esta línea de la existencia de diferentes "*Gewissheitsstandards*", ya KUHLEN, *FrageneinerstrafrechtlichenProdukthaftung*, 1989, p. 69 y ss.

19. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995.

20. Cfr. la obra esencial de PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993. Desde el punto de vista de la teoría de la justicia de *Rawls* y método del "velo de la ignorancia", KINDHÄUSER, "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit", *GA* 1994, p. 197 y ss.

21. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezionedell'innocente e la tutela delle vittime*, 3. ed., 2003, p. 112, aludiendo a los "mecanismos de un sistema económico que se desarrollan libremente", a los que contribuye todo el mundo de forma mayor o

(por ello, tampoco podría ser permitido), sino sólo gestionado. Asimismo, debe distinguirse del riesgo permitido el fenómeno de la acumulación de riesgos separadamente insignificantes. Pero en particular conviene tener presentes las diferencias existentes entre el riesgo permitido y el riesgo permitido condicionado. Este último es aquel mecanismo de permisión de riesgos especiales, en cuya virtud la exclusión de responsabilidad se pretende condicionar a una posterior actuación prudente del sujeto que obra en riesgo permitido. Expresado de otro modo: aquella institución en la que la permisión inicial de la conducta es compatible con la responsabilidad en comisión por omisión del sujeto por los resultados lesivos sobrevenidos (injerencia en virtud de actuar precedente no antijurídico). Pues bien, parece evidente que en el Derecho penal de la empresa pueden converger, junto a riesgos permitidos en sentido estricto, situaciones pertenecientes a una cualquiera de estas instituciones limítrofes. Como también lo es que el principio de precaución, cuya incidencia sobre el Derecho penal todavía está pendiente de valoración, ha de tener en el ámbito empresarial uno de sus principales ámbitos de aplicación.[22] En todo este sector se da, seguramente, la necesidad de introducir mayor claridad y de efectuar ulteriores distinciones.

Ya antes se ha subrayado que en las sociedades del riesgo el fenómeno marginal no es el riesgo, sino precisamente la ausencia de riesgo. La determinación de cuál es el riesgo permitido[23] –por oposición al riesgo típicamente desaprobado–

---

menor. Debe subrayarse, con todo, que la expresión "riesgo sistémico" es ambigua. Por un lado, designa el supuesto en que es el sistema en su conjunto el que genera el riesgo; por otro lado, designa el supuesto en que la intervención del Derecho penal se condiciona a que el riesgo trascienda lo individual y alcance a las condiciones de mantenimiento del sistema en su conjunto. En este último sentido, cfr. PAREDES CASTAÑÓN, Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico, en: DA AGRA; DOMÍNGUEZ; GARCÍA AMADO; HEBBERECHT; RECASENS (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, 2003, p. 91 y ss.

22. Sobre las bases filosóficas de esta idea, cfr. CRUZ, *Las malas pasadas del pasado. Identidad, responsabilidad, historia*, 2005, p. 132-133, citando a *Hans Jonas*: El poder adquirido por el hombre contemporáneo determina que estemos obligados a pensar acerca de las consecuencias remotas de nuestras acciones. Ahora bien, habida cuenta de la dificultad para conseguir esa representación de los efectos remotos, hay que dar prioridad a los pronósticos malos sobre los buenos.

23. Pese a que se pretende efectuar el juicio de peligro –también el de riesgo permitido– desde una perspectiva puramente *ex ante*, lo cierto es que se ve inevitablemente condicionado por lo que finalmente haya sucedido *ex post*. Este fenómeno del

es, pues, la decisión social central.[24] Ello pone de relieve, por lo demás, hasta qué punto todos los tipos delictivos (y no sólo aquéllos en los que clásicamente se detectaba la presencia de elementos normativos) son consustancialmente normativos. Ahora bien, la determinación del riesgo permitido no es precisamente fácil, como resulta posible advertir en los últimos tiempos a propósito de supuestos vinculados con la crisis financiera.[25]

En el caso de los tipos configurados como leyes penales en blanco, parece claro que la permisión administrativa[26] de un riesgo conlleva un espacio de atipicidad penal por riesgo permitido. Pues, en efecto, en tales casos se cede la resolución del conflicto inherente a la tipicidad a la Administración, en lugar de efectuar la ponderación el legislador o el juez penal.

En los tipos que no tienen esta configuración de leyes penales en blanco, es cierto asimismo que, hallándonos en sectores de actividad regulados por el Derecho administrativo, la determinación de la existencia de un riesgo no permitido pasa, en buena medida, por la constatación de la infracción de una disposición general (legal o reglamentaria) o incluso de actos administrativos. Sin embargo, aun en estos sectores debería rechazarse el establecimiento de una relación biunívoca entre la infracción de disposiciones administrativas y la afirmación de la existencia de un riesgo penalmente relevante.[27] Cabe, por un lado, que se infrinjan aquellas disposiciones y no pueda afirmarse la existencia

---

denominado *hindsight bias* del juzgador se halla suficientemente analizado en la sociología y en la filosofía moral, pero también en Derecho penal. Cfr., por ejemplo, LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, 1991, p. 21; KUHLEN, Zur Problematik der nachträglichen *ex ante*-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral, en: JUNG; MÜLLER-DIETZ; NEUMANN (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, p. 341 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 107.

24. Y no la de si hay peligro o no; o la de cuánto peligro hay.

25. Cfr. SCHRÖDER, Das erlaubte Risiko im Bankgeschäft am Beispiel der Pflichtwidrigkeit von ABS-Investitionen im Vorfeld der Finanzkrise, en: KEMPF; LÜDERSSEN; VOLK (Hrsg.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?*, 2011, p. 59 y ss.; MÜLBERT, Rechtliche Grenzen der Optimierung –das gesellschaftsrechtlich erlaubte Risiko, en: KEMPF; LÜDERSSEN; VOLK (Hrsg.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?*, 2011, p. 85 y ss.

26. Debe distinguirse entre los casos de permisión positiva (permisión fuerte) por parte de la norma administrativa y los de mera "no prohibición" (permisión débil) por dicha normativa. Esto últimos pueden, naturalmente, conducir a una solución diversa.

27. Sobre ello, KUDLICH, Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung, *Festschrift für H. Otto*, 2007, p. 373 y ss.

de tal riesgo jurídico-penal;[28] viceversa, cabe que no se infrinja disposición administrativa alguna y, sin embargo, deba afirmarse la existencia de unriesgo jurídicamente desaprobado para el Derecho penal.

La primera de las dos afirmaciones anteriores se debe al principio político-criminal de subsidiariedad del Derecho penal. Según éste, no cualquier infracción de regulaciones extrapenales de conducta, sino sólo de aquéllas que revistan mayor entidad y se hallen más inmediatamente vinculadas a la protección del bien jurídico individual de que se trate puede dar lugar a la afirmación de un riesgo penalmente desaprobado. La segunda, en cambio, tiene que ver con un problema específico de la regulación administrativa en ámbitos caracterizados por su gran complejidad y sujetos a un cambio permanente. En tales sectores, no es posible descartar que la regulación administrativa ofrezca lagunas, esto es, no prohíba determinadas conductas consideradas peligrosas ya en el momento de que se dictara la norma. Al igual que tampoco cabe descartar que la referida regulación haya quedado obsoleta ante la evolución de la ciencia y de la técnica y, por lo mismo, no prohíba conductas que, sin embargo, resulten peligrosas.

En resumen, es cierto que, en sectores regulados, la observación de que se ha infringido una disposición administrativa puede ser un buen indicio de la existencia de un riesgo penalmente desaprobado; del mismo modo que cabe que la observación de que no se ha infringido disposición alguna pueda considerarse un indicio de la inexistencia de un riesgo penalmente relevante. Sin embargo, no puede excluirse lo contrario.[29]

Con todo, conviene tener presente de modo adicional que con frecuencia las normas administrativas omiten pronunciarse sobre un determinado aspecto

---

28. Aparentemente en otro sentido, PAREDES CASTAÑÓN, Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del "caso de la colza", *Poder Judicial* 33, 1994, p. 421 y ss., 425: "se entiende que, en principio, quien cumple con las disposiciones administrativas en estos ámbitos (de conductas peligrosas) ha de quedar también exento de toda responsabilidad jurídica, incluso aunque, como consecuencia de la conducta, se acabe por producir un resultado disvalioso".

29. En este sentido no tengo inconveniente en aceptar la propuesta, algo más precisa, de KUDLICH, *Festschrift für H. Otto*, 2007, p. 387-388, según la cual la infracción de normas legales extrapenales especiales conlleva, por regla general, la apreciación de la infracción del deber de cuidado penal; en cambio, el cumplimiento de dichas normas sólo sería un indicio de la realización de un comportamiento penalmente cuidadoso. Ello se traduciría en una distribución diversa de la carga de argumentación en uno y otro caso.

(por olvido del legislador, sin ir más lejos) y, sobre todo, quedan obsoletas frente al desarrollo de la ciencia y de la técnica. Ello resulta especialmente patente desde la perspectiva del Derecho penal económico-empresarial. Por este motivo no son pocos los casos en que la normativa administrativa renuncia a establecer un criterio regulativo autónomo, limitándose a remitir al estado de la técnica. Ello tiene la ventaja de la mayor precisión y permanente actualización del conjunto de reglas (técnicas) de referencia. Ahora bien, el "estado de la técnica o de la ciencia" en un determinado sector de actividad es definido por la comunidad técnica o científica respectiva. La remisión desde el Derecho administrativo a esta instancia supone, pues, de modo explícito, la existencia de espacios de autorregulación en los sectores de que se trate.[30] En tales casos, lo más que puede hacer el Derecho administrativo es regular la autorregulación, es decir, fijar los procedimientos a través de los cuales se fija "el estado de la técnica" y el modo en que debe expresarse. La autorregulación no está en este, como en general en ningún sector, exenta de riesgos: a la pérdida del carácter público de la regulación cabe añade su posible utilización espuria como medio de eliminación de competencia etc. En efecto, el establecimiento de reglas técnicas muy exigentes puede constituir el medio a través del que las multinacionales eliminen del mercado a pequeñas empresas, incapaces de una inversión tan elevada como requieren las reglas fijadas por el *lobby* sectorial correspondiente.

3.1.3 Las conductas neutras de intervención

Una de las doctrinas que en los últimos tiempos más ha conmovido la teoría de las formas de intervención en el delito ha sido sin duda, la de las "conductas neutras". Resulta, a este respecto, sobradamente conocida la decisiva contribución de *Jakobs*[31] que, sintéticamente, pone de relieve que si no existe infracción de un deber especial, la mera causación o favorecimiento activo de la producción de un resultado no puede conducir a su imputación al

30. Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, ¿Es posible configurar la tipicidad del delito ecológico a través de las formas de autorregulación?, *Diario La Ley* 418, 07.06.2010, p. 1 y ss.

31. El ejemplo que ha hecho verter ríos de tinta ha sido el conocido como "caso del camarero" (o "mesero", o "mozo", según los usos lingüísticos de los diversos territorios de habla hispana).Por todas sus obras referidas al tema desde 1983, cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), 1996, passim y p. 131 y ss. Cfr. en la doctrina española, entre otros, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva: Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, 2001; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana"*, 2002.

agente, aunque éste obre con pleno conocimiento del alcance de su conducta. Sin embargo, a mi juicio, precisamente esta figura es modélica para poner de relieve cómo una institución en trance de revisión recibe un impulso decisivo a partir de su consideración a la luz de los casos del Derecho penal económico-empresarial, en los que la división funcional del trabajo y la consideración de que "no todos pueden ser garantes de todo" resultan elementos decisivos.

Mi visión puede ser naturalmente discutible. Pero tiendo a pensar que el factor que determinó la aceptación masiva –con todos los matices subjetivistas que se quiera- de la doctrina de las conductas neutras de intervención no fueron los supuestos académicos de panaderos, taxistas o camareros, sino, probablemente, el análisis del caso del *Dresdner-Bank*. Esto es: un caso en el que, mucho antes de que existieran deberes especiales de control de las entidades financieras con respecto a las operaciones de sus clientes,[32] una entidad bancaria alemana procedió a ejecutar la orden de su cliente de transferir fondos al extranjero, a un (pseudo-)paraíso fiscal.[33] Fue entonces cuando *Hassemer* pudo afirmar que "el que no hace otra cosa que su trabajo profesional, no realiza ningún tipo penal, aun cuando su conducta lesione un bien jurídico-penal o, en mi terminología: el fin de protección de la conminación penal no abarca conductas neutrales, aun cuando el tenor literal y el sentido de las palabras de la norma propiamente las abarquen".[34]

Naturalmente, sigue habiendo todavía mucho que discutir al respecto, sobre todo respecto a los casos en que el agente obra con dolo directo.[35] Y no es seguro que acabe aceptándose para los "delitos de sangre"[36] lo que sí va admitiéndose en el ámbito económico empresarial. Pero el ejemplo permite advertir cómo la normativización de una institución permite su apertura a casos novedosos (como los del Derecho penal económico-empresarial) y cómo a su vez la resolución de éstos favorece el proceso de generalización de una determinada doctrina.

---

32. En el marco de la legislación contra el blanqueo de capitales o contra el fraude fiscal.
33. Cfr. HASSEMER, Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, wistra 1995, p. 41 y ss. (parte 1.ª) y 81 y ss. (parte 2.ª). Cfr. también RANSIEK, Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht –Der Dresdner-Bank-Fall und andere Beispiele–, wistra 1997, p. 41 y ss.
34. HASSEMER, wistra 1995, p. 46.
35. Ya HASSEMER, wistra 1995, p. 85 y ss.; ROXIN, Was ist Beihilfe?, *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, p. 501 y ss., 513.
36. Mi impresión es que, por razones atávicas, en los delitos que afectan a la vida o la salud la causalidad directa o inmediata goza de un valor normativo-social que de momento conviene seguir teniendo presente.

3.1.4 El concepto y el contenido del dolo

Hace ya algún tiempo que la concepción cognitivo-volitiva del dolo ha ido siendo reemplazada, en la doctrina más avanzada, por una concepción cognitivista.[37] Ahora bien, la concepción cognoscitiva del dolo permite todavía distinciones ulteriores. Así, cabe mantener una concepción cognitivo-psicológica. Según ésta, el dolo es un dato psicológico, un estado mental. Pero proliferan las concepciones cognitivo-normativas. Para éstas, el enunciado que afirma la existencia de dolo no tiene la naturaleza descriptiva de un hallazgo mental, sino una naturaleza adscriptiva. El dolo sería, pues, objeto de un juicio de imputación, cuya base son determinados datos de experiencia, estos sí directamente constatables.[38]

Pues bien, la propia asociación del dolo a la existencia de un estado mental de conocimiento ha entrado en crisis. Precisamente, en los últimos tiempos se ha sostenido la imputación de dolo en casos en los que, simultáneamente, se admitía la imposibilidad de constatar un estado mental de conocimiento. Ello se ha manifestado de modo especial –aunque no único– en las doctrinas de la ignorancia deliberada. Éstas han tenido un especial desarrollo en la cultura jurídico-penal anglosajona (*willful blindness*) y se discuten desde hace algún tiempo en España.[39] Su base es que cabe la imputación dolosa aun siendo imposible constatar un estado mental de conocimiento de la situación en el sujeto, siempre y cuando pueda imputársele que debería haberla conocido y que, si no la conoció, fue porque provocó el desconocimiento por acción o por omisión.[40] No hace falta subrayar la importancia de esta concepción en el ámbito del Derecho penal económico-empresarial, en el que la mayor parte de los delitos no admiten la realización típica imprudente,[41] de modo que la

37. Ya FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983. Fundamental RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999.

38. Ya VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, 1980, p. 20.

39. De nuevo fundamental RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007.

40. Así, aunque en un *obiter dictum*, la STS 57/2009, de 02.02.2009 alude a que los requisitos para apreciar un caso de ignorancia deliberada serían: (a) una falta de representación suficiente (no absoluta) que se traduce en una sospecha de ilicitud; (b) una decisión de permanecer en la ignorancia; y (c) una determinada motivación (el propósito de beneficiarse de ello). En la práctica, con todo, parece que la "ignorancia deliberada" constituye una forma de eludir el esfuerzo de motivación de la prueba de indicios del dolo.

41. Resulta llamativa, en este sentido, la tendencia legislativa a tipificar delitos económicos imprudentes. En su día, el blanqueo imprudente; más recientemente, el contrabando

negación de la existencia de dolo conlleva la exclusión de la responsabilidad penal.

Ahora bien, de modo más o menos simultáneo, pero referido en particular a las actuaciones en el ámbito de organizaciones económicas, las ciencias del comportamiento han puesto insistentemente de relieve la existencia de sesgos cognitivos (o distorsiones cognitivas) en los integrantes de aquéllas. Dichos sesgos cognitivos (*cognitive biases inside business organizations*), derivados de la interacción en el seno de las organizaciones,[42] harían perder al agente la independencia cognitiva hasta incurrir en estados mentales de sobre-confianza o sobre-optimismo (*overconfidence*, *overoptimism*) e incluso en una auténtica ceguera cognitiva (*cognitive blindness*) con respecto a eventuales resultados lesivos. La cuestión es, entonces, si en estos casos, en que el estado mental de desconocimiento o, al menos, de conocimiento distorsionado del agente no parece de entrada imputable a éste, debería mantenerse la imputación a título de dolo, sin matización alguna, sobre la base de un genérico "deber de conocer". Como se advierte, pues, parece que el Derecho penal económico-empresarial está llamado a constituir un espacio especialmente relevante para el debate acerca del alcance de dolo típico.

3.1.5 Errores sobre leyes extrapenales

Como[43] ya se ha indicado más arriba, una de las características más significativas del Derecho penal económico-empresarial es la accesoriedad de sus descripciones típicas con respecto a las regulaciones del Derecho público o privado. Esta circunstancia, que redunda en redacciones típicas con estructuras de leyes penales en blanco, elementos normativos de contenido jurídico y elementos de valoración global del hecho, tiene diversas repercusiones. Algunas

---

imprudente. La tipificación de delitos de peligro en este ámbito constituye también una forma de eludir la exigencia de un dolo de lesión.

42. COHAN, "I Didn't Know" and "I Was Only Doing My Job!": Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Cas Study of Enron's Information Myopia, 40 *Journal of Business Ethics* (2002), p. 275 y ss. Para el caso de los abogados, LANGEVOORT, Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud, 46 *Vanderbilt Law Review* (1993), p. 75 y ss.; en particular para el abogado interno de la empresa, LANGEVOORT, Getting (too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk and the Financial Crisis, en Georgetown Business, *Economics and Regulatory Law Research Paper* n. 11-27 (http://ssrn.com/abstract=1932398).

43. Fundamental, FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, 2009.

de ellas no interesan aquí, pues tienen que ver sustancialmente con problemas de legalidad y, en particular, de taxatividad.[44] En cambio, sí interesan las que tienen que ver con la imputación objetiva y el error.

En particular en cuanto al error, se advierte aquí de nuevo cómo un debate preexistente a la entrada en juego de los casos de Derecho penal económico se ve retroalimentado por éstos. En efecto, la cuestión decisiva aquí es la de si el error sobre leyes penales en blanco o elementos de valoración global del hecho debe tratarse como error de tipo o como error de prohibición. Pues bien, conocida es la difusión de doctrinas que trataban al error de derecho extrapenal de modo análogo al error de hecho, poniendo así al sujeto al resguardo de la eficacia de la máxima *error iuris nocet*. Pero también que éstas fueron superadas en el período posterior a la II Guerra Mundial, en el que –por la influencia de *Welzel*– el error sobre leyes penales en blanco y elementos del deber jurídico pasó a recibir el tratamiento del error de prohibición. Ello significaba que –en caso de error vencible– el sujeto de tales errores resultaba punible incluso con respecto a aquellos delitos en los que la modalidad de realización imprudente era atípica; más aún, que dicho error vencible recibía únicamente una atenuación facultativa de la pena.

Con posterioridad, se fueron difundiendo doctrinas distintivas. En el marco de éstas, la calificación como error de tipo o como error de prohibición dependía de que el objeto del error fueran los presupuestos de hecho de la lesión de la norma extrapenal de complemento de la ley en blanco (o de la realización del elemento de valoración global) o bien la infracción misma de tal norma extrapenal (la realización misma del elemento de valoración global). Es más, un sector doctrinal en ascenso ha tendido a calificar todos estos errores como errores de tipo en la medida en que determinaran un desconocimiento por parte del sujeto del significado social de su conducta. Algo que en casos de *mala quia prohibita* resulta ampliamente razonable, aparte de que pueda venir

44. Por ejemplo, las relativas a si la definición legal extrapenal de un determinado elemento normativo (o incluso la interpretación de su alcance por parte de la doctrina y jurisprudencia sectorial) debe resultar vinculante o no para su aplicación jurídico-penal. La tensión entre el pensamiento formalista (tendencialmente accesorio) y el pensamiento fáctico (tendencialmente autónomo) no ha abandonado al Derecho penal económico desde sus inicios. Cfr. CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise: ein Beitrag zur Auslegung im Strafrecht*, 1984. Sobre la crítica al pensamiento "civilista": LOBE, Der Einfluß des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht, *Festgabe für R.v. Frank*, 1930, p. 33 y ss.; BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938. Más recientemente, LÜDERSSEN, Die Wiederkehr der Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken –eine Warnung, *Festschrift für E.-W. Hanack*, 1999, p. 487 y ss.

respaldado por la propia literalidad de los tipos en presencia. En efecto, en sectores de actividad fuertemente intervenidos por el Derecho, la relación de una conducta con el Derecho es determinante de la medida de su relevancia social.

El correspondiente enriquecimiento del ámbito del error de tipo a costa del error de prohibición es, por lo demás, consistente con el proceso de normativización de la tipicidad objetiva. En efecto, el objeto del dolo viene dado por los elementos del tipo objetivo. Éstos, por su parte, han experimentado un proceso de normativización evidente a través de las doctrinas del comportamiento desaprobado y de la imputación objetiva. Atendido lo anterior, parecería consecuente que el contenido del dolo experimentara el mismo proceso de normativización.

Sin embargo, este proceso parece disfuncional en un contexto de tipos en los que la modalidad imprudente de comisión resulta excluida. Algo que es muy común, como se ha indicado, en el Derecho penal económico-empresarial. También se ha indicado que los tipos del Derecho penal económico-empresarial se estructuran muy frecuentemente como tipos fuertemente normativizados, en particular como leyes en blanco o tipos con elementos de valoración global del hecho. Así las cosas, si fueran calificados como errores de tipo, la mayor parte de los errores vencibles en materia penal económica darían lugar a la impunidad de la conducta. En la Jurisprudencia y en cierta doctrina el proceso ha sido, entonces, el inverso: la expansión del error de prohibición, a fin de sancionar –de forma atenuada– los errores vencibles de los sujetos. Lo que resulta compatible con el carácter punitivista que suele acompañar el tratamiento jurisprudencial de los casos de Derecho penal económico. En todo caso, parece claro que éste ha de ser uno de los ámbitos de debate futuro.

3.1.6 La generalización del modelo distintivo-normativo de intervención en el delito[45]

Como es sabido, la teoría de la intervención en el delito ha experimentado una evolución diferenciada en el ámbito de los delitos dolosos activos, en el ámbito de los delitos dolosos omisivos y, en fin, en el ámbito de los delitos imprudentes (tanto activos como omisivos).

45. Sobre lo que sigue, fundamental, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, así como toda la obra posterior de este autor. Últimamente, ROBLES PLANAS, "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito", *InDret Penal* 2/2012 (www.indret.com).

En el ámbito de los delitos dolosos activos, la evolución doctrinal condujo a la conformación de un concepto restrictivo de autor, cualitativamente diferenciado de las formas de participación, consideradas como extensiones de la punibilidad. No obstante, ese estado de cosas, cristalizado en las versiones más restrictivas de la teoría objetivo-formal,[46] pasó a ponerse en cuestión tras la consagración de la teoría del dominio del hecho como doctrina dominante. Ya desde dentro de la doctrina del dominio del hecho –como expresión de una creciente normativización de ésta–, ya desde fuera de ella, se han ido subrayando los elementos de infracción de deber como integrantes de la realización del tipo doloso. La idea es que, sin infracción del deber, cabe la posibilidad de que la concurrencia de causalidad, dolo y dominio del hecho sea insuficiente para fundamentar la responsabilidad del sujeto.[47] Que, produciéndose una infracción de un deber, cabe responsabilidad, aun sin causalidad, ni dominio.[48] Y que, dada una relevante infracción del deber, la lejanía con respecto a la consumación del hecho puede no obstar a la calificación de la conducta del autor como de coautoría. La creciente expansión de la coautoría, a costa de la cooperación necesaria, por la fase preparatoria del delito es una manifestación de ello. Sea como fuere, lo cierto es que en el ámbito de los delitos dolosos activos se está produciendo una evolución hacia la menor diferenciación de las formas de intervención, esto es, en realidad, hacia su diferenciación cuantitativa.

En los delitos imprudentes y de omisión la evolución ha sido la contraria. Su temprana normativización –que se manifestó en la conformación de la infracción del deber de cuidado y de la infracción del deber de garante como conceptos categoriales básicos– conducía a un tratamiento unitario de todos los casos. Sin embargo, esa normativización uniformizadora –que ha dado lugar a los que conocemos como concepto unitario de autor en los delitos imprudentes y como concepto indiferenciado de omitente en el ámbito de los delitos impropios de omisión– ha dado paso a intentos de diferenciación. Así, en la discusión contemporánea una de las posiciones doctrinales más relevantes es la que sostiene la diferenciación de autoría y participación en los delitos imprudentes[49] y en los delitos de omisión. Aunque a continuación se abren espacios para los matices y ulteriores diferenciaciones en su caso.

---

46. Para la cual, como es sabido, autoría es realización de todos o, como mínimo, realización de alguno de los elementos descritos en la figura de delito.
47. Como sostiene la doctrina de las conductas neutras de intervención.
48. Siempre que nos encontremos ante un delito especial de deber.
49. Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004.

Ello resulta especialmente apto para el abordaje de los casos de Derecho penal económico-empresarial. En éstos, en efecto, dada la diversidad de posiciones integradas en las complejas estructuras empresariales, se hace preciso disponer de esquemas diferenciados de tratamiento que gocen de mayor respaldo dogmático que el que es propio de la todavía incipiente doctrina dogmática de la individualización de la pena. Por otro lado –y esto vale de modo significativo para los delitos dolosos activos– parece claro que la atribución de la condición de autor no debería circunscribirse a la proximidad formal (o espacio-temporal) con la producción del resultado.

3.2 El impulso del Derecho penal de la empresa

3.2.1 El desarrollo de la doctrina de las posiciones de garantía

Una posibilidad de impulso a la doctrina de la autoría a partir de los casos del Derecho penal económico-empresarial habría sido la extensión de la autoría mediata por "dominio de organización" de los aparatos estatales o paraestatales (y de la criminalidad organizada) al ámbito estrictamente empresarial. Sin embargo, esta posibilidad –pese a la existencia de una discusión todavía abierta– ha sido con razón mayoritariamente rechazada.[50] El propio creador de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder ha optado por otra vía alternativa.[51]

En mi opinión, si hay una institución a cuyo desarrollo el Derecho penal económico está prestando un impulso decisivo, ésta es la doctrina

50. Cfr. recientemente sobre la discusión y la posición mayoritaria, HEINRICH, "Zur Frage der mittelbarenTäterschaft kraft Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen bei Wirtschaftsunternehmen", *Festschrift für V. Krey*, 2010, p. 147 y ss., 154 y ss.; MITTELSDORF, *ZIS* 3/2011, p.124, subrayando la tendencia de la jurisprudencia alemana a acogerla, frente a la posición de la doctrina mayoritaria, partidaria de no aplicar tal concepto a las empresas. En España, matizadamente distinto BACIGALUPO, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 37 y ss., 52.

51. Según ROXIN, *Strafrecht AT*, II, 2003, § 25 II Rdn. 136-137 existe una necesidad de hacer responsables a título de autores a los altos directivos de las empresas por los hechos de sus empleados, que han ordenado, favorecido o no impedido de forma contraria a deber. Con independencia de si su intervención es activa u omisiva, ello debe dar lugar a una "Täterschaft kraft Pflichtenstellung" –autoría por posición de deber–. Se trataría de una nueva clase de autoría mediata cuyo fundamento sería la posición de garante del empresario, que lo haría autor según las reglas de los delitos de infracción de un deber.

de las posiciones de garante.[52] Ello, por un lado, por la consolidación de la doctrina de las posiciones de garantía de base institucional en el ámbito de la criminalidad en la empresa (*Betriebskriminalität*), como puede advertirse de modo significativo tanto en la administración desleal como en las estafas intraempresariales. Es más, porque no cabe descartar que nos hallemos en el camino hacía la conformación cultural de vínculos institucionales entre la empresa (y sus administradores), por un lado, y otros terceros (competidores, proveedores, clientes, acreedores, sociedad en su conjunto, Estado). Ideas en boga como la de responsabilidad social corporativa, o la de gobernanza, parecen apuntar en este sentido que, de confirmarse, debería ser objeto de la correspondiente construcción dogmática.

Sin embargo, por otro lado –y sobre todo–, el impulso del Derecho penal económico se advierte en el ámbito de la criminalidad de empresa (*Unternehmenskriminalität*) y consiguientemente de las posiciones de garantía de base organizativa. Aquí se ha advertido la necesidad de una teoría más distintiva de las posiciones de garante. Ello, no sólo mediante la antes mencionada diferenciación de autoría y participación, sino también mediante específicas diferenciaciones adicionales de los contenidos del deber y de las consecuencias de su infracción. La incipiente discusión sobre las características de la posición de garantía del *compliance officer* (si es que ésta existe) constituye un buen ejemplo de este impulso. Pero ya antes existía una discusión –que apenas ha progresado- sobre la posición de garantía del abogado (tanto interno como externo) de empresa.[53] Pues bien, sin entrar en demasiados detalles,

52. Cfr. ya los trabajos contenidos en la obra: AMELUNG (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000.

53. Contamos, de momento, con la posición negativa de la STS 37/2006, de 25.01.2006, en cuanto al abogado interno de la empresa. Una posición incipientemente distinta, formulada además con carácter general, cabe advertir probablemente en la STS 1193/2010, de 24.02.2011. Debe llamarse la atención sobre una doctrina anglosajona en alza que tiende a desarrollar la idea de que los abogados son "*gatekeepers*". Y no sólo eso. La tesis central es que el abogado/asesor tiene unos deberes que van mucho más allá de los que tendría el abogado litigante. A mero título de ejemplo: FISCH; ROSEN, Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?, 48 *Villanova L. Rev.* (2003), p. 1097 y ss.; KIM, "The Banality of Fraud: Re-situating the Inside Counsel as Gatekeeper", 74 *Fordham L.R.* (2005), p. 983 y ss.; SCHWARCZ, "The Role of Lawyers in the Global Financial Crisis", 24 *Australian Journal of Corporate Law* (2010), p. 1 y ss., 6 y ss.: "The lawyer should try to persuade the client to comply with the law and, if unsuccessful, ultimately may have to resign", dejándose abierta la cuestión de si incluso el abogado tendría que hacer más, por ejemplo, "'noisily withdrawing' by making some public

que superan las posibilidades de este texto, debe indicarse que la doctrina se encuentra ya ante el reto de diferenciar la posición de garante de la empresa, la del empresario (los socios), la de los administradores, la de los directivos sectoriales (...) y sobre todo ante el de reconstruir sus interacciones.[54]

Así, se hallan ofrecidas a la discusión propuestas como la de *Montaner Fernández*, que distingue entre el proceso de "asignación de ámbitos de competencia" (propio de la relación entre administradores y directivos); el de "delegación de competencias o funciones en sentido estricto" (entre los niveles de la dirección); y el de la delegación o, mejor, "encargo de la ejecución de una función" (más propio de la relación entre directivos y empleados sin autonomía decisoria).[55] Por mi parte, intento establecer, dentro de la empresa, los ámbitos de vigencia del principio de separación estricta de esferas, el principio de confianza y el principio de desconfianza.[56] Ello conlleva, respectivamente, la individualización de relaciones en las que se niega la existencia de toda posición de garantía; otras en las que existe una posición de garantía limitada a la neutralización de la propia aportación previa o a la evitación del resultado lesivo producido en la esfera de organización de otro, una vez alcanzado un determinado estado de conocimiento[57] sobre la actuación ilícita de este último;[58] y otras en las que existe una posición de garantía de vigilancia en

---

announcement of the client's actions". En general sobre la posición institucional del abogado, cfr. BRADLEY WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, 2010.

54. Cfr. un intento de reconstrucción con referencias en SILVA SÁNCHEZ, "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" (manuscrito en prensa); algún apunte anterior en SILVA SÁNCHEZ, "Deberes de los miembros de un Consejo de Administración", *InDret Penal* (Editorial) 2/2011 (www.indret.com).

55. MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008, p. 87, 99 y ss.

56. Lo que requiere una fundamentación que compromete en ocasiones los propios fundamentos filosóficos de las relaciones interpersonales.

57. Estado de conocimiento que puede variar en función de las situaciones: por ejemplo, en ciertos casos puede bastar para la responsabilidad el conocimiento correspondiente a la imprudencia o al dolo eventual. En cambio, en el caso de las "conductas neutras" incluso la tesis subjetivista, que niega que aquí se trate de la vigencia del principio de separación estricta de esferas (ausencia de posición de garantía alguna), exige el conocimiento propio del dolo directo (lo que significa: establece una posición de garantía de alcance muy limitado, pues admite que el sujeto se ampare en la confianza incluso con dolo eventual respecto al hecho lesivo realizado por el tercero).

58. Conviene reiterar aquí que en estos casos no se trata de que el conocimiento genere deber alguno, sino que el deber ha de preexistir (correspondiendo normalmente

sentido estricto,[59] lo que implica un deber previo de adquirir conocimiento sobre eventuales conductas ilícitas de terceros, estableciendo a tal efecto los sistemas de control correspondientes.

Existe, por lo demás, un sinnúmero de situaciones problemáticas adicionales: a mero título de ejemplo, la figura del delegado sin medios; la del subordinado dominante en virtud del control de los flujos de información; la del delegado de vigilancia. Etcétera. Todo un conjunto de cuestiones que requieren un desarrollo teórico.

3.2.2 La conformación de diversas clases de delitos especiales

Buena parte de los delitos económicos son delitos especiales. Se trata, por lo demás, de delitos especiales cuyo *intraneus* es la persona jurídica empresario; sólo en ésta concurren, en efecto, las condiciones subjetivas de autoría. Así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia –primero–[60] y los legisladores –más tarde, en algunos países–[61] han tratado de elaborar cláusulas de transferencia de la condición de *intraneus* a sujetos (administradores, representantes) que, en principio, serían *extranei* con respecto a la correspondiente figura de delito. La evolución dogmática de estas cláusulas resulta impensable sin el impulso de los casos del Derecho penal económico, que están obligando a un equilibrio entre las perspectivas más fácticas y las más formalistas.[62]

Sin embargo, lo que ahora se trata de subrayar es, ante todo, la contribución de los supuestos de hecho del Derecho penal económico a la diferenciación de delitos especiales. En realidad, la base para esa diferenciación venía dada ya por la fundamentación de las cláusulas de actuar en lugar de otro sobre la noción del "dominio social" del inicial *extraneus* transformado en *intraneus* en virtud de aquéllas. Pues, en efecto, a partir de esa idea podía imaginarse que un *extraneus* tuviera dominio social típico por vías distintas

---

a relaciones internas de grupos bien delimitados). Lo que sí es cierto es que el conocimiento puede permitir conformar el hecho infractor del deber como hecho con sentido. En otros términos, la infracción del deber requiere el conocimiento a los efectos de la imputación.

59. Lo que probablemente implica distinguir entre meros deberes de aseguramiento y deberes que tienen por objeto, además, la vigilancia de aquello que, eventualmente, deba ser asegurado.

60. A través de una aplicación más del "pensamiento fáctico".

61. Mediante las denominadas "cláusulas de actuar en lugar de otro".

62. Cfr. STS 606/2010, de 25.06.2010.

a las que, contempladas específicamente en aquellas cláusulas, permitían su transformación sobrevenida en *intraneus*; es decir, cabía concebir la paradójica existencia de delitos especiales abiertos en general a la autoría de *extranei*. Pero, al mismo tiempo, se advertía la existencia de delitos especiales con respecto a los que ningún *extraneus*, por mucho "dominio social" que poseyera sobre la realización típica, podría devenir *intraneus*.[63]

Creo que el primer paso en esta línea[64] vino dado por la distinción entre "delitos especiales de dominio" y "delitos especiales consistentes en la infracción de un deber".[65] Y una importante progresión en ella representó la reformulación de la diferenciación en los términos de "delitos de posición" y "delitos especiales de deber", con la consiguiente profundización en sus consecuencias dogmáticas.[66] La aceptación de una categoría de delitos especiales que, sin embargo, siguen siendo "de posición" determinaría caracterizar a éstos como delitos especiales en sentido amplio. Es decir, como delitos en los que la restricción legal del círculo de autores a un determinado grupo de sujetos obedece a que se entiende que éstos son los que, de entrada, se encuentran en una posición idónea para lesionar el bien jurídico, al gozar de una mayor y permanente accesibilidad a éste. Ello permitiría al legislador aislar determinadas posiciones de dominio social típico (situaciones sociales o círculos de vida), pero no modificaría el título de imputación: la organización de la propia esfera de libertad. Precisamente por eso, debería admitirse la imputación del delito a título de autor a sujetos que, aunque ajenos de entrada a esa posición, pudieran acceder a ella, controlándola. En particular, en los casos de delitos especiales de posición debería admitirse la posibilidad de autoría mediata de un *extraneus*, que instrumentalizara el error del *intraneus*.

A diferencia de lo anterior, los delitos especiales de infracción de un deber (delitos especiales de deber o delitos especiales en sentido estricto) no serían

63. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 31", en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. III, 1999, p. 369 y ss., 383 nota 27, con amplias referencias a la obra fundamental de GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, y t. II, 1986.

64. A la que subyace la influencia de la diferenciación, que debemos a *Jakobs*, entre "responsabilidad por organización" y "responsabilidad institucional".

65. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999, p. 164 y ss.; GARCÍA CAVERO, La discusión dogmática en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, *RDPC* 9, enero 2002, p. 103 y ss.

66. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 240 y ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2006.

sólo legalmente distintos de los delitos comunes, sino también dogmáticamente distintos. Su esencia radicaría en la infracción de un deber de naturaleza institucional, al que sólo podría acceder luego un tercero en virtud de un mecanismo jurídico específico de transferencia de la posición de deber (por ejemplo, la representación, la relación orgánica de administración, etc.). Esto significa que en los delitos especiales de infracción de un deber, el *extraneus* no puede ser nunca autor mediato, pues, por mucho dominio que ostente sobre el *intraneus*, ello no hará del *extraneus* un "infractor" del deber del *intraneus*, sino sólo un "provocador" de la infracción del deber por parte de dicho *intraneus*.

Por mi parte, he tratado de añadir a lo anterior la consideración de que probablemente no es obligado entender los delitos especiales en los términos alternativos reseñados. Precisamente a propósito del delito de defraudación tributaria, he creído advertir la existencia de delitos que, además de la infracción de un deber, exigen, de uno u otro modo, un elemento de dominio u organización trascendente a la pura vinculación institucional del sujeto.[67] En todo caso, lo anterior pone de relieve la decisiva contribución de los casos del Derecho penal económico a la evolución de la doctrina de los delitos especiales que ha de afrontar todavía numerosos retos en este ámbito específico.

3.2.3 ¿Regreso a la accesoriedad objetiva?

Es sobradamente conocido que la doctrina de la accesoriedad media o limitada de la participación se impuso en el marco del sistema neokantiano del delito. En él, accesoriedad media significaba accesoriedad a la antijuridicidad objetiva: bastaba con el hecho objetivamente antijurídico del autor (sin que éste obrara culpablemente, expresión que comprendía el dolo y la imprudencia) para fundamentar la responsabilidad del partícipe.

La posterior imposición de la sistemática finalista cambió las cosas, al integrar el dolo y la imprudencia en el ámbito de la antijuridicidad (en virtud de la doctrina del injusto personal). Así, la afirmación del principio de accesoriedad limitada pasó a significar que el autor debía realizar un hecho objetiva y subjetivamente antijurídico, para que respondiera penalmente el partícipe.

En los delitos comunes[68] ello generaba problemas relativamente superables. Pues en los casos de déficits subjetivos del autor –en particular,

67. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 59 y ss., 65 y ss., 70 y ss.

68. Y, si se quiere, también en los delitos especiales de posición.

si éstos hubieran sido provocados por otro interviniente– podía resultar relativamente factible la atribución de responsabilidad a este último a título de coautor o autor mediato. Sin embargo, en los delitos especiales (muy en particular, en los de infracción de un deber) el problema resultaba *a priori* insuperable. Pues la concurrencia en un supuesto de hecho de un *intraneus* sin dolo y de un *extraneus* doloso parecía conllevar una irresponsabilidad general.

La Jurisprudencia española ha afrontado este problema en una serie de resoluciones que, desde luego, no resultan todo lo claras que sería deseable. Pero lo cierto es que en ellas se sanciona al partícipe *extraneus* en un delito especial pese a que el autor *intraneus* obró sin dolo. Así, para el caso de un delito de defraudación tributaria, la STS 539/2003, de 30 de abril; para el caso de delitos contra la administración pública, la STS 222/2010, de 4 de marzo; en un caso de fraude a las Comunidades Europeas, la STS 606/2010, de 25 de junio.

Algún observador podrá apreciar que en ninguno de los casos señalados se señala con claridad que al autor *intraneus* le falte el dolo natural; en algún caso se deja abierta la cuestión de si obró en error de tipo o en error de prohibición (en todo caso, impune, por invencibilidad). Es más, incluso en la última se las sentencias citadas se realizan ímprobos esfuerzos para tratar de sostener que los *intranei* obraron con alguna suerte de conocimiento mínimo. Se trata, en parte, de una oscura manifestación indirecta de lo que antes se denominó "expansión del error de prohibición". En puridad dogmática, sin embargo, hay pocas dudas acerca de que los *intranei* en cuestión obraron en un error de tipo; además, probablemente vencible, lo que no obstaba a la exclusión del injusto típico en su caso, dado que los tipos que venían en consideración no admiten la forma comisiva imprudente.

Así pues, los casos mencionados plantean *volens nolens* el problema de si acaso procede revisar la concepción dominante del principio de accesoriedad limitada de la participación. Una concepción que, ciertamente, no es la histórica. Aparte, no cabe excluir, desde luego, que en ellos se manifiesten también algunos de los problemas derivados de la diferenciación entre clases de delitos especiales. Pero en ciertos casos se trata, en primer lugar, claramente de delitos especiales de deber; y, en segundo lugar, de supuestos de error de tipo (error sobre la arbitrariedad de la decisión prevaricadora, por ejemplo). Así que parece que la doctrina no puede eludir la necesidad de discutir la cuestión del problema de la accesoriedad. De nuevo, una aportación de los casos de Derecho penal económico a la discusión general de la teoría del delito.

3.3 Retos pendientes

3.3.1 Introducción

Resultaría pretenciosa la mera enumeración de los retos adicionales que los casos del Derecho penal económico-empresarial pueden plantear a las instituciones de la teoría del delito. Ello significaría, de entrada, que se han identificado todos los existentes y que, además, se dispone de las dotes proféticas para augurar los futuros. Tanto lo uno como lo otro está fuera de mis posibilidades generales; mucho más, obviamente, de llevarlo a cabo en el espacio del que dispongo en este texto.[69]

En todo caso, algo está claro. En los sistemas legales en que –como en España– se ha implantado la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, el reto fundamental es el de conformar una teoría del delito adecuada a la resolución de los casos en que éstas se vean imputadas. Tengo para mí que sobre ello es mucho más lo que desconocemos que lo que nos aventuramos a plantear. En todo caso, se han dado ya pasos relevantes en la línea de esta teoría del delito[70] que, se quiera o no, claramente reviste ya los rasgos del Derecho penal de "segunda velocidad".

3.3.2 La aparente disminución de importancia del principio de autorresponsabilidad en el Derecho de la empresa

El principio de autorresponsabilidad constituye un criterio de limitación de la responsabilidad de terceros por hechos que ha organizado (según una postura más clásica, dominado) el propio sujeto autorresponsable. Pues

69. De todos modos, sí querría aludir aquí a un tema que me parece merecedor de algún desarrollo. Me refiero a la cuestión del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos económicos-empresariales. Ésta tiene dimensiones muy diversas. Así, puede aludirse, por un lado, a los delitos societarios y, en concreto, a la relevancia del consentimiento de la Junta de socios en relación con delitos que parecen tener una significativa dimensión institucionalista. La diferencia entre el consentimiento de todo el capital o de sólo la mayoría de éste resulta, probablemente, significativa. En otro orden de cosas, se halla la cuestión de la tolerancia administrativa en el caso de bienes jurídicos que, en buena medida, pueden redefinirse en términos de "modelos de gestión administrativa de determinados sectores". Sobre ello, valga de momento con la remisión a GÄNBLE, *Das behördliche Zulassen strafbaren Verhaltens, eine rechtfertigende Einwilligung?*, 2003.

70. El más reciente del que tengo noticia, BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012.

bien, una observación superficial parece poner de relieve que el principio de autorresponsabilidad tiene una eficacia disminuida en el ámbito del Derecho penal de la empresa. Ello sucede, en ocasiones, a la hora de conformar en el empresario posiciones de garantía de protección de los trabajadores frente a riesgos asumidos responsablemente por éstos. Según la doctrina (probablemente dominante) que suscribe esta posición, se trata de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias.

Es dudoso cómo puede haberse generado esta posición de garante.[71] Una posibilidad es entender que su surgimiento sucede en el tiempo a una época de "riesgo permitido laboral", propia del industrialismo burgués. De ser así, la perspectiva socializante habría tomado como base la apreciación de una desprotección esencial del trabajador, derivada de una pretendida situación de coacción intrínseca a la relación laboral. Esa desprotección es la que habría generado de hecho el surgimiento del Derecho laboral –desde dentro del Derecho privado– con su principio interpretativo *pro operario*. La idea es, en última instancia, que todo trabajador se encontraría en una situación de necesidad.[72] Sin embargo, la traslación de esta idea genérica (que puede considerarse correcta en términos de mera aproximación) al ámbito de imputación de responsabilidad penal en un caso concreto resulta escasamente fundada.

Una hipótesis alternativa es la de que la posición de garantía del empresario puede tener que ver con la constatada existencia de sesgos cognitivos en los trabajadores, derivados por regla general de su habituación al riesgo, con la consiguiente minusvaloración de éste. Tales sesgos cognitivos determinarían una afectación de la racionalidad (*bounded rationality*) que conllevaría la existencia de una disminución de la autorresponsabilidad; pues ésta requiere racionalidad. La disminución de la racionalidad en el trabajador, eventualmente debida a sesgos cognitivos y atajos heurísticos, es la que debería ser neutralizada por el empresario mediante las correspondientes técnicas de formación e información (también, de intervención psicológica). La posición de garante del empresario surgiría entonces de la organización de un entorno en el que surgen

71. Cfr. por ejemplo LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, 1994, p. 586 y ss., partiendo de modo general de una falta de conocimiento y de voluntad que impediría hablar de una auténtica "autopuesta en peligro" del trabajador.

72. Si lo entiendo bien, se mueve todavía en esta línea SCHÜNEMANN, Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität –am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrechts in europäischer Perspektive–, *Festschrift für H. J. Rudolphi*, 2004, p. 297 y ss., 299.

sesgos cognitivos en los subordinados. Y el deber de actuar consistiría en su neutralización. El incumplimiento de dicho deber generaría la responsabilidad.

Un ámbito distinto es el que se refiere a la posición de garantía de vigilancia de los administradores y directivos sobre sus subordinados que puedan generar riesgos para terceros. De nuevo se trata aquí de una extraña posición de garantía sobre sujetos autorresponsables, cuya fundamentación ha generado dudas y discusiones desde hace tiempo.[73] Un posible fundamento es la idea de que la empresa en sí constituye un riesgo especial. Pero precisamente lo que debería aclararse es por qué la empresa (o alguna clase de empresa en particular) puede verse como un riesgo especial. Una posible explicación es la que toma en consideración la potencialidad criminógena de ciertas dinámicas de grupo. A éstas se añadirían otras razones propias de la organización empresarial: por un lado, los ya reiteradamente aludidos sesgos cognitivos y atajos heurísticos;[74] por otro lado, en el plano volitivo, el anonimato, concepciones erradas de la lealtad y la solidaridad etc.[75] Todo ello determinaría que los subordinados supuestamente autorresponsables pudieran ir mostrando, pese a todo, carencias relevantes en cuanto a la percepción y el subsiguiente control de riesgos (otra vez: *bounded rationality*). La neutralización de esas carencias estructurales sería precisamente el objeto de la posición de garantía.

Ciertamente, todos los estudios sobre los delitos de empresa coinciden en atribuir especial relevancia a la estructura organizativa que es inherente a tal entidad. Esta dimensión de organización se ha tomado incluso como fundamento de la responsabilidad penal de las empresas mismas (culpabilidad por defecto de organización) o, en todo caso, de la imposición de consecuencias jurídico-penales a aquéllas (organización defectuosa como estado de cosas peligroso para los bienes jurídicos). Al analizar la responsabilidad individual de sus integrantes, la actuación en el marco de una organización se considera muchas veces como un elemento agravatorio, reflejo de un mayor contenido de injusto, ya sea por el correspondiente incremento del riesgo para el bien jurídico, ya por la especial virtualidad de negación del Derecho que ello entraña.

Ahora bien, como se ha advertido, la actuación en el ámbito de estructuras organizadas de empresa también afecta a la autorresponsabilidad de los

---

73. Cfr., por todos, HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, 1995, p. 116 y ss.

74. Cfr. PRENTICE, Teaching Ethics, Heuristics, and Biases, *Journal of Business Ethics* 1 (1), 2004, p. 55 y ss., con una enciclopédica descripción de tales sesgos, así como subrayando (p. 67 y ss.) la gran dificultad de su neutralización.

75. Categóricamente, ya SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 22-23 con respecto a la "*kriminelle Verbandsattitüde*", p. 30 y ss., 56 y ss.

agentes, dando lugar a la génesis de posiciones de garantía de terceros (ya sean de protección, ya de vigilancia). Si esto es así, la referida afectación de la autorresponsabilidad debería contemplarse asimismo como un factor de disminución de la pena.[76]

Mutatis mutandis, sucede aquí algo próximo a lo que se aprecia en el ámbito de la macrocriminalidad:[77] se da una pluralidad de elementos que determinan que la representación de la realidad, el sentido de responsabilidad, así como los frenos inhibitorios o la representación de las normas experimenten una disminución que eventualmente podría llevar hasta su desaparición.[78]

En la conformación de una actitud criminógena de grupo concurren varios aspectos cuyo origen es diverso, pero que, sumados unos a otros, pueden, en efecto, dar lugar a una importante disminución de responsabilidad. En primer lugar, ya se ha hecho alusión a la existencia de numerosas distorsiones cognitivas: sesgos de emulación, adaptación, confirmación, etc. En segundo lugar,existen distorsiones motivacionales: se da la circunstancia de que el subordinado considera que actúa por el bien de la empresa,[79] esto es, con una motivación altruista y no egoísta, lo que disminuye su inhibición a actuar. En tercer lugar, sucede que el subordinado actúa en el marco de una estructura jerárquica, con un responsable superior, lo que, aun en el caso de perfecto conocimiento de la situación y de la norma, produce una cierta dejación de responsabilidad: se produce una desviación de la responsabilidad moral "hacia arriba", como puso de relieve el experimento *Milgram*.[80] En cuarto lugar, la actuación en el marco de un colectivo da lugar a que el sistema de normas del Derecho penal (o del sistema social, más en general) entre en colisión con otros sistemas de normas propios del grupo, lo que provoca que el sujeto se forme un código –sintético– propio. Y, a la vez, la necesidad de adaptación al

76. Sobre lo que sigue, SILVA SÁNCHEZ, La actuación en una empresa como atenuante del delito, *InDret Penal* (2) 2009 (Editorial), (www.indret.com).

77. Estudiada en múltiples trabajos por JÄGER, Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen, MschrKrim 1980, pp. 358 y ss.; JÄGER, *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens*, 1985; JÄGER. Versuch über Makrokriminalität, *StV* 1988, p. 172 y ss.; JÄGER, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, 1989.

78. Cfr. la descripción de ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, p. 23 y ss.

79. SCHÜNEMANN,*Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 5.

80. Dicho experimento, llevado a cabo en 1974 por el psicólogo *Stanley Milgram*, de la Universidad de *Yale*, puso de relieve que el 85% de las personas, cuando se encuentran en un contexto de obediencia, tienden a hacer lo que se les ordena, pues se genera un desplazamiento de la responsabilidad hacia aquél que imparte las órdenes

medio, la solidaridad con éste o incluso la rutina que deriva de la fungibilidad de la propia posición, contribuyen a la referida disminución del sentido de responsabilidad. No en último lugar, debe aludirse a otros aspectos: la distancia -en el tiempo y en el espacio– que existe entre la actuación del sujeto y la afectación de una víctima determinada.[81]

Sea como fuere, lo cierto es que la actuación en el grupo se ve sometida a importantes mecanismos de neutralización del significado de la conducta delictiva.[82] Cuál sea la medida de la atenuación de pena que ello puede generar es una cuestión abierta. En todo caso, lo anterior pretende poner de relieve que el análisis doctrinal del papel del principio de autorresponsabilidad en el Derecho penal económico-empresarial dista de haber concluido.

4. BALANCE

Lo anterior pretende haber mostrado que, efectivamente, los casos del Derecho penal económico-empresarial ofrecen retos a la teoría del delito. Que, asimismo, las instituciones de esta teoría experimentan tensiones al tratar de afrontarlos. Pero, en fin, que la dogmática del delito dispone de instrumentos para enmarcar las soluciones de los casos en un contexto teórico consistente.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – Uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima, de Ariella Toyama Shiraki – *RBCCrim* 83/7;
- Contexto e conceito para o direito penal econômico, de Celso Eduardo Faria Coracini – *RT* 829/429;
- Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos, de André Luís Callegari – *RT* 851/432; e
- Notas reflexivas em torno do direito penal econômico e do conteúdo material do ilícito penal econômico. Reflexion notes about economic criminal law and the material content of the criminal economic crime, de Stephan Doering Darcie – *RBCCrim* 95/357.

---

81. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, 1995, p. 49.

82. Sobre tales mecanismos, también, ídem, ibídem.