61314

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 98 • set.-out. / 2012

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 98 • set.-out. / 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, Maíra 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 Giménez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

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

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 98 • set.-out. / 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. 98 • set.-out. / 2012

Presidência
MARTA SAAD

Coordenação
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: [10-2012]
Profissional
Fechamento desta edição: [04.10.2012]



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) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

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. 98 • set.-out. / 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, Patricia 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. Una relazione del sub sistema mediatico con la teoria funzionalistica - Consequenziale
   Artur César de Souza 13
2. O fundamento da legítima defesa
   Bruno Moura 39
3. Fundamentos do ontologismo: a relevância epistemológica da ação para o Direito Penal
   Cláudio Ribeiro Lopes e Alexis Andreus Gama 97
4. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados
   Pierpaolo Cruz Bottini, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Douglas de Barros Ibarra Papa e Thaísa Bernhardt Ribeiro 117
5. A identidade da dogmática jurídico-penal
   Ricardo Robles Planas
   Traduzido por Marília Bassetto 149
6. Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo
   Wilson Franck Junior e Juliana Franck 169

Parte Especial

1. Um exame analítico acerca do paternalismo jurídico-penal e seu antagonismo crítico à luz da autonomia da vontade pessoal: lineamentos a partir da cooperação em suicídio
   Pedro Paulo da Cunha Ferreira e Lara Maria Tortola Flores Vieira 209

Legislação Penal Especial

1. A hermenêutica diante da relação "regra-princípio" e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma
   Lenio Luiz Streck 241

Processo Penal

1. Faces da *evidência*: regimes da prova no processo penal
   Augusto Jobim do Amaral 269

2. O consenso habermasiano no processo penal: justiça penal consensual e o princípio da oportunidade nos crimes tributários
FERNANDA REGINA VILARES 317
3. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos
MOHAMAD ALE HASAN MAHMOUD E MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA 339

CRIME E SOCIEDADE
1. Study on the existing tools for measuring crime
ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA E CARMEN DEMELSA BENITO SÁNCHEZ 361

SISTEMA PRISIONAL
1. Os direitos trabalhistas do condenado preso no Estado Democrático de Direito
ANA LAURA CARVALHO PEREIRA DE ALMEIDA, LARISSA SOUSA MAUAD, ROBERTA BEATRIZ BERNARDES E ROBERTA TOLEDO CAMPOS 399

DIREITO INTERNACIONAL
1. As chances e os riscos de uma Justiça Penal Internacional
MIREILLE DELMAS-MARTY
Traduzido por PRISCILA AKEMI BELTRAME E PEDRO AUGUSTO SIMÕES DA CONCEIÇÃO 433

DIREITO PENAL ECONÔMICO
1. Derecho de competencia y protección penal de la información
CARMEN ELOÍSA RUIZ 465

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA
1. A criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público. Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA 503

RESENHAS
1. *Direito penal: fundamentos e limites do direito penal*, de Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes
Resenha por LUIZ GUILHERME MENDES DE PAIVA 541

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 547

TEMAS 549

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 553

1 UNA RELAZIONE DEL SUB SISTEMA MEDIATICO CON LA TEORIA FUNZIONALISTICA – CONSEQUENZIALE

Relation between media subsystem and decisional functionalism – Consequences

ARTUR CÉSAR DE SOUZA

Pós-doutor pela Universidade Statale di Milano (Itália), Universidad de Valencia (Espanha) e UFSC. Doutor em Direito Processual Penal pela UFPR. Professor da Universidade Norte do Paraná – Unopar. Pesquisador da Capes. Ex-componente do Ministério Público do Estado do Paraná. Juiz Federal.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RIASSUNTO: Niklas Luhmann, alla fine della sua vita, ha pubblicato un lavoro intitolato *la realtà de los medios del comunicazione*, invitando tutti a riflettere sul potere catalitico dei *mass media* nel contesto sociale attuale. Accettare questa chiamata epistemologica, abbiamo intenzione di continuare questo lavoro con il tema che coinvolge i *media*, facendo un parallelo tra la teoria funzionalista, e gli effetti conseguenti sistema *perlocutorio* dei mezzi di comunicazione.

PAROLE CHIAVE: *Media* – La teoria funzionalista – Effetti *perlocutorio* – Decisione giudiziaria – Sub sistema – Procedura penale.

ABSTRACT: Niklas Luhmann, towards the end of his life, published a book entitled The Reality of the Mass Media, urging everyone to reflect upon the catalytic power of mass media in the current social context. By accepting this epistemological call, we intend, in this paper, to work further on the topic media, building a parallel between functionalism and the "perlocutionary" effects of the media's communication system.

KEYWORDS: Media – Functionalism – Perlocutionary effects – Legal decision – Subsystem and criminal proceedings.

SUMÁRIO: 1. Introduzione – 2. La comunicazione di massa come strumento di affermazione della teoria funzionale-consequenziale del diritto penale e processuale penale – 3. L'etichettamento mediatico come strumento di diffusione e legittimazione consequenziale della decisione del giudice – 4. Conclusione – 5. Bibliografia.

1. INTRODUZIONE

L'invenzione dei canali tecnici di diffusione e trasmissione dei informazione – i *mass media* – da origine a un nuovo tipo di istituizione sociale con nuove funzioni per strutturare e ristrutturare gli *apparati simbolici* di comportamenti sociali, tramite una interazione costante con la opinione pubblica.[1]

La interrelazione fra lo rituale mediatico e gli *apparati simbolici* provoca nella società le necessità che possono condizionare la coscienza di tale forma che il soggetto si trova immerso in direzioni istoriche in cui non c'era opportunità di intervenire coscientemente e che si vede incapace di rettificare.[2]

Il rituale mediatico stabilisce allo stesso tempo rottura e recriazione dei processi simbolici risolutivi dell'azione sociale, ragione per cui diventa oggetto di un approccio di vasto respiro dell'epoca moderna, problema principale del tema dell'autonomia e della libertà di pensiero, fondamento essenziale del controllo sociale e che si trova costante nel centro delle attenzioni, sia scientífica e teorica, sia di pragmatici interessi di natura giuridica, politica, economica

1. Non si può dimenticare la avvertenza di Karl Marx: "Según Marx, en la comunicación ideologizada de las sociedades industriales, el grupo dominante – el que posee los medios de transmisión, creación y difusión de las ideas –, introduce un sistema de valores que condicionam la conducta y la percepción colectiva" (MUÑOZ, Blanca. *Cultura y comunicación – Introducción a las teorías contemporáneas*. Barcelona: Barcanova, 1989. p. 79).

2. "El productor (...) – expondrá Marx – en la producción moderna no es libre ni siquiera para producir la cantidad que quiere. El nivel actual del desarrollo de las furzas productivas lo obliga a producir en determinada escala. El consumidor no es más libre que el productor. Su opinión se basa en sus medios y necesidades. Unos y otros están determinados por su situación social, que a su vez depende de la organización social en su conjunto. (...).
Está el sistema de necesidades basado en la opinión o en la organización de la producción? Lo más frecuente es que las necesidades surjan directamente de la producción, o de un estado de cosas basado en la producción. El comercio mundial funciona casi por completo según necesidades, no del consumo individual, sino de la producción? No supone acaso un determinado derecho civil, que no es sino expresión de un cierto desarrollo de la propiedad, es decir, de la producción?
Esto lo preguntaba Marx en el año 1847. En nuestras sociedades postindustriales, el fenómeno de las superestructuras ideológicas y de transmisión de los mass-media viene a dar la razón a Marx en su diseño de las interrelaciones de mercancía, alienación cognoscitiva y división social. Las conexiones entre ideología y sociedad, y entre necesidad y comunicación, se han convertido en el fenómeno más característico del funcionamento de las sociedades de consumo" (MUÑOZ, Blanca. Op. cit., p. 82).

o sociale, altrettanto come nel mondo dell'arte e della comunicazione, della curiosità e della preoccupazione delle persone comuni.[3]

Questo problematico approccio diventa più necessario allorchè la rottura e ricreazione dei processi simbolici che sono prodotti dai mezzi di comunicazione di massa possano di qualche forma contaminare o condizionare la razionalità teorica e pratica della decisione giudiziale.

Questa relazione fra il processo simbolico scatenato dai mezzi di comunicazione di massa ed il risultato di una decisione giudiziale che è prodotto nel processo giurisdizionale è il aspetto tematico di questo lavoro, ragione perché si volta la attenzione "ai mezzi di comunicazione di massa con specifico riferimento al loro potere di influenza nei riguardi di temi altrettanto 'roventi', quali la fase applicativa dalla pena, il trattamento del reo, la veridicità dell'informazione in tema di criminalità, l'allarme sociale e il senso di sicurezza/ insicurezza dei cittadini".[4]

Una volta che si sta di fronte a un tema affascinante, controverso, di ampia introduzione umanistica, la scienza dogmatica del diritto non sarà capace di trattarli e comprenderli solo in tutta la sua pienezza.

La ricerca devi, forzosamente, passare per l'interscambio interdisciplinare, approfittandosi delle categorie epistemologiche finora conosciuta e utilizzata dalla sociologia, filosofia e da tutte le altre discipline corrispondenti.[5]

---

3. "Le più importanti trasformazioni sociali, economiche, culturali, politiche e tecnologiche avvenute nella seconda metà del XX secolo sono state e sono oggetto di profonda riflessione e dibattito. Per quanto sia complicato intercettarle, nel suo ultimo libro David Garland le identifica e riassume in questi termini: a) le dinamiche della produzione capitalista e del mercato finanziario, e le corrispettive innovazioni in campo tecnologico, dei trasporti e delle comunicazioni; b) la riorganizzazione dell'istituzione familiare e della vita domestica; c) i mutamenti nell'econologia sociale delle città e delle periferie; d) l'avvento dei massa media eletronici; e) la democratizzazione della vita sociale e culturale" (CERETTI, Adolfo. Il caso novi ligure nella rappresentazione mediatica. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005. p. 435).

4. CALVANESE, Ernesto; BIANCHETTI, Raffaele. Messaggi mediatici, funzioni della pena e senso di sicurezza dei cittadini. *Sociologia del Diritto*. fascicolo 3, XXX, p. 99.

5. "Per comprendere quest'era delle comunicazioni di massa e le polemiche che ha via via sollevato, uno dei compiti principali degli studiosi delle comunicazioni di massa è quello di accumulare evidenze scientifiche circa l'impatto dei media sulle loro *audiences*. È necessario che il dibattito pubblico sulle comunicazioni di massa si basi su prove certe anzichè su impressioni e congetture soggettive. Ciascun medium è stato ritenuto responsabile in diversa misura di 1) abbassare i gusti culturali del

Specificamente, si ricerca il processo simbolico delineato dai *mass media* e l'interscambio intersistemiche fra esso e il subsistema del diritto penale e del diritto processuale penale, sempre con un senso critico.

Per questo della giusta preoccupazione in relazione agli effetti prodotti dall'informazione mediatica nell'opinione pubblica e viceversa, principalmente nella sfera penale e processuale penale, giacché lo effetto catalizzatore del sistema sociale di comunicazione di massa può decorrere da una ingegneria manipolatrice dalla parte di *mass media* e, per questo, mettere in rischio la legitimittà dell'esercizio dall'attività delle istituzioni democratiche, come il diritto fondamentale di tutte le persone a un *processo penale con tutte le garanzie, e di una giusta giustizia tramite un giudice imparziale.*

La divulgazione dei fatti criminali tramite delle comunicazione di massa in Brasile, e da quello che si sa anche oggi in Spagna e in'Italia (in questo paese, incluso, coniugata con una forte problemática di un *incipit* multiculturalismo che decorre dell'apertura delle frontiere per concretizzare i principi comunitari – vedere il problema dei Romeni), non si limita a un contenuto solo informativo, ma è sovraccarica da una sceneggiatura critica, ideologica, valutabile e suggestionabile, arrivando al ponto di inimicarsi tutta e qualsiasi decisione giudiziale che non sia d'accordo con il *giudizio previo e parallelo* realizzato dai *mass media.*

La sensazione avvenuta dai mezzi di comunicazione di massa di fronte dalla decisione giudiziale che non si conforma o si sottomette al *giudizio parallelo* e contro istituzionale realizzato dai mezzi di comunicazione di massa, secondo aveva già scritto Marta Bertolino, *catalisa la opinione pubblica* a una concezione crítica di una giustizia inefficiente e inefficace, causando a volte più insicurezza e insoddisfazione sociale. Questa sfiducia nell'attività giurisdizionale, secondo

---

pubblico, 2) aumentare i livelli di criminalità, 3) contribuire alla corruzione della morale, 4) intorpidire le masse con una visione superficiale della politica, 5) annullare la cratività... Il problema è che i sostenitori del punto di vista opposto ci dicono che i quotidiani, le radio, i televisori e tutto il resto non sono pericolosi strumenti del male ma, al contrario, sono nostri fedeli servitori o perfino nostri salvatori in quanto: 1) rendono pubblici fenomeni di corruzione, 2) garantiscono la preziosa libertà di parola, 3) portanto una qualche forma di cultura a milioni di persona, 4) forniscono un innocuo intrattenimento quotidiano alle stanche masse lavoratrici, 5) ci informano sugli eventi che accadono nel mondo e 6) innalzano il nostro livelo di vita com l'incessante richiamo a comprare e consumare prodotti per stimolare l'economia" (DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra J. *Teorie delle comunicazion di massa*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 40).

il principio della circolarità, genera anche "sfiducia" nella capacità di controllo sociale del sistema penale, "il quale a sua volta, al fine di recuperare credibilità, si orienta a favore di risposte punitive di tipo simbolico, eccessivamente severe cioè e non sufficiente giustificate secondo il paradigma della efficienza".[6]

La libertá di cronica in congiuzione con il diritto fondamentale costituzionale a un processo giusto e equo per mezzo di un giudice imparziale è il filo conduttore della ricerca che si sta proponiendo di realizzare.

La relazione fra il sistema penale e processuale penale e il sistema sociale di comunicazione di massa è ponto principale della preocupazione di questo lavoro.

Bensì, è necessario essere consapevole che studiare gli effetti prodotti dal mezzo di comunicazione di massa è, senza dubbio, un rischio, perché implica forzosa e necessariamente un processo di rottura con l'abituale, sfidando questo che é dato come sicuro, scavando sotto la superficie del significato, ribattendo tutto ciò che può essere considerato come ovvio. In questa ricerca spesso il semplice diventa complesso, l'ovvio oscuro: "gettare luce sulle ombre le fa scomparire, il significato resta negli angoli".[7]

Durante il percorso di questo cammino minato lo sbaglio e l'equivoco si avvicina costantemente. Questo bensì non significa nessuna superficialità del lavoro.

Davanti a questa possibilità di sbagli e correzione, si può dire che un presupposto è inquestionabile: che la *media* occupa oggi una posizione centrale nella società moderna e che il suo obiettivo non è una passiva riproduzione di verità (se è che in effetto c'è la verità).

2. LA COMUNICAZIONE DI MASSA COME STRUMENTO DI AFFERMAZIONE DELLA TEORIA FUNZIONALE-CONSEQUENZIALE DEL DIRITTO PENALE E PROCESSUALE PENALE

Il ruolo dalla pubblicità mediatica nella teoria della decisione[8] nelle moderne società democratiche ha per intento servire da strumento *catalizzatore*

6. BERTOLINO, Marta. Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO; Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005, p. 192.

7. SILVERSTONE, Roger. *Perché studiare i* media? Bologna: Il Mulino, 2002. p. 29.

8. "A 'teoria da decisão' tem por objetivo a definição de regras e modelos estratégicos de decisão, com base numa investigação teórico-analítica da acção finalizada (nos

dell'opinione pubblica sul determinato tema previo selezionato, cui selezione non decorre della semplice discrezione del *mass media*, ma di una somma di fattori culturali, sociali e economici previsti in un determinato periodo storico della civiltà umana.

Una volta consolidata l'opinione pubblica sulle cause, effetto e forma di scontro alla criminalità, si verifica una forte influenza della comunicazione mediatica in tutti i suoi aspetti (radio, televisione internet etc) sia nel *processo di decisione* (razionalizzazione primaria), sia nei *fondamenti* delle decisioni (razionalizzazione secondaria).

Questa dichiarazione smuove l'attenzione della ricerca del "paradigma dell'applicazione" soltanto logico dedotto, proprio del *normativismo*, per aderire nel campo del "paradigma della decisione", cercando di svelare e comprendere, come parlava Michel Foucault, i "saperi sujeitati".

In realtà, questa prospettiva dimostra che, d'accordo con Castenheira Neves, "non è il conoscimento del diritto come un oggetto in se, ma il giudizio giuridico e la sua fondamentazione lo che (il pensiero giuridico) ha in mente".[9]

Tale opzione, per certo, raccomanda che il ricercatore svolga una analisi *critico dogmatica* dei riflessi della comunicazione di massa nella concretizzazione della decisione e, soprattutto nella organizzazione dello svolgimento *topico dialettico* operato nella decisione.[10]

---

seus pressupostos e condições, nos seus fins, nas suas possibilidades e efeitos, nos seus factores determinantes)" (CASTANHEIRA NEVES, António. *Teoria do direito – Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. p. 99).

9. CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. vol. I, p. 99-100.

10. "Benché, dunque, no si possa considerare il ragionamento topico né como modello di motivazione né como uno specifico schema logico giustificativo, va tuttavia riconosciuto che la teoria topica dell'argomentazione giuridica consente di far emergere, nel contesto della motivazione, una serie di fattori rilevanti rispetto alla finalità giustificativa cui essa è indirizzata, e che sfuggono in larga misura ad una analisi puramente logico-deduttiva della sua struttura formale. L'importanza dell'aspetto che viene in evidenza considerando la motivazione nell'ottica del metodo topico è tanto maggiore, inoltre, in quanto di fatto risulta assai frequente l'impiego, da parte del giudice, di espedienti giustificativi che risultano identificabili ed analizzabili in qualità di topoi dell'argomentazione con cui la decisione viene giustificata". (...).
"La discussione svolta nel capitolo che precede ha indotto a constare che non si dispone, allo stato attuale del problema, di un modello esauriente ad unitario che consenta di individuare la struttura del giudizio, né quella, che in questa sede maggiormente interessa, della motivazione. Peraltro, le conclusioni negative raggiunte a questo

I mezzi di comunicazione di massa, al costruire una realtà sociale propria della criminalità, delimitano l'ermeneutica del giudice criminale, affinchè i *topoi*, oppure, i posti stimati corretti alla soluzione del problema giuridico, siano quelli previamente delineati dai *mass media*.

Questa prospettiva *perlocucionary* del discorso mediatico suggerisce una lettura del diritto penale e processuale penale appena come un risultato normativo di una *voluntas* soltanto orientata dal *finalismo* di opportunità o semplice espressione della contingenza politica e dei compromessi strategici sociali, affinché possa recuperare l'efficacia delle aspettative assicurate dal sistema e disturbale dalla defezione della norma. La questione è, poi, soltanto sociale (relazione società-persona). Questa influenza, allontanandosi dalla realizzazione dei diritti fondamentali, direziona la sua attenzione nel campo del ruolo sociale che cada uno di noi deve realizzare nel seno della società. Piuttosto, il criterio di giustizia si riferisce al'unità del sistema come un unico.

Partendosi dal presupposto che il pensiero giuridico non sempre viene compreso appena *teoretico-dogmaticamente*, nel modo di essere di una scienza del conoscimento, di un diritto *pré-concepito*, per essere compreso anche *pratico-normativo*, come una scienza della decisione con l'attenzione alla costituzione e realizzazione di un diritto che corrisponda all'aspettativa pratico-sociale dei soggetti comunitari, la ricerca dell'influenza della comunicazione di massa in questa formazione dell'aspettativa sociale è di grande importanza, fino a constatare il grado di deformazione che potrà avvenire nell'ambito *dialettico-argomentativo* della relazione giuridica processuale. Non si deve dimenticare che il diritto postula un *ordine giusto* e non appena un'organizzazione efficace della società.[11]

La massificazione dell'informazione coniugata con l'incertezza sociale vissuta, fa con che i valori siano sostituiti dai fini (soggettivi) ed i fondamenti

---

riguardo non investono soltanto l'insufficienza dei singoli modelli che si sono presi in considerazione, ma inducono a formulare una constatazione di ordine piú generale: è probabilmente impossibile delineare uno schema strutturalmente omogeneo ed unitario del ragionamento del giudice, decisorio e giustificativo, che al contempo dia conto di tutti i momenti in cui il ragionamento stesso si articola. Invero, ogni modello omogeneo rischia di essere unilaterale, sicché l'omogeneità rimane fittizia, ed è conseguita a condizione di considerare inesistenti o non esenziali tutti gli aspetti con essa contrastanti" (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 180-181, 207-208).

11. CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 84.

(normativi) dagli effetti (empirici), in cui la legitimazione di valore (principi normativi) cede posto alla legitimazione degli effetti.

Si nota, dunque, che il diritto penale e processuale penale diventano uno strumento di strategia politico-sociale funzionale e finalisticamente delineato dal contenuto ideologico della comunicazione di massa.

I giornalisti, secondo Steven Chermak, "adottano decisioni selettive nella descrizione degli avvenimenti ed è ovvio che privilegino certe interpretazioni rispetto ad altre ugualmente plausibili. L'operazione con cui si selezionano e promuovono specifici schemi di interpretazione a scapito di altri possiede un intrinseco potere ideologico".[12]

Questa strategia in caracterizare il diritto penale e processuale penale come forte strumento politico-sociale funzionale e finalisticamente costituito dal contenuto ideologico previsto a livello *perlocucionary* del discorso linguistico dei mezzi di comunicazioni di massa è bene evidenziato oggi in Italia nella misura in cui si osserva una forte tendenza mediatica cercando l'assodamento nella trattativa penale, come si osserva anche in Brasile.

Tale prospettiva è d'accordo con il postulato criminologico del così detto *Diritto Penale del Nemico*, cui struttura fondamentale fu gettata a partire dagli anni '80 da un settore della dogmatica penale tedesca (Jakobs, Lesch, Schneider).[13] Il diritto penale del nemico offre due basi importante di sostenibilità: aspetto *funzionalista* della teoria dei sistemi di N. Luhmann e la teoria politica e costituzionale di C. Schimitt.[14]

I mezzi di comunicazione di massa, al divulgare la pratica di un'infrazione penale, esponendo i fatti di forma contundente e massificata, postulano un

12. CHERMAK, Steven. La rappresentazione giornalistica del terroismo. Trad. Ezio Giacalone. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005. p. 474.

13. DE LUCAS, Javier. Inmigrantes, extraños a la comunidad, enemigos. Ida y vuelta en la respuesta del derecho a la inmigración. *Sociologia del Diritto*. fascicolo 2, n. 581, p. 23.

14. "La primera posibilita una noción del Derecho penal material y del Derecho procesal según la cual el objetivo prioritario es conservar, como recuerda Portilla, 'los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado'. De la segunda se toma no sólo lo que se refiere al carácter central de las nociones de amigo/enemigo (trasladadas mecánicamente al par ciudadano/extranjero), sino a sua concepción del Derecho, comenzando por la idea misma de 'nomos de la tierra', que sacraliza las identidades primarias y la funcionalidad del Derecho (natural) respectos a ellas, y también a las ideas de Constitución y Estado". (DE LUCAS, Javier. Op. cit., p. 23, loc. cit.).

comportamento del *sottosistema penale e processuale penale* intrecciato in questa prospettiva ideologica funzionale affinché gli interessi dello Stato nella regolazione sociale e nell'efficacia normativa siano osservati da tutti, in un evidente e chiaro tentativo di eliminare qualsiasi prospettiva del *walfare penale*.

I mezzi di comunicazione di massa preconizzano, quando parlano di un fatto che previamente caratterizzano come ingiusto penale, é la rottura con uno sbozzo di razionalità normativa di fondamentazione della decisione, rompendosi con i postulati che dice: "il concreto giudizio dovrà incontrare la sua validità nei fondamenti normativo giuridici che assimila non la sua giustificazione nei effetti sociali e politici che se proponga".[15]

In realtà, la razionalità preconizzata dai mezzi di comunicazione di massa davanti ai fatti penali previamente scelti e *massificati* è una razionalità politico-sociale della decisione di indole *consequenziale*. Davanti tale razionalità pratica, l'influenza della *media* presenta un ruolo importante fondamentale, non tanto alla razionalità normativa di fondamentazione della decisione, ma si nella prospettiva della razionalità politico-sociale della decisione di indole consequenziale.

La tendenza dei mezzi di comunicazione di massa in condurre la decisione giudiziale su determinato caso concreto a un risultato previamente stabilito, cui ermeneutica fu delimitata dal contenuto informativo dei *mass media*, dimostra una posizione della *media* nel raccomandar alla costruzione di una decisione giudiziale una metodologia di prospettiva fondamentale finalistico-consequenziale, nella quale gli effetti siano i criteri (cfr. Kuhmann, *Rechtssystem y Rechtsdogmatick)* o che ha accettato come *topoi* decisivo a "applicazione del diritto orientata dai 'effetti'" (Cfr. H. Tottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*), convertendo il pensiero giuridico in una 'ingegneria sociale' e la scienza giuridica in una 'scienza sociale' (scienza politico-sociale), nel senso stretto dell'espressione (cfr. H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft)*.[16]

I mezzi di comunicazione di massa, su questa prospettiva funzionale, non va indagata sul concreto risultato sociale della decisione (cioè, risultato o ripercussione, la consequenzia o l'effetto sociale della decisione), secondo una metodologia razionale della fondamentazione normativa.[17]

---

15. Castanheira Neves, António. *Metodologia*... cit., p. 196.

16. Idem, ibidem.

17. "Que o mesmo é pôr a questão de saber se a decisão jurídica concreta, para além de haver de ser normativamente fundamentada em referência ao sistema da

Questa pretensione dei mezzi di comunicazione di massa già è incontrata nella chiamata dottrina: "discussione delle effetti" (M. Kriele, R. Zippeluis), "orientazione degli effetti" (T.W.Wälde, H. Rottleuthener), "considerazione degli effetti" (Teubner, Koch/Rüssmann), "argomentazione consequenzialista" (N. Maccormich), "legittimazione degli effetti" (Podlech).[18]

Questa prospettiva metodologica, che pretende, in realtà, una 'socializzazione della giurisprudenza'(R. Lautmann, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, p. 9 ss), non è libera dalla critica dottrinaria, perché pretende condurre il giuridico alla prospettiva socio-tecnologico e politico-sociale.[19]

3. L'ETICHETTAMENTO MEDIATICO COME STRUMENTO DI DIFFUSIONE E LEGITTIMAZIONE CONSEQUENZIALE DELLA DECISIONE DEL GIUDICE

Il meccanismo moderno di controllo sociale realizzato tramite i mezzi di comunicazione di massa,[20] rappresentato dal'*etichettamento* delle persone che

---

normatividade jurídica vigente e não menos materialmente justa em referência à sua específica problematicidade jurídico-concreta, não deverá ser ainda socialmente justificada (oportuna ou aceitável) em referência aos seus previsíveis ou prováveis resultados no contexto social em que ela vai intervir como factor de alteração". (CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia...* cit., p. 196-197).

18. Idem, ibidem, loc. cit.

19. "Poria em risco a diferenciação intencional e a autonomia dogmática do sistema jurídico e, portanto, a essencial função social que essa diferenciação e autonomia possibilitam (N. Luhmann, ob. cit., p. 31 ss.), além de que seria incompatível com a vinculação à lei postulada pelos Estados de legalidade constitucionalmente democrática, uma vez que a 'consideração dos efeitos' relevaria por decisão autónoma do juiz e possivelmente contra os efeitos jurídicos legais (Koch/Rüssmann, ob. cit., p. 227, 229 e passim). Sendo certo, ainda, que a variável relevância consequêncial não só inseriria uma contingência nas decisões jurídicas, que atentaria de modo inaceitável contra a certeza do direito (N. Luhmann, ibid, p. 35 ss.), como sacrificaria do mesmo passso, pela individualizante oportunidade da determinação pelos efeitos caso por caso, o princípio da igualdade e a exigência normativa da universalidade (N. Luhmann, p. 38 ss; Koch/Rüssmann, p. 227). Acresce que a 'planificação do futuro', que vai implicada na consideração dos efeitos sociais ulteriores, haveria de envolver a consideração dos 'efeitos dos efeitos' assim como os efeitos secundários, exigindo por isso informações e prognoses globais e não menos critérios de selectividade ou de ruptura na cadeia contínua dos efeitos de que o juiz não dispõe ou que não correspondem à institucional 'situação de decisão do juiz' (Luhmann, ibid, passim; Pawlowski, Methodenlebre, 1. ed. p. 120)" (CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia...* cit., p. 196-197, 200-201).

20. "Il ruolo più significativo dei servizi mediatici sul crimine deriva ad essi dall'essere parte del sistema di controllo sociale, dal riprodurre e rappresentare l'ordine sociale.

forse praticarono o potranno praticare un'infrazione penale, rafforza la necessità dell'opinione pubblica nell'appoggiare misure che si prestano di strumentalizzazione e di concretizzazione della politica sviluppata dalla legittimazione *consequenziale* della decisione del giudice.

Questo *etichettamento mediatico* é risultato della nuova criminologia preconizatta dalla modernità in ritardo, che, nelle parole di David Garland: "*commercializza con immagine, archetipo e ansietà*, invece di basarsi su un'analisi accurata e nello scoprire dall'investigazione scientifica".[21]

Ciò funziona sia attraverso immagini che accentuano la paura, così appoggiando politiche di legge e ordine, sia direttamente presentando punti di vista – anche se non unanimi – che sono collocati in linea con le prospettive ufficiali. La attuali tendenze indicano una crescente simbiosi tra immagini mediatiche, criminalità e giustizia penale (...). Anche all'interno della giustizia penale sono sempre più numerosi i gruppi di pressione che cercano di influenzare e di costruire le notizie". (KURY, Helmut. *Mass media* e criminalità: l'esperienzia tedesca. Trad. Carlo Ruga Riva e Arianna Cremona. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005. p. 348).

21. "Al intentar, deliberadamente, hacerse eco de las preocupaciones públicas y de los prejuicios de los medios masivos de comunicación y su concentración en las amenazas más inquietantes, esta criminología, en efecto, resulta ser un discurso político del inconsciente colectivo, aun cuando proclama ser, en líneas generales, realista y 'de sentido común', frente a las 'teorias académicas'... Con esta imagen, los individuos delincuentes pasan a ser visualizados como 'delincuentes de carrera', 'adictos a las drogas', 'jóvenes rudos y agresivos' y 'violentos' con pocas posibilidades de redimirse y escaso valor social. Algunos – particularmente los 'pedófilos', los 'predadores sexuales' y los jóvenes 'superpredadores' – son evocados de una manera en que aparecen como escasamente humanos, siendo esencializada su conducta 'malvada' o 'ignomiosa' y más allá de toda comprensión humana. Comunidades enteras son anatematizadas hablando de una 'underclass' que nada merece, encerrada en una cultura y un modo de vida que son tan extraños como amenazantes. Éstas non son personas reales o siquiere categorías criminológicas. Son figuras imaginarias que operan como símbolos en un proceso político que explota lo que Mary Douglas ha llamado 'los usos políticos de peligro'. Los riesgos que se percibe que plantean, las ansiedades que generan, la sensación de desamparo que producen; todo ello funciona reforzando la necesidad sentida de imposición del orden y la importancia de una repuesta estatal firme. Tampoco son estas figuras representativas de los peligros reales que el delito indudablemente implica, ya que su inventario de riesgos se concentra casi exclusivamente en el delito callejero y olvida los serios daños que producen las organizaciones delictivas, los delicuentes de cuello blanco o, inclusive, los conductores de automóviles ebrios. Cada figura, en cambio, es seleccionada por su utilidad como 'enemigo conveniente', una utilidad no sólo para la justicia penal estatal en su forma soberana sino también para una política social conservadora que

Davanti a questo *etichettamento* mediatico, c'è una preoccupazione dei mezzi di comunicazione di massa – non tanto con il fatto penale in sé e la sua corrispondenza – *verità o falsità* – e molto meno con l'applicazione dei principi di colpevolezza e presunzione di innocenza, ma con immediato *etichettamento* del supposto autore del crime, descrivendolo come una minaccia costante al sistema sociale e economico, suggerendo anche un'immediata attuazione del Potere Giudiziario nel senso di segregare l'autore dal mezzo sociale come forma di prevenzione generale e speciale, senza considerare se in futuro si possa arrivare a una conclusione di che si trattava di uno innocente.

Quello che si pretende con l'informazione massificata dal fatto delittuoso é concretizare nel ambito del giudiziario la *teoria funzionale-consequenziale*

---

acentúa la necesidad de la autoridad, los valores familiares y la resurreción de la moralidad tradicional" "comercia con imágenes, arquetipos y ansiedades, en lugar de estar fundada en un análisis meticuloso y en los descubrimientos de la investigación científica. Al intentar, deliberadamente, hacerse eco de las preocupaciones públicas y de los prejuicios de los medios masivos de comunicación y su concentración en las amenazas más inquietantes, esta criminología, en efecto, resulta ser un discurso político del inconsciente colectivo, aun cuando proclama ser, en líneas generales, realista y 'de sentido común', frente a las 'teorias académicas'... Con esta imagen, los individuos delincuentes pasan a ser visualizados como 'delincuentes de carrera', 'adictos a las drogas', 'jóvenes rudos y agresivos' y 'violentos' con pocas posibilidades de redimirse y escaso valor social. Algunos – particularmente los 'pedófilos', los 'predadores sexuales' y los jóvenes 'superpredadores' – son evocados de una manera en que aparecen como escasamente humanos, siendo esencializada su conducta 'malvada' o 'ignomiosa' y más allá de toda comprensión humana. Comunidades enteras son anatematizadas hablando de una 'underclass' que nada merece, encerrada en una cultura y un modo de vida que son tan extraños como amenazantes. Éstas non son personas reales o siquiere categorías criminológicas. Son figuras imaginarias que operan como símbolos en un proceso político que explota lo que Mary Douglas ha llamado 'los usos políticos de peligro'. Los riesgos que se percibe que plantean, las ansiedades que generan, la sensación de desamparo que producen; todo ello funciona reforzando la necesidad sentida de imposición del orden y la importancia de una repuesta estatal firme. Tampoco son estas figuras representativas de los peligros reales que el delito indudablemente implica, ya que su inventario de riesgos se concentra casi exclusivamente en el delito callejero y olvida los serios daños que producen las organizaciones delictivas, los delicuentes de cuello blanco o, inclusive, los conductores de automóviles ebrios. Cada figura, en cambio, es seleccionada por su utilidad como 'enemigo conveniente', una utilidad no sólo para la justicia penal estatal en su forma soberana sino también para una política social conservadora que acentúa la necesidad de la autoridad, los valores familiares y la resurreción *de la moralidad tradicional*". (GARLAND, David. *La cultura del control*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 228).

della decisione giudiziale e promuovere l'efficacia del diritto penale del nemico.[22] Non avendo un'immediata risposta dall'organo giudiziario nell senso dell'informazione mediatica, scatena nell'ambito dell'opinione pubblica un sentimento di frustrazione e di perplessità, a tale punto di mettere in dubbio la propria legitimittà del Potere Giudiziario.

Davanti questa nuova prospettiva di segregazione e neutralizzazione dell'accusato a qualsiasi costo, il significato etico che Durkheim ha dato alla pena soffre una grande svolta, secondo Cristina de Maglie: "È del 1918 il famoso saggio di Mead, che rielabora in chiave critica la teoria di Durkheim sulla funzione sociale della pena. È noto il significato etico che Durkheim attribuisce alla pena: il suo compito è quello di attivare 'una sorta di circuito morale', che consenta di mantenere intatta la solidarietà sociale', quella solidarietà che 'avvicina le coscienze oneste e le concentra'. Ma come ben sottolinea Garland, Mead prende le distanze da Durkaheim. La pena non produce, secondo lo studioso americano, un'autentica solidarietà, ma forma solo una 'solidarietà emotiva provocata dall'aggressione' ed 'il prezzo da pagare per questa solidarietà di sentimento è grande e l'ostilità verso il trasgressore non sono infatti in grado di trattare le cause del crimine, perché 'l'impulso' in cui si traducono questi sentimenti si concentra sull'eliminazione del nemico' che ha osato ribellarsi al sistema e non sulla 'ricostruzione delle condizione sociale'".[23] Per De Maglie, "la prova del successo della giustizia penale sta invece 'nella modifica e nella costruzione delle condizioni sociali che rendono l'io possibile, non nella conquista e nell'eliminazione di altri io".[24]

Sull'aspetto processuale, la massificazione dei fatti delittuosi e l'*etichettamento dell'accusato* prima stabilito stimolano, anche se di forma subliminale, "certe distorzione in materia di perquisizioni, sequestri, confische, intercettazioni, misure cautelari personali, di garanzie probatorie, in accelerazioni dei tempi processuali, in meccanismi di pressione-compensazione verso forme di collaborazione", in altre parole, legittimano i mezzi di combattimento e di eliminazione del supposto nemico.[25]

---

22. MANTOVANI, Ferrando. Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 2-3/471-472.
23. MAGLIE, Cristina de. Società multiculturali e diritto penale: la cultura defense. Milano: Giuffrè, 2006. p. 222.
24. Idem, ibidem, loc. cit.
25. MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 472.

La iper-effettività che caratterizza la custodia cautelare, reputata dalla dottrina italiana un vero rischio penale, decorre da questa influenza dei mezzi di comunicazione di massa, e è seguita da applauso sociale che legittima la decisione consequenziale del giudice.[26]

La persona cui fatto delittuoso è massicciamente esposto ai mezzi di comunicazione potrà essere etichettata come "non persona", considerata una costante minaccia al *patto sociale*.[27]

Gli autori dell' infrazione penale (nemici sociali) sono trattati dai mezzi di comunicazione in una prospettiva *manicheista*, orientata dal paradigma dicotomico (*buono-cattivo*) – (noi-loro). L'imputato sarà *etichettato* come un soggetto *antropologicamente indecifrabile*, mosso da un istinto anti-sociale oscuro e profondo. Soprattutto, la trasmissione mediatica lascia come messaggio l'illusione che l' autore dell' infrazione penale non possa essere riconquistato socialmente, ma può e deve essere combattuto e recluso.[28]

Afferma Carlo Enrico Paliero che i *mass media* ancora oggi sono congiunti al paradigma politico-criminale superato dalla paura (difesa sociale), con gli ingredienti della ricetta neo-retributivista dei "Three Strikes", che oggi suggestiona il riflusso criminale-politico neoconservatore degli E.U.A.[29]

Attualmente, si osserva che questo *etichettamento* del diritto penale, che finora era individuale, è presente nell'ordine del giorno dei mezzi di comunicazione di massa, allora tornato al *multiculturalismo razziale*. In' Italia, ad esempio, c'è una tendenza a *steriotipare* un fatto delittuoso d'accordo con la

---

26. GIUNTA, Fausto. L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal* XLI/429.

27. "La prospettiva generale attraverso cui i media inquadrano il crime – in base alla quale vengono selezionati particolari crimini e si dà risalto sensazionalistico a un certo avvenimento, fino a caricarlo di significati emotivi – è determinata, in larga misura, dalla minaccia associata all'autore singolo o collettivo. La minaccia trova legittimazione solamente nella 'percezione' che il soggetto in questione sia estremamente pericoloso per la sicurezza e la stabilitca della società. Perciò una minaccia ha successo quando crea paura. La paura costituisce un prodotto culturale importantissimo, dato che serve a giustificare la demonizzazione di individuo o gruppi da parte di coloro che sono in posizione di potere. Gli organi di informazione contribuiscono direttamente a questa demonizzazione favorendo le paure della gente e alimentandosene" (CHERMAK, Steven. Op. cit, loc. cit.).

28. PALIERO, Carlo Enrico. La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei *media*). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* XLIX/499.

29. Idem, ibidem, p. 500 e 502.

nazionalità dell'imputato (come se la nazionalità fosse il motivo di produzione di una personalità guidata al crimine).

Il 5 novembre 2007, il quotidiano *Il Giorno* (anno 52, numero 43) ha pubblicato in prima pagina la seguente informazione: "Il presidente romeno – 'l'Italia viola i patti' – risale la tensione nonostante la telefonata Prodi-Tariceanu. Fini detta le condizioni per un 'sì'bipartisan e la maggioranza si spacca. Il Papa: 'Sicurezza nella solidarietà'".[30] Subito dopo, sulla stessa prima pagina, il quotidiano *Il Giorno* presenta una notizia sensazionalista: "Rapina in villa, 2 fidanzati picchiati per un'ora – presi a pugni, calci e colpi in testa. A Lodi un 19 enne malmenato e sequestrato da ladri Romeni". Nella pagina 17 (Cronache) dello stesso *Il Giorno*, si trova la descrizione dei fatti, secondo la prospettiva dei mezzi di comunicazione di massa. Come si tratta di un paradigma importante per stabilire un legame fra l' *etichettamento mediatico* e il *multiculturalismo razziale*, si trascrivere, nell' integrità, la notizia della stampa: "*Picchiati Per Un'ora Dai Banditi* – Due rapine in villa in cinque giorni e a Vittuone scoppia la paura. La tranquilla cittadina del magentino sconvolta da una scia di reati come mai accaduto in passato. Il copione, purtroppo già visto e revisto lo scorso 30 ottobre in una casa sull'ex statale 11, questa volta si ripete in una modesta villetta in via Milano, civico 51. Anche in questo caso rapinatori *con accento slavo*, coperti da un passamontagna, guanti da muratore, pistole in pugno. In tre aspettano il rientro dei proprietari in cortile, nascosti nella penombra, dopo aver aperto due varchi nella recinzione della villa, uno sul lato est, uno ad ovest attraverso la rete che divide la casa da un deposito di materiali edili...Il rapinatori, cinque persone, sono stati descritti nei particolari. 'Uno di questi – spiega la donna – parlava correttamente italiano, *mentre gli altri avevano un accento dell'est molto marcato...*". Nella stessa pagina, subito dopo, è descritto un altro fatto delittuoso con il seguente messaggio: "Lodi, malmenato e sequestrato da Ladri Romeni – Picchiato e sequestrato per quasi un'ora da una Banda Di Romeni, due uomini e una donna, che avevano tentato di mettere a segno un furto nel supermarket 'Rizzi' di via Montegrappa

30. "La crisi: Delito – Materdi 30 ottobre a Roma una donna di 47 anni, Giovanna Reggiani, è stata aggredita da un romeno. Il giorno dopo la donna è morta; Decreto – In concomitanza con la morte della donna, il governo si è riunito in via straordinaria e ha varato un decreto per facilitare le espulsioni; Comunitari – Il decreto prevede specificamente la possibilità di espellere cittadini comunitari segnalati come 'pericolosi' per la pubblica sicurezza; Xenofobia – sabato in una borgata romana tre romeni sono stati aggrediti. Domenica il governo romeno ha denunciato: 'In Italia c'è un rischio di xenofobia'; Correzione – Il governo italiano ha rassicurato Bucarest: 'Non ci saranno espulsioni di massa'. Il decreto è stato poi correto: occorrerá 'Ok di un giudice ordinario" (*La Reppublica*. anno 32, n. 264, 08.11.2007).

a Brembio. Il giovane, 19 anni, figlio della coppia di proprietari del negozio di alimentari era arrivato al market avvertito da alcuni vicini che avevano notato la saracinesca alzata. Sul posto ha sorpreso I Romeni intenti ad aprire la cassa e a rubare generi alimentari per un valore di qualche centinaia di euro. La banda, quanto si è trovata di fronte il giovane, ha reagito aggredendolo violentamente. I tre lo hanno picchiato, gli hanno puntato il coltello alla gola e si sono diretti verso la sua auto, una Alfa 147. Lo hanno costretto a mettersi alla guida e, sempre sotto la minaccia di una coltello, lo hanno costretto ad allontanarsi velocemente da Brembio. Il giovane, secondo quanto ha poi riferito, li avrebbe lasciati nei pressi della villa Litta a Orio Litta. I tre sarebbero scappati a piedi tra i campi facendo perdere ogni traccia. É già scattata la caccia all'uomo".

Nella stessa linea editoriale è la notizia pubblicata dal giornale "Metro", di Milano, del 14 novembre 2007, sulla tragica morte del ginecologo italiano, Dottore Marzio Colturali, durante la pratica di una rapina. Ancora una volta, i *mass media* chiamano l'attenzione alla questione dello *stranierismo, in verbis*: "Medico muore dopo la rapina – Hanno aperto la porta con la chiave per rubare i quadri preziosi alle pareti dell'appartamento. Ma il colpo su commissione è sfociato in tragedia, quando il padrone di casa, Marzio Colturali, 64 anni, medico, è morto dopo essere stato a lungo legato e imbavagliato. È successo l'altra notte in via Commercio a Milano. Tre banditi *con accento dell'est* sono entrati nell'appartamento usando una chiave. Hanno tramortito con un pugno al volto il figlio trentenne farmacista e lo hanno legato. Quindi hanno fatto lo stesso al padre: gli hanno legato mani e piedi, lo hanno avvolto in una trapunta e gli hanno tappato la bocca con dello scotch. L'uomo è stato anche colpito con un pugno, per farsi dire dov'era la chiave della cassaforte, in cui si trovavano soldi e gioielli della moglie, morta da un paio d'anni. Poi hanno preso sei o sette quadri di artisti con Cassinari, Borlotti e Morandi. Due ore dopo il figlio si è liberato e ha tentato di rianimare il padre. L'uomo è morto poco dopo".

Di questa informazione mediatica fatta dal giornale, *Il Giorno* e *Metro*, sulla pratica di fatti criminosi, può essere osservato con piena sicurezza la forma di *selettività* e di *etichettamento multiculturale razziale* inserita nella notizia. Ovvio che la metodologia utilizzata dai mezzi di comunicazione di massa è molte volte subliminare.

Scatenare la 'paura' e la sensazione di essere vitima di un aggressore straniero è di fatto una tattica efficace di catalisazione dell' opinione pubblica a favore di normatizzazioni "aggressive" contro la etnia razziale.[31]

31. "La politicizzazione dell'immagine è il prodromo alla relativizzazione di valori solitamente recepiti come assoluti (quale, ad esempio quello alla vita), ma si basa

Nella verità, la questione degli emigrati è un tema "caldo" principalmente dall' allarme sociale che ne sta collegata. Di fatto: "nell'attuale contesto della società italiana se, da una parte, la convivenza interetnica sta diventando un elemento sempre più permanente e strutturale, dall'altra parte, il dibattito intorno a essa esplicita tensioni sempre presenti. Diversi studi hanno evidenziato come il fenomeno migratorio sia prevalentemente visto come fonte di turbamento dell'ordine pubblico e di aumento della criminalità... L'immigrazione, come facilmente intuibile, è quindi un tema di opprimente attualità. Invero spesso tale realtà non risulta essere conosciuta e compresa, soprattutto da chi ne è estraneo e ha con la stessa contatti solo occasionali. Del resto la realtà che percepiamo è frutto delle informazioni e delle notizie che raccogliamo intorno a noi e con le quali costruiamo il nostro sapere. Senza un'opportuna e adeguata analisi critica del flusso di informazioni da cui si è investiti, si corre il rischio di percepire un'immagine falsate, o quanto meno parziale, della realtà" (...) Anche la figura delo straniero diviene, pertanto, uno specchio verso cui l'uomo si pone per definire se stesso. Gli stranieri costituiscono così la distanza fra noi e l'Altro e necessariamente 'sono e rimangono fra noi, come paletti indicatori indispensabili lungo itinerari senza mappa né direzione: devono essere numerosi e multiformi proprio come le figure sempre mutevoli dell'identità nella ricerca senza fine di se stessi. Non si deve, tuttavia, dimenticare che, per la sua stessa natura e per le logiche redazionali, per i modi di organizzare il materiale, per l'esigenza di pianificare anticipatamente il lavoro, l'informazione massa mediale tende inconsciamente a 'deformare' la realtà. Appare quanto mai utile, di conseguenza, considerare brevemente e in linea generale l'immagine che del mondo 'immigrato' i media hanno fornito al pubblico. A questo proposito è stato osservato che da una prima fase di latenza da parte dei

---

soprattuto sulla scientificizzazione delle dicerie per la nascita del 'nemico comune': un elemento di pacificazione interna a uno Stato. Si pensi agli efficienti Ministeri per la propaganda, tipici di ogni regime dittatoriale (quello di Joseph Goebbels era articolato in sei sezioni: Radio, Stampa, letteratura, Belle arti, Cinema e Teatro, Musica), oppure alle unità militari e paramilitari specializzate nelle riprese di immagini, come accadeva ad esempio nel Terzo Reich, nelle zone dei ghetti o per le azioni degli 'Einsatzgruppen'. Altri esempi sono la creazione dell'antisemitismo mediatico nazista, i reportage contro l'est o l'ovest nel periodo dei due blocchi, la colpevolizzazione del terrorismo globalizzante post 11 settembre 2002, tutti volti a incanalare il malcontento comune, causato dai disagi quotidiani, contro nemici non appartenenti alla collettività nazionale: all'*élite*". (BIENATI, Andrea. *Mass media* e criminalità: tra spettacolarizzazione e 'paidea'. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005. p. 624-625).

mezzi dell'informazione rispetto alle questioni dell'immigrazione – fase in cui prevalevano le notizie relative al fenomeno dell'immigrazione collocate nelle pagine di cronaca locale – alla fine degli anni Ottanta l'attenzione a questi temi è divenuta più sistematica. I discorsi mediatici sull'immigrato si polarizzano essenzialmente o a) sull'immagine dell'immigrato come criminale ovvero; b) sulle condizioni di vita degli immigrati, nonché; c) sulla utilità dei lavoratori stranieri alla società e all'economia capitalista ovvero; d) sui dibattiti intorno alle diverse proposte di legge. Per quanto riguarda la rappresentazione della criminalità dell'immigrato, è stata segnalata un'involuzione: dalla fine degli anni Ottanta i discorsi mediatici hanno infatti conosciuto un passaggio dalla 'emergenza razzismo' alla 'emergenza criminalità', attraverso l'enfatizzazione dei temi di coinvolgimento dell'immigrato in episodi di delittuosità".[32]

La conclusione a cui arriva Daniela Bramati sui crimini pubblicati dai mezzi di comunicazione di massa coinvolgendo l'immigrante fu la seguente: "Dall'analisi dei dati ottenuti nel corso della ricerca empirica è emerso che i *mass media*, seppur in valori percentuali differenti, dedicano un'attenzione particolare alla criminalità dell'immigrato. Questa, invero, risulta essere sottorappresentata rispetto alle statistiche ufficiali di rilevamento del crimine. Tale sottorappresentazione è, tuttavia, in un certo senso compensata dall'elevato indice di gravità mediatico a essa attribuito, nonché dal fatto che la maggior parte delle notizie che la riguardano vengono presentate al pubblico propriamente con una qualificazione criminale".[33]

Sull'*etichettamento* razziale pubblicato sui giornale italiani, dobbiamo fare le seguenti considerazioni: (a) l' intenzione dei *mass media*, quando nel contempo in cui divulgano la tensione esistente fra la Romania e l'Italia in relazione alla promulgazione di un decreto per facilitare le espulsioni di stranieri, essendo considerati da alcuni come uno strumento di xenofobia, dimostra sulla tendenza ideologica in favore del Decreto con la divulgazione di notizia di pratica di crimine rafforzando, *etichettando*, la nazionalità dell' autore, principalmente come essendo Romeni quelli che forse hanno commesso il delitto di sequestro a Lodi.[34] Tale forma di agire conduce l' opinione pubblica a constatare la necessità

32. BRAMATI, Daniela. La rappresentazione mediatica della criminalità dell'immigrato. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005, (634-654), p. 635-637.

33. Idem, ibidem, p. 653.

34. "La ricerca sulla politica economica delle istituzioni e delle pratiche penali fornisce una significativa testemonianza dello stretto rapporto che intercorre fra le scelte di politica criminale e la situazione economica. In una propettiva marxiana, nella

del Decreto di espulsione, perché Romeni praticano delitti in'Italia; b) Nella divulgazione della notizia dei crimini, alla pagina 17 del giornale, il mezzo di comunicazione di massa ogni volta detta che il crimine di rapina o di sequestro furono praticati da Stranieri, basandosi soltanto sull' informazione della vittima che dice che uno degli autori abbia "accento slavo" o "un accento dell'est molto marcato". Nella oltra notizia, in modo esplicito si parla di "Romeni".[35]

---

quale i fenomeni sovrastutturali derivano dalle condizoni materiali e a loro volta le influenzano in un processo dialetico, noi abbiamo considerato il sistema penale come una componente essenziale della struttura sociale capitalista propria degli Stati Uniti. Così le istituzioni della giustizia penale, come altri aspetti della struttura sociale capitalistica, si sono storicamente rivelate settori elettivi di significative trasformazioni in occasione di momenti critici della politica economica. La giustizia penale ha infatti giocato un ruolo importante per il superamento da parte della politica statunitense di lunghi periodi di stagnazione e di declino, favorendo rinnovati periodi di crescita. In sintonia con il materialismo storico, noi non sosteniamo che gli orientamenti politici-criminali rappresentino sempre e automaticamente una risposta diretta ai bisogni del sistema capitalistico: esse sono piuttosto esiti sociali, elaborazioni culturali, che prendono forma attraverso i comportamenti umani. Sia le forze e le condizioni strutturali oggettive, sia le motivazioni soggettive e le azioni individuali concorrono alla formazione della politica penale. Poichè il sistema penale e le sue pratiche sono comprensibili solo nella prospettiva duplice delle relazioni umane e delle forze strutturali che le creano, lo studio delle ideologie popolari sul crimine può aiutare a capire le spinte emozionali e razionali che sono alla base dell'evoluzione della politica di controllo penale" (BARLOW, Melissa Hickman. La natura ideologica delle notizie sul crimine. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005. 308-309).

35. "Lo studio condotto tra il 1987 e il 1996 da Katheryn Russel su 67 storie inventate a sfondo razziale dimostra come i cronisti costruiscano i loro racconti attorno a identità sociali che si legittimano in forza dei numerosi servizi e stereotipi sui gruppi emarginati, come le minoranze raziali. Nell 1990, ad esempio, una studentessa dell'Università George Washington denunciò che un'altra studentessa era stata violentata da due uomini di colore, 'maleodoranti' al solo 'scopo di richiamare l'attenzione sul problema della sicurezza delle donne'.
L'insegnante di una scuola di Tucson scrisse a se stessa alcune lettere minatorie prima di spararsi. Si era lamentata che la disciplina e la sicurezza fossero troppo blande, che un giovane ispanico di dodici anni le avesse mandato alcune lettere e, poi, le avesse sparato. Nella primavera del 1999, due ragazze di quinta elementare di Mesa, in Arizona, facendo il gioco della verità, raccontarono con dovizia di particolari che un uomo di passaggio armato di coltello le aveva aggredite mentre stavano lasciando la scuola. Lottando, erano riuscite a liberarsi dell'uomo, che descrissero come un tipo che 'si mangiava le unghie', e erano scappate a casa di alcuni vicini. La polizia e i vicini perlustrarono la zona, interrogando diverse persone, per scoprire, poi, che le bambine si erano iventato tutto.

La notizia mediatica è piena di concezione ideologica contro la origine straniera.

L' aspetto più grave di tutta questa informazione mediatica é che non c'è prova incontrastata e sicura che il crimine sia stato praticato da stranieri, soprattutto Romeni, e non da uno di nazionalità italiana.

Cosi, nonostante i mezzi di comunicazione di massa non avevano qualsiasi elemento più sostanziale quanto all'autore dell'infrazione penale, e dinanzi a un momento politico, sociale e economico che vive l' Unione Europea con l' apertura delle frontiere, si osserva una nitida tendenza *funzionale-consequenziale* nel senso di *Etichettare* come *Romeni* eventuali autori di infrazione penale ancora non spiegata dall'autorità competente.

Il panno di fondo dell'*etichettamento* etnico-razziale, in realtà, si verifica in un momento di rischio e di pericolo eventuale di scadimento economico in ragione dell' immigrazione di persone provenienti dall'est europeo, fatto esso che denota l' interesse di migliorare l' effettività del sistema penale.[36]

Non é per avventura che l'economista, sociologo e studioso politico elitista italiano Vilfredo Pareto, all' inizio del XX Secolo ha scritto: "Il governante è l'arte di adoperate i sentimenti esistenti; sta bene dunque che i governi tengano conto di questi pensamenti anche se erronei, ma debbono altresì sapere che, se eccedono per un verso preparano un rivolgimento nel contrario". Aldilà, P. Rumiz, in 1996, in suo testo *Maschere per un Massacro* scriveva sulla guerra in Kosovo: "c'è dunque un solo modo per costruire la guerra in modo legittimo e credibile: far sì che il futuro aggressore si ritenga aggredito. Il passaggio attraverso la paura è perciò indispensabile. Se il Serbo crederà di essere vittima predestinata di una nuova minaccia esterna, l'aggressività nascerà automaticamente dall'istinto di difesa".[37]

L' informazione mediatica su un forte *etichettamento etnico razziale* rivela, secondo Melissa H. Barlow: "significativi preconcetti contro le minoranze etniche nelle descrizioni della razza degli autori del reato. Inoltre, in generale, le

---

Quando la gente finge aggressioni, rapimenti o altre disavventure a opera di estranei sta mettendo in scena una rappresentazione che è ormai parte dell'discorso di paura', o dell'idea che la paura e il pericolo siano onnipresenti" (ALTHEIDE, David L. I mass media, il crimine e il 'discurso di paura'. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: Ed. V&P Università, 2005. p. 299).

36. "Tuttavia, il fatto che nessuna delle soluzioni proposte si indirizzasse alle cause socio strutturali del crimine testimonia la limitatezza di prospettiva che caratterizza le cronache" (BARLOW, Melissa Hickman. Op. cit., p. 312).

37. BIENATI, Andrea. Op. cit., p. 621.

notizie fornite sulle cause del crimine enfatizzavano caratteristiche individuali e solo raramente ipotizzavano cause di natura macrosociale all'origine della questione criminale negli Stati Uniti".[38]

Il fatto è che: "La conseguenza di questa caratterizzazione razziale del crimine è che oggi il discorso sulla criminalità è un discorso di razza, in modo independente dal fatto che la componente razziale sia resa esplicita".[39]

Nella rappresentazione degli autori di crimini riportati nella *media*, predomina la logica del normale/anormale, dell' essere dentro la società o essere escluso: in una semplice parola: *domina il paradigma becheriano dell' outsider*.

L'*etichettamento* fatto dal *mass media* stabilisce un *processo di modellamento* della conoscenza sociale all' adattamento del fenomeno di un nuovo comportamento davanti alla rappresentazione simbolica mediatica. Questo processo è descritto dalla *teoria del modellamento,* e consiste in diverse fasi cosi sintetízate: "1) un singolo membro di un pubblico osserva (o legge) nel contenuto mediatico una persona (un modello) che esplica un particolare modello di azione; 2) l'osservatore si identifica con il modello, cioè crede di essere come il modello, vuole essere come lui o lo considera affascinante e degno di essere imitato; 3) l'osservatore riconosce consapevolmente – o inconsapevolmente – che il comportamento osservato o descritto è funzionale. Cioè la persona si fa l'opinione che quel comportamento produrrà qualche risultato desiderabile se lo si imita in una determinata situazione; 4) quando si trova in circostanze pertinenti (situazione di stimolo), l'individuo ricorda le azioni della figura-modello e riproduce il comportamento come risposta a quella situazione; 5) compiere l'azione riprodotta in una situazione di stimolo pertinente dà all'individuo qualche sollievo ricompensa o soddisfazione, facendo così in modo che il legame tra quegli stimoli e la risposta suggerita dal modello venga rinforzato".[40]

Davanti a questo, si osserva l' effetto circolare della relazione fra i mezzo di comunicazioni di massa e l' opinione pubblica.[41]

---

38. BARLOW, Melissa Hickman. Op. cit., p. 311.

39. Idem, p. 313.

40. DEFLEUR, Melvin. L.; BALL-ROKEACH, Sandra J. Op. cit., p. 235.

41. "Il pressuposto teorico di questa sezione della ricerca consiste nell'idea che un'analisi della rappresentazione della criminalità in televisione non può seguire un modello riflexo/effetto (la televisione riflette in modo più o meno deformato la realtà sociale e tale riflesso provaca determinati effetti nel sociale, ad esempio di ansia e di allarme). Un simile modello è troppo semplicistico e non considera l'effettiva complessità

Cosi, l' opinione pubblica modellata dall' informazione simbolica dei *mass media,* a sua volta anche plasma la forma dei mezzi di comunicazione di portarsi davanti nuovi fatti e di nuove notizie di infrazione penale. Siamo davanti alla problematizzazione di Harry J. Skornia, ovvero, il vecchio problema dell' uovo e della gallina: "É infatti difficile raggiungere la certezza se siano i gusti del pubblico a determinare l'offerta dei *media* o se sia l'offerta dei *media* a determinare i gusti del pubblico. La risposta sta probabilmente nel mezzo, per cui i gusti del pubblico sarebbero sia una causa che un effetto dell'offerta dei *media*. Il rapporto tra i gusti del pubblico e il prodotto dei *media* è quindi circolare, proprio come quello dell'uovo e della gallina, dove le galline producono uova e le uova producono galline".[42]

Il paradigma strutturale-funzionale-consequenziale offre una risposta utile per comprendere questa relazione e spiegare la straordinaria continuità con cui la *media* mantiene la stessa base e ripetizione della qualità di contenuto.[43]

4. CONCLUSIONE

Per mezzo di questa argomentazione, si osserva che i *mass media*, oltre a informare (che sarebbe il suo ruolo preponderante), realizzano ugualmente il *giudizio parallelo* dei fatti criminali e della propria attuazione del Potere

---

dei fenomeni. Occorre piuttosto adottare l'idea che la televisione: a) rappresenta il crimine attingendo all'ampio repertorio delle configurazioni e degli stereotipi culturali: le sue rappresentazioni non attingono direttamente dalla 'realtà', ma dal serbatorio di risorse cognitive, etiche e simboliche costituito dall'universo culturale; b) riutilizza le figure culturali del crimine per un gran numero di scopi espressivi sia nell'ambito della fiction sia al di fuori di essa; c) in tal modo preleva e rielabora con molta libertà le configurazioni culturali degli atti criminali; d) solo a partir da questa serie di passaggi si possono infine avanzare ipotesi circa I ritorni delle configurazioni relative al crimine all'interno della cultura e quindi circa I possibili 'effetti' dei messaggi televisivi". (EUGENI, Ruggero; BELLAVITA, Andrea. Espropriazione senza mandato 'la rappresentazione del crimine nella fiction, nell'intrattenimento e nei programmi di approfondimento televisivi. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005. p. 242).

42. DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra J. Op. cit., p. 143.

43. "Las estructuras de repetición, asegura Koselleck, están presentes a todos los niveles: desde las condiciones naturales, astronómicas, geológicas y biológicas que hacen posible la vida humana, hasta las instituciones y organizaciones sociales, jurídicas y políticas que los hombres han puestos en pie" (KOSELLECK, Reinhart. Estructuras de repecticón en el lenguaje y en la historia. *Revista de Estudios Políticos* 134/17).

Giudiziario, ingerenza *intra-sistemica* di valore che può condurre a un'adeguazione alla prospettiva *funzionale-consequenziale sociale,* mediante il capo del Potere Giudiziario nel senso di realizzare un comportamento istituzionale secondo la delimitazione ermeneutica preconizzata dai *mass media.*

Secondo Elisabeth Noelle Neumann (concettualizzato *esponente del* "powerful media"): "la goccia d'acqua che cade continua, consuma la pietra (...). Gli effetti dei *media* sono in gran parte inconsci: le persone non sono in grado di dare dei resoconti di ciò che è accaduto. Esse mescolano, piuttosto, le loro percezioni diretta con quelle filtrate, attraverso la mediazione dei mezzi di comunicazione di massa, in un'unità indissociabile che alle persone sembra derivare dai loro propri pensieri ed esperienze (...). Molti di tali effetti dei *media* accadono in maniera indiretta, in tanto in quanto le persone adottano lo sguardo dei *media* ed agiscono corrispondente".[44]

5. BIBLIOGRAFIA

ALTHEIDE, David L. I *mass media*, il crimine e il 'discurso di paura'. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine.* Milano: V&P Università, 2005.

BARLOW, Melissa Hickman. La natura ideologica delle notizie sul crimine. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine.* Milano: V&P Università, 2005.

BERTOLINO, Marta. Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine.* Milano: V&P Università, 2005.

BIENATI, Andrea. *Mass media* e criminalità: tra spettacolarizzazione e 'paidea'. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine.* Milano: V&P Università, 2005.

BRAMATI, Daniela. La rappresentazione mediatica della criminalità dell'immigrato. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine.* Milano: V&P Università, 2005.

CALVANESE, Ernesto; BIANCHETTI, Raffaele. Messaggi mediatici, funzioni della pena e senso di sicurezza dei cittadini. *Sociologia del Diritto.* fascicolo 3. XXX. Milano: FrancoAngeli, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais.* Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

_____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica.* Coimbra: Coimbra Ed., 2003. vol. I.

44. WOLF, Mauro. *Gli effetti sociali dei media.* Milano: Strumenti Bompiani, 1992. p. 64.

_____. *Teoria do direito – Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

CERETTI, Adolfo. Il caso novi ligure nella rappresentazione mediatica. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005.

CHERMAK, Steven. La rappresentazione giornalistica del terroismo. Trad. Ezio Giacalone. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005.

DE LUCAS, Javier. Inmigrantes, extraños a la comunidad, enemigos. Ida y vuelta en la respuesta del derecho a la inmigración. *Sociologia del Diritto*. fascicolo 2. n. 581. Milano: FrancoAngeli, 2004.

DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra J. *Teorie delle comunicazion di massa*. Bologna: Il Mulino, 1995.

EUGENI, Ruggero; BELLAVITA, Andrea. Espropriazione senza mandato 'la rappresentazione del crimine nella fiction, nell'intrattenimento e nei programmi di approfondimento televisivi. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GIUNTA, Fausto. L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. nuova serie. anno XLI. Milano: Giuffrè, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. Estructuras de repecticón en el lenguaje y en la historia. *Revista de Estudios Políticos*. n. 134. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, diciembre 2006.

KURY, Helmut. *Mass media* e criminalità: l'esperienzia tedesca. Trad. Carlo Ruga Riva e Arianna Cremona. In: FORTI, Gabrio; BERTOLINO, Marta (a cura di). *La televisione del crimine*. Milano: V&P Università, 2005.

_____. *La Reppublica*. anno 32. n. 264. Roma: Gruppo Editoriale L'Espresso Spa, 08.11.2007.

MAGLIE, Cristina de. *Società multiculturali e diritto penale: la cultura defense*. Milano: Giuffrè, 2006.

MANTOVANI, Ferrando. Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. fascicolo 2-3. Milano: Giuffrè, apr.-sett., 2007.

MUÑOZ, Blanca. *Cultura y comunicación – Introducción a las teorías contemporáneas*. Barcelona: Barcanova, 1989.

PALIERO, Carlo Enrico. La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei *media*). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. nuova serie. anno XLIX. Milano: Giuffrè, 2006.

SILVERSTONE, Roger. *Perché studiare i* media? Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
WOLF, Mauro. *Gli effetti sociali dei* media. Milano: Strumenti Bompiani, 1992.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Incidencia de las "mass media" en la expansion del control penal en Latinoamérica, de Raúl Cervini – *RBCCrim* 5/37;
- La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media), de Carlo Enrico Paliero – *RT* 882/413; e
- Sociedade, *mass media* e direito penal: uma reflexão, de Vinicius de Toledo Piza Peluso – *RBCCrim* 39/175.

O FUNDAMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA

2

The foundation of self defense

BRUNO MOURA

Mestre e Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo analisa as diversas tentativas de fundamentação da legítima defesa formuladas nas últimas cinco décadas - muitas delas desconhecidas entre nós - e tenta encontrar um critério material capaz de tornar verdadeiramente "legítima" esta drástica intervenção na esfera jurídica do agressor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal - Justificação - Legítima defesa.

ABSTRACT: This article addresses the several attempts to set out the grounds of self-defense in the last five decades - many of which are unknown by us - it also tries to find a substantive standard able to make this drastic intervention in the aggressor's legal sphere truly "legitimate."

KEYWORDS: Criminal law - Justification - Self-defense.

SUMÁRIO: 1. O problema - 2. O "argumento do peso" - 3. O "argumento do injusto" - 4. Modelos: 4.1 Breve tese; 4.2 Supraindividualidade: 4.2.1 Ideia de Direito; 4.2.2 Vigência normativa do Direito; 4.2.3 Vigência empírica do Direito; 4.3 Individualidade: 4.3.1 Direito natural de autoconservação; 4.3.2 Situação de apuro e inexperiência defensiva; 4.3.3 Defesa da liberdade de ação individual; 4.3.4 Autocolocação em perigo ou autodano; 4.3.5 Evitabilidade; 4.4 Transindividualidade; 4.5 Intersubjetividade: 4.5.1 Indignação moralmente universalizável; 4.5.2 Imposição de direitos subjetivos; 4.5.3 Conservação da relação de coordenação; 4.5.4 Rescisão contratual - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

1. O PROBLEMA

Durante muito tempo a legítima defesa – abarcando a "legítima defesa própria" e a "legítima defesa de terceiro" ou "auxílio necessário" – (art. 25 do CP brasileiro, art. 32 do Código Penal português e § 32 do Código Penal alemão) foi enaltecida não somente como uma norma dotada de precisão e clareza exemplares, mas também como a mais bem acabada causa de justificação. Nestas circunstâncias, o instituto logrou uma invejável estabilidade doutrinal e jurisprudencial.[1] Mas este estado de coisas não conseguiu sobreviver às transformações ocorridas nas últimas cinco décadas: o considerável aumento de casos e o sentimento humanista cada vez mais contrário à "moral homicida" derrubaram aqueles velhos atributos e motivaram uma verdadeira revolução dogmática através das chamadas "restrições ético-sociais" à legítima defesa.[2] O reconhecimento destes novos limites convocou um urgente e compenetrado olhar sobre o fundamento da enérgica intervenção nos bens jurídicos do agressor, cujo rigorismo estaria – segundo a leitura dominante – na exclusão do princípio da proporcionalidade *stricto sensu*.[3]

---

1. Por todos: CARVALHO, Américo Taipa de. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 9 e ss.

2. Sobre os dois fatores: COURAKIS, Nestor Constantin. *Zur sozialethischen Begründung der Notwehr*. Baden-Baden: Nomos, 1978. p. 19-23. Para o aspecto quantitativo, especialmente no âmbito do tráfego viário: KRATZSCH, Dietrich. *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1968. p. 26-29. Quanto ao aspecto qualitativo-humanizador, talvez o exemplo mais chamativo seja o "caso dos ladrões de fruta", julgado em 1921 na Alemanha. Dois homens invadiram um exuberante pomar, apanharam uma maçã e iniciaram fuga, ao invés de acatar a ordem de imediata devolução do dono da área. Diante da desobediência e do distanciamento dos ladrões, a única possibilidade de o dono evitar a perda do fruto era o disparo de arma de fogo contra os mesmos. Um deles foi atingido e ficou gravemente ferido. O atirador foi inocentado em virtude da legítima defesa. Mas no recurso contra a decisão (mantida na instância superior), o órgão de acusação argumentou que a crassa desproporção entre o bem jurídico protegido e o bem jurídico lesado com a defesa deveria excluir o efeito justificante. Informativo: KORIATH, Heinz. Einige Gedanken zur Notwehr. In: BRITZ, Guido et al (Hrsg.). *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*. München: Beck, 2001. p. 362-363.

3. Prescindindo os casos de "crassa desproporção": JÄGER, Christian. *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipen im Strafrecht*. Heidelberg: Müller, 2006. p. 19, 21 e 32; LESCH, Heiko. Die Notwehr. In: WIDMAIER, Gunter et al (Hrsg.). *Festschrift für Hans Dahs*. Köln: Otto Schmidt Verlag, 2005. p. 81, 82 e 106-109; MÜSSIG, Bernd. Antizipierte Notwehr. Das Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriff als Kriterium objektiver Zurechnung. *ZStW* 115/233-234; KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 361-363;

Mais intenso do que nunca, o debate forneceu uma rica gama de possibilidades interpretativas: conduziu não somente à formulação do modelo dualista hoje dominante e do modelo intersubjetivo ainda pouco repercutido, mas também a uma variada reformulação dos antigos modelos monistas individuais e supraindividuais. Neste marco, o estudo em tela busca avaliar a capacidade de rendimento de cada uma destas vias de compreensão – muitas delas desconhecidas entre nós – sobre o "específico" da legítima defesa.[4]

2. O "ARGUMENTO DO PESO"

Durante sua moderna evolução dogmática,[5] a legítima defesa foi invariavelmente considerada um tipo justificante ou causa de justificação, vale dizer, uma regra permissiva encarregada de reconhecer – através de uma exceção (contranorma) às proibições (normas de partida) – ao defensor o direito de intervir na esfera jurídica alheia e impor ao agressor o correspondente dever de tolerar a intromissão, de modo a afastar a ilicitude de uma conduta *prima facie* contrária ao ordenamento jurídico.[6]

LUDWIG, Dominik. *"Gegenwärtiger Angriff", "drohende" und "gegenwärtige Gefahr" im Notwehr – und Notstandsrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1991. p. 64-67, 72, 73 e 90-93; HOYER, Andreas. Das Rechtsinstitut der Notwehr. *JuS* 28/92 e 94; FRISTER, Helmut. Die Notwehr im System der Notrechte. *GA* 135/291-295 e 303; ENGLÄNDER, Armin. *Grund und Grenzen der Nothilfe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 25 e 90-91.

4. LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 76.

5. Sabe-se que a ideia subjacente ao *vim vi repellere licet* de *Ulpiano* tem uma história praticamente imemorial. Para a moderna evolução da legítima defesa: KREY, Volker. Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern. *JZ* 34/702 e ss.; SUPPERT, Hartmut. *Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage"*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1973. p. 43 e ss.

6. A escolha legislativa entre uma regra sob condições ("Não deves X se o pressuposto Y não existir") e uma combinação regra-exceção ("Não deves X. Isto não vale quando o pressuposto Y existe") – basta imaginar, v.g., que X = matar e Y = situação de legítima defesa – é uma mera questão técnica de formulação externa da norma (uma forma pode ser linguisticamente convertida na outra sem perda do conteúdo). Assim: HRUSCHKA, Joachim. Extrasystematische Rechtfertigungsgründe. In: JESCHECK, Hans-Heinrich; LÜTTGER, Hans (Hrsg.). *Festschrift für Eduard Dreher*. Berlin: Walter de Gruyter, 1977. p. 189 e ss. Ainda sobre a contranorma e o "princípio regra-exceção": HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005. p. 102-121; KINDHÄUSER, Urs. Zum sog. "unerlaubten" Risiko. In: BLOY, René et al (Hrsg.). *Festschrift für Manfred Maiwald*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 45-46.

Entretanto, esta classificação deixou de ter ares de unanimidade. À luz do fascínio resultante do sucesso dogmático da teoria da imputação objetiva, especialmente do critério vitimológico da autocolocação em perigo, a legítima defesa chegou a ser concebida como "causa de exclusão da imputação": com este rótulo, Lesch elimina indiferenciadamente a ilicitude/culpabilidade do fato/autor[7] e Jäger afasta a própria tipicidade da conduta.[8]

Mas este novo posicionamento não convence. Na sua base está uma hipertrofia do conceito de imputação, contrária às estruturas normológicas e ontoantropológicas do Direito Penal. De um lado, além de diluir sem necessidade a irrenunciável fronteira entre ilicitude e culpabilidade, a tese de Lesch chega ao absurdo lógico-sistemático de outorgar à legítima defesa e ao excesso de legítima defesa o mesmo efeito. Do outro, a tese de Jäger ignora que os processos de imputação ocorrem fora destes "parâmetros de medição" encarregados de tematizar a contrariedade à norma ou ao dever.[9]

Mantida a tradicional natureza da legítima defesa, resta saber se ela pode ser reconduzida a um princípio geral comum a outras causas de justificação. Deixando de lado a análise de cada uma das teorias monistas e pluralistas,[10] cabe encontrar na prevalência do interesse juridicamente preponderante o princípio

---

Este significado normológico da "técnica regra-exceção" (onde uma norma proibitiva fica limitada através de uma norma permissiva) não se confunde com seu significado fático-estatístico (onde os casos justificados podem inclusive tornar-se regra em face dos não justificados, como mostra a privação de liberdade em virtude da prisão preventiva ou da execução da pena). Para estes dois sentidos do termo "regra", enquanto pauta ou diretriz e hábito ou uso: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht. In: KÜPER, Winfried (Hrsg.). *Festschrift für Karl Lackner*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 80, 83-84. Em todo caso, a técnica da exceção não significa que tipicidade seja um indício da ilicitude: Idem, p. 80-83; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 50, 66 e 136-138.

7. LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff*. Köln: Carl Heymanns, 1999. p. 263, 264, 270-271.
8. JÄGER, Christian. Op. cit., p. 15-21 e 31-32.
9. Assim: MOURA, Bruno. Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no direito penal. *RBCCrim* 87/20 e ss.; *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. Dissertação de mestrado, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2011. p. 21-23.
10. Informativos: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 228 e ss.; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*... cit., p. 136-137; GROPP, Walter. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. Auflage. Berlin: Springer, 2005. p. 185-186.

fundamental de todas as causas justificantes.[11] Como este juízo de proporcionalidade exige não apenas o abstrato sopesamento dos bens jurídicos em jogo, mas uma "completa valoração e ponderação de todas as circunstâncias do caso individual",[12] vale dizer, um olhar axiologicamente cuidadoso sobre o concre-

11. Assim: MOURA, Bruno. Sobre o sentido... cit., p. 31. Também: COURAKIS, Nestor Constantin. Op. cit., p. 100-104; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 391; FREUND, Georg. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2. Auflage. Berlin: Springer, 2009. p. 71-73; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung der Notwehr. *GA* 138/99-101; ROXIN, Claus. Rechtfertigungs – und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen. *JuS* 6/426; LENCKNER, Theodor. "Gebotensein" und "Erforderlichkeit" der Notwehr. *GA* 115/2-3. No mesmo sentido: NOLL, Peter. Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung. *ZStW* 77/9 e ss., onde recorre ao "valor preponderante". A impossibilidade da ponderação no consentimento foi o ponto de partida das teorias pluralistas: MEZGER, Edmund. *Strafrecht. Ein Lehrbuch*. 3. Auflage. München: Duncker & Humblot, 1949. p. 207 e ss., onde recorre aos princípios da "ausência de interesse" e do "interesse preponderante"; GROPP, Walter. Op. cit., p. 186-187, onde acrescenta o princípio do "interesse equivalente" (colisão de deveres). Desde o ponto de vista da ponderação de interesses, o mais correto é considerar o consentimento uma causa de exclusão da tipicidade: KINDHÄUSER, Urs. Zum sog. "unerlaubten" Risiko cit., p. 411-415; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Zum Begriff... cit., p. 90-91, onde vislumbra um caso de "aparente lesão ao bem jurídico". Freund (op. cit., p. 72-73) postula o consentimento justificante como "subcaso do interesse preponderante", tendo em vista o interesse da vítima em sua liberdade geral de ação. Contudo, esta última entra em consideração apenas no marco geral e abstrato da tipicidade (as causas justificantes tratam da necessidade de intervenção em uma situação de conflito concreta e individual): ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. München: Beck, 2006. p. 550-551.

12. GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*. Köln: Carl Heymanns, 1983. p. 205, onde destaca a proporcionalidade em sentido estrito como um "princípio ponderador de valores". No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 735-736, onde resume (p. 712): "a proporcionalidade exige não uma ponderação de bens, mas uma ponderação de interesses"; COURAKIS, Nestor Constantin. Op. cit., p. 100, 102 e 104: o princípio da ponderação de interesses apenas tem sentido "quando considera todas as circunstâncias e valores colidentes do caso individual, pois no final das contas todos eles repercutem sobre os interesses individuais ou sociais"; JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1991. p. 398: "a oposição entre a faculdade policial e o § 32 do StGB não é aquela entre proporcionalidade e desproporção: também o § 32 do StGB permite apenas uma defesa proporcional, mas que não deve ser compreendida como proporcionalidade de bens, mas sim como ponderação do justo e do injusto". Para a diferença entre abstração (tipicidade) e concreção (antijuridicidade): KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*.

to contexto de ação,[13] o princípio geral deve ser densificado em cada uma das causas de justificação através de outros (sub)princípios especificantes referidos ao correspondente fator de preponderância. Do contrário, as causas de justificação não passariam de "bons motivos jurídicos para realizar uma conduta em si proibida".[14] Em vista deste "argumento do peso",[15] fica sem sentido não apenas o debate entre monismo e pluralismo,[16] mas também a exclusão do princípio da estrita proporcionalidade na legítima defesa.[17]

Göttingen: Schwartz, 1954. p. 248 e ss.; ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 223 e 224. Crítico: LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 264-265.

13. Segundo Jakobs (op. cit., p. 349), diferentemente da conduta atípica, a conduta justificada constitui um comportamento que segue socialmente "anômalo" ou "estranho" (não imperceptível), unicamente tolerado em virtude de seu "contexto" (situação justificante). Todavia, cabe argumentar que as condutas atípicas não necessariamente são socialmente imperceptíveis e que exclusão da tipicidade também apenas será concebível à luz do concreto "contexto da conduta". Isto fica especialmente claro com o reconhecimento da teoria do fim/âmbito de proteção da norma. Assim: JÄGER, Christian. Op. cit., p. 16-17; LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 268-270, onde destaca que o conceito de "anormalidade social" deveria referir-se apenas a uma "especial anormalidade social", que "vai além do tipica ou normalmente esperado". Sobre a ilicitude como *ratio relevans* (não *ratio essendi*, nem *cognoscendi*) da tipicidade: COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 427 e ss. Ademais, a tese de que a justificação seria uma mera "tolerância" (não a valoração positiva de uma conduta que continuaria negativamente valorada) ignora que os valores também se realizam através das causas justificantes: MOURA, Bruno. *A não-punibilidade*... cit., p. 62.

14. Como em: JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 349-350. Crítico: JÄGER, Christian. Op. cit., p. 16. Enquanto o estado de necessidade agressivo recorre ao princípio da solidariedade mínima, o estado de necessidade defensivo convoca o princípio da responsabilidade pelo perigo. Por todos: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 91-98.

15. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 25-28 e 49-50.

16. Neste sentido: KÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. München: Vahlen, 2008. p. 110.

17. Para extirpar qualquer dúvida: o que se exclui na legítima defesa não é o *princípio* da proporcionalidade em sentido estrito (pois ele está devidamente realizado *in abstracto* pelo legislador, em virtude do "peso" da agressão ilícita), mas apenas a exigência de que o defensor realize *in concreto* seu próprio juízo de estrita proporção. Outra consequência (agora oposta) desta confusão está na redundante exigência do art. 52 do *Codice Penale* (defesa "proporcional" à agressão). Para a atual discussão na doutrina italiana: MILITELLO, Vincenzo. La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o transfigurazione? *RIDPP* 49/826 e ss. Quanto ao CPB, o uso "moderado" dos meios necessários não é uma verdadeira exigência de proporcionalidade estrita, mas ainda

Segundo a conhecida frase de Welzel, matar atipicamente um mosquito e matar uma pessoa em legítima defesa não significam a mesma coisa.[18] Com efeito, embora em ambos os casos a conduta não esteja normologicamente vedada, há uma importante diferença de fundamentação. Quando alguém mata um mosquito, não existe nenhum interesse relevante de proteção, vale dizer, falta um interesse contrário capaz de restringir a liberdade de ação do autor. Na legítima defesa, ocorre o inverso: ao interesse do autor em revidar a agressão através da morte do agressor opõe-se ao interesse de proteção – inicialmente preponderante – na integridade da vida. Somente a "circunstância especial" de o autor se defender de uma agressão ilícita faz seu interesse prevalecer sobre o interesse da vítima. Em outros termos, a coordenação/ponderação fundamental (na regular e abstrata situação de partida) de duas classes de interesses (liberdade geral de ação e interesses específicos de proteção) se altera com as causas justificantes: estas concedem relevância (na excepcional e concreta situação de chegada) a outros interesses, estendendo o processo de ponderação a especiais circunstâncias adicionais que não desempenham qualquer papel nas proibições e nos mandatos. Deste modo, a norma da legítima defesa pode levar em consideração – junto à liberdade geral de ação do defensor – o interesse do agredido na conservação do bem jurídico atacado e/ou o interesse da comunidade na conservação do Direito: o interesse de proteção do agressor tem sua importância reduzida e acaba sendo deslocado em favor de interesses opostos.[19]

A forma geral do princípio do interesse preponderante está expressamente consagrada no § 34 do StGB e no art. 34 do Código Penal português. No sistema brasileiro, o princípio foi tematizado através da cláusula de razoabilidade do art. 24 do CP. De qualquer modo, para decidir qual interesse predomina,

---

uma referência à necessidade da defesa: MOURA, Bruno. *A não-punibilidade*... cit., p. 10-11.

18. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1969. p. 81. Contra o "*Mückesargument*": LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff*... cit., p. 265-266.

19. A diferença entre uma conduta atípica e uma conduta típica mas justificada reside na amplitude da ponderação necessária para o juízo definitivo de ilicitude. Tudo isto em: KINDHÄUSER, Urs. Zum sog. "unerlaubten" Risiko cit., p. 406-408. Ainda sobre a legítima defesa como manifestação do interesse preponderante: FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2001. p. 245; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*. 4. ed. Milani: Cedam, 2001. p. 267.

a norma convoca a ponderação de todas as circunstâncias relevantes no caso concreto. Entre os fatores de sopesamento estão não apenas o valor do bem jurídico e o grau do perigo, mas também, v.g., a natureza e a dimensão do dano ameaçado, a existência de especiais deveres de lidar com o risco, as chances de salvação, a responsabilidade de algum dos envolvidos pela situação – com isso o regime abarca ainda o estado de necessidade defensivo de origem humana. Enquanto a norma do estado de necessidade revela uma codificação formal da preferência do interesse superior, a norma da legítima defesa vai além e densifica o princípio: devido à agressão antijurídica, o interesse defendido pelo agressor, *prima vista*, independentemente do valor dos bens e dos outros fatores, será considerado superior. As divergências aumentam no momento de indicar a razão da preponderância.[20]

3. O "ARGUMENTO DO INJUSTO"

Com base na jusfilosofia hegeliana, Berner cunhou a frase mais repetida na dogmática da legítima defesa: "o Direito não necessita retroceder diante do

20. Assim, com recurso à defesa da ordem jurídica: OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 6. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 2000. p. 120-121; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung... cit., p. 109, 110 e 121; ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 620, 621, 735 e ss.; Die "sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts". *ZStW* 93/71; GROPP, Walter. Op. cit., p. 186, 187, 199, 204 e 219-221; KÜHL, Kristian. Notwehr und Nothilfe. *JuS* 33/178-179; CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1968. vol. II, p. 36-37; LENCKNER, Theodor. Op. cit., p. 3. No sentido da cumulativa proteção do bem jurídico ameaçado e da esfera de liberdade individual de ação: WAGNER, Heinz. *Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984. p. 31; SENGBUSCH, René. *Die Subsidiarität der Notwehr*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 146 e ss.; STRATENWERTH, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. Köln: Heymanns, 2000. p. 174; KUHLEN, Lothar. Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe. *GA* 155/286-287. Com base na diminuição do interesse do agressor em virtude de sua reforçada/qualificada responsabilidade pela situação de conflito: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 33-35; FREUND, Georg. Op. cit., p. 71, 72, 95, 96, 104-105. Contra uma codificação formal do princípio no § 34 do StGB, concebendo a norma como materialização de critérios válida exclusivamente para do estado de necessidade agressivo: HRUSCHKA, Joachim. Rettungspflichten in Notstandssituationen. *JuS* 19/388 e ss.; RENZIKOWSKI, Joachim. *Notstand und Notwehr*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. 43 e ss.; FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 292-295; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 85-86, 112-115 e 155-162; MONTENBRUCK, Axel. *Thesen zur Notwehr*. Heidelberg: C. F. Müller, 1983. p. 38-41, 67 e 76.

injusto".[21] Este enunciado costuma ser invocado ou descrito como lema do critério supraindividual da legítima defesa. Para esta difundida leitura do "argumento do injusto",[22] o "Direito" nele invocado toca não os direitos subjetivos do agredido, mas a "ordem jurídica suprapessoal como tal", um fenômeno situado além dos interesses meramente individuais.[23]

Entretanto, um olhar mais acurado revela o histórico mal-entendido deste modo de ver as coisas. Isto fica bem claro quando Berner diferencia entre *Not-stand* e *Not-wehr*: "no estado de necessidade pode ser conservado um direito amplamente superior à custa de um direito inferior com ele colidente; na legítima defesa qualquer direito pode ser incondicionalmente defendido contra qualquer injusto".[24] Ao tratar de todo/cada/qualquer direito, a frase de Berner tem em vista a defesa não do direito objetivo, mas sim dos direitos subjetivos do agredido, assumindo uma visão abertamente individualista. São estes últimos – os interesses/bens individuais juridicamente protegidos – que não precisam ceder diante do ilícito.[25] Naturalmente, isto não exclui a possibilidade de uma interpretação supraindividual do argumento. Neste âmbito, surgem dois caminhos.

O primeiro seria retornar ao modelo hegeliano, onde o injusto não passa de uma mera "aparência" contrária à "existência" ou "substância" contida no Direito. Algo absolutamente "nulo". Mas sua nulidade necessita ser exteriormente manifestada: com a "negação de sua negação" o Direito restabelece-se como

21. BERNER, Albert Friedrich. Die Nothwehrtheorie. *Archiv des Criminalrechts*, 1848. p. 562; *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 18. Auflage. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1898. p. 107 apud LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 83.

22. ENGLÄNDER, Armin. *Grund und Grenzen der Nothilfe* cit., p. 22-24.

23. Por todos: BITZILEKIS, Nikolaos. *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984. p. 39 e ss.; FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 296; KARGL, Walter. Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr. *ZStW* 110/39; KÜHL, Kristian. Notwehr und Nothilfe cit., p. 180; OTTO, Harro. Op. cit., p. 120.

24. BERNER, Albert Friedrich. Die Nothwehrtheorie cit., p. 554; *Lehrbuch* cit., p. 107 e 110 apud LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 83; KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 364. O mesmo vale para as formulações de outros hegelianos (como *Hälschner* e *Köstlin*). Assim: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 22-23.

25. LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 83-85. Com pormenores: PAWLIK, Michael. Die Notwehr nach Kant und Hegel. *ZStW* 114/282-299, onde destaca (p. 259-260) que o rótulo "supraindividual" resulta da "tradicional ingratidão" a Hegel. Ainda sobre as duas interpretações: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 49.

vigente e real.[26] Entretanto, o recurso à metafísica especulativa de Hegel não convence: a interpretação do Direito como "substancial" e do injusto como "nulo" encontra sua premissa em um "espírito absoluto" autofabricado acima da realidade, insuscetível de uma comprovação sustentável.[27]

A segunda via de seria considerar que o agressor ilícito "nega" ou "recusa", para sua concreta ação, a regra de comportamento do sistema jurídico. Como a máxima de conduta do agressor juridicamente não tem nenhuma vigência, seria "nula" em face do Direito. Mas ela ainda ameaça substituir faticamente as proibições do ordenamento jurídico, significando a continuação do perigo de o Direito retroceder diante do ilícito. Para afastar definitivamente tal risco, a defesa eficaz "nega" o injusto "negador" da ordem jurídica e confirma não a máxima do injusto do agressor, mas a norma de conduta do sistema como o padrão determinante, i.e., o Direito como vigente.[28] Mas o critério supraindividual da legítima defesa nada ganha com esta "forma deshegelianizada": fora do contexto da necessidade do Direito como forma de manifestação do espírito objetivo, o argumento do injusto fica reduzido à mera garantia da vigência empírica da ordem jurídica: deixa de oferecer uma fundamentação – i.e., não mais explica o rigorismo da intervenção – e passa somente a nomear o objeto da defesa.[29]

O mesmo vale, *mutatis mutandi*, quanto à interpretação individualista do enunciado: continua uma fórmula vazia, uma mera referência ao objeto defendido.[30] Afinal, "que o injusto tem de ceder perante o justo é preposição axiomática incontrovertida. Agora o que parece que se tem ainda que discutir é a razão por que a resposta (defesa) a um ataque ilegítimo é ela mesma expressão

---

26. O próprio Berner (Die Nothwehrtheorie cit., p. 557) define o injusto como "o nulo" e o Direito como "o substancial" que seria "injusto se precisasse retroceder diante do injusto" apud LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 83; ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 23. Na verdade, a separação entre direito objetivo e direito subjetivo não tem nenhum sentido na teoria de Hegel. Neste sentido: PAWLIK, Michael. Op. cit., p. 285-286.

27. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 23-24.

28. Neste ponto fica bem nítido o erro do sistema de Jakobs, que restringe a ideia de negação da vigência da norma (uma característica do ilícito *tout court* enquanto categoria da teoria geral do Direito) ao conceito de delito: MOURA, Bruno. *A não-punibilidade...* cit., p. 65.

29. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 24.

30. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 365-366, onde anota (p. 366): "a fórmula tem um caráter meramente declaratório e afirma somente que na legítima defesa ocorre a defesa de um direito".

do justo".[31] Assim como o argumento do peso, o argumento do ilícito oferece apenas um ponto de partida. A inexigibilidade da capitulação ou rendição do agredido deve ser explicada através de critérios mais concretos.

4. MODELOS

Tradicionalmente, os argumentos e as teorias acerca do fundamento da legítima defesa são classificados segundo três formas de compreensão: supraindividual, individual e dualista.[32] Entretanto, o debate atual permite conceder autonomia a um novo modo de inteligir que se diferencia no seio do raciocínio puramente individual: o intersubjetivo.[33] Cada um destes modelos será analisado a seguir. Mas antes convém indicar nossa visão das coisas.

4.1 Breve tese

Como sustenta Faria Costa, a legítima defesa deve encontrar sua verdadeira espessura ou densidade na matriz ontoantropológica da juridicidade. Com efeito, a estrutura normativa do Direito e a estrutura normativa do Direito Penal mergulham no nosso primevo modo de ser com os outros, vale dizer, em uma relação de cuidado de perigo de fundamento ontoantropológico, em uma relação ético-existencial de um "eu" concreto – de "carne e osso" – que, exatamente pela sua condição de permanente abertura ou incompletude (projeto), só pode "ser" se tiver o "outro", cuidar do "outro", cuidar de si mesmo cuidando o "outro" e cuidar este cuidar de si mesmo.[34]

A comunidade jurídica sempre se assume como comunidade de perigos e de cuidados. Comunidade que se realiza através de uma densa teia plural de ramificações dialógicas em que a "minha" segurança passa pela abertura

31. COSTA, José de Faria. Op. cit., p. 394.

32. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung... cit., p. 101; KUHLEN, Lothar. Op. cit., p. 286.

33. Assim: KARGL, Walter. Op. cit., p. 55 e ss. Esta visão, aliás, revela-se já no pensamento de Kant e Hegel, especialmente através da figura da relação jurídica: PAWLIK, Michael. Op. cit., p. 264, 265 e 287. Contra, mantendo as "teorias interpessoais da legítima defesa" (como as de Pawlik e Köhler) ainda no rótulo "individual" *tout court*: SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 125; ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 8-9 (agora também sobre as teorias de Kargl, Hruschka, Renzikowski, Hoyer e Lesch).

34. COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 223-224.

solidária com que "eu" me "seguro" com os outros e pelos outros. Segurança em que o "ter" é presença mas em que o "ser social" é presença redobrada, ou seja, segurança pela qual o "ser-aí-diferente" é simultaneamente manifestação da individualidade que o "ter" desencadeia e da sociabilidade que esse mesmo "ter" não pode deixar de pressupor.[35]

Duplicidade que se apresenta, primeiramente, pelo cuidado ou pela segurança que individualmente cada membro da comunidade tem para consigo mesmo, pois segue "impensável o ser-aí-diferente sem a afirmação da sua própria e cuidada existência". Duplicidade que se desenvolve, em um segundo momento, pela percepção de que a própria e cuidada existência só tem verdadeiramente sentido "se aquele cuidado se não estiolar na contemplação narcísica de um 'eu' fora da história. A Sorge é transposição da 'minha' inquietação originária que se quer ver aplacada na solidariedade de todos".[36]

Neste sentido, a matricial teia de relações ontoantropológicas de cuidado de perigo abarca o cuidado do ser-aí-diferente consigo mesmo e com os outros e ainda o cuidado do ser-todos com os particulares e únicos seres-aí-diferentes. Uma rede que não deixa de abraçar também o Estado, institucionalmente encarregado de realizar o princípio da segurança de todos os cidadãos.[37] Quando o "outro", através da agressão antijurídica atual ou iminente, deixa – momentaneamente – de ser *amicus* ou *hospes* para afivelar a máscara do *hostis*[38] e abala ou inclusive rompe a relação normal e matricial do cuidado de perigo, assume total prevalência a relação de cuidado do agredido consigo próprio: ao defender os seus bens jurídicos individuais dentro dos limites do necessário, o "eu" nada mais faz do que deflagrar uma relação estruturalmente primeva e realizar

35. COSTA, José de Faria. *O perigo...* cit., p. 249, onde acrescenta que "é justo não confundir este princípio material de segurança com uma mera segurança formal, filha de um ideário distorcido da mundividência demoliberal, cuja finalidade primeira teria sido a de delimitar o 'ter' de cada um. A segurança, tal como a vemos, não é um *quid* externo e heterónimo que demarque espaços de actuação e, dentro destes, circunscreva zonas de posse – quer esta se revista da posse sobre coisas, quer se projecte na vontade de poder e aniquilamento dos outros, nem é o estádio totalmente definível pela ausência de perigo ou pela possibilidade de defesa contra actos agressores". Ainda sobre o "poder de segurança" como raiz ontoantropológica quer do Direito em geral, quer do direito penal em particular: COSTA, José de Faria. Poder e direito penal (atribulações em torno da liberdade e da segurança). *RLJ* 3942/154 e s.

36. COSTA, José de Faria. *O perigo...* cit., p. 249-250.

37. Detalhado: idem, p. 248, 249, 319-330, 367, 368, 410 e ss.

38. COSTA, José de Faria. Poder e direito penal... cit., p. 155.

no caso concreto – na ausência do cuidado estatal (*deficiente magistratu populus est magistratus*) – o conteúdo do princípio da segurança de todos os cidadãos.[39]

Pois "se estou, se sou em relação de cuidado de perigo é porque aceito também a relação de segurança que é aquela que me impele a ser 'eu' inteiro".[40] Em outros termos, a falta de cuidado do agressor não apenas consigo próprio, mas também e sobretudo com o agredido, leva este último a fortalecer o cuidado consigo mesmo e rebaixar o cuidado com o agressor. Na hipótese do auxílio necessário, ganha preponderância a relação de cuidado do terceiro com o agredido. Desta forma, através da legítima defesa "o justo prevalece sobre o injusto e o 'eu' que se defende expandindo uma relação de cuidado sobre si (ou sobre terceiro) age a coberto do justo".[41]

4.2 Supraindividualidade

Segundo a leitura supraindividual, a legítima defesa encontra seu fundamento e objeto além ou acima dos sujeitos envolvidos no contexto justificante: com o revide, o agredido conserva a ordem jurídica como um todo, colocada em risco através da agressão ilícita. Trata-se do "princípio da preservação do Direito". Embora faticamente o defensor geralmente também proteja bens jurídicos individuais, este aspecto não passa de um eventual efeito secundário da manutenção da vigência do Direito *qua tale*.[42]

Prima vista, a "defesa da ordem jurídica" surge como um conceito vazio.[43] Na maioria das vezes e curiosamente, sua compreensão possui um tom puramente intuitivo e são bem raros os esforços no sentido de oferecer-lhe um conteúdo preciso e detalhado.[44] Dentre estas tentativas, convém destacar três interpretações.

4.2.1 Ideia de Direito

Para Courakis, a legítima defesa conserva a "ideia de Direito como tal", dotada de um "conteúdo invariável independente do espaço e do tempo". Ma-

39. COSTA, José de Faria. *O perigo*... cit., p. 394. Também: MOURA, Bruno. *A não-punibilidade*... cit., p. 28-29.

40. COSTA, José de Faria. Poder e direito penal... cit., p. 155.

41. COSTA, José de Faria. *O perigo*... cit., p. 516.

42. Informativos, por todos: SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 134.

43. SCHRÖDER, Horst. Zur Verteidigung der Rechtsordnung. *JZ* 26/241.

44. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 9.

tematicamente formulada, a noção de Direito não passa de uma "medida constante que, junto com a variável dos direitos subjetivos, determina o limite do direito de legítima defesa".[45] No que diz respeito à constante,[46] o conteúdo da ideia de Direito coincide com a ideia de justiça, enquanto relativa e moderada tendência à harmonia dos interesses colidentes segundo critérios de rendimento e necessidade, uma dimensão que marca integralmentre o Direito Positivo, inclusive a legítima defesa.[47] Uma vez que a conservação da ideia de Direito deve oferecer o critério do exercício de todos direitos, Courakis reformula o lema de Berner: "a ordem jurídica não necessita retroceder diante de seus inimigos".[48] Como resultado, inclusive a ameaça contra bens jurídicos da comunidade (também partícipes da noção de Direito) rende ensejo à legítima defesa. Perante agressores situados fora do rol de desafetos do Direito, a ordem jurídica tem um reduzido interesse de autoconservação e reconhece certas "restrições ético-sociais".[49]

Entretanto, esta tese incorre nas falhas comuns a todas as teorias supraindividuais. Primeiramente, contraria o teor literal do regime da legítima defesa: a expressão "seu ou de outrem" (art. 25 do CP brasileiro) – "do agente ou de terceiro" (art. 33 do Código Penal português) e "de si mesmo ou de um outro" (§ 33 do StGB) – certamente não abarca a ordem jurídica, nem os bens jurídicos da comunidade.[50] Em segundo termo, transforma o direito de um cidadão

45. Enquanto a variante oferece a dimensão jurídico-sociológica (*sub especie temporis et loci*), a constante revela a dimensão jurídico-filosófica (*sub specie aeternitatis*) da legítima defesa: COURAKIS, Nestor-Constantin. Op. cit., p. 45, 46, 52 e 69.

46. Uma vez que as variáveis não tocam no fundamento.

47. COURAKIS, Nestor-Constantin. Op. cit., p. 47-52.

48. Idem, p. 69 e 122.

49. Nos casos de agressores não censuráveis, agressões bagatelares, atacantes imprudentes, agressões no marco de relações de proximidade e provocação do defensor: idem, p. 107,122-123.

50. Os termos da lei deixam claro que o legislador tem como objetivo a proteção dos direitos subjetivos ou bens jurídicos individuais, não a preservação de interesses universais, menos ainda a conservação da ordem jurídica enquanto bem jurídico "estilizado". Um "outro" no sentido da norma justificante pode ser uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica, mas nunca a comunidade ou o Estado como um todo. A defesa do indivíduo não pode aparecer como mero reflexo da autoconservação do Direito. Certamente, a ordem jurídica é um irrenunciável fator da convivência pacífica dos cidadãos em sociedade. Entretanto, como a liberdade do indivíduo nunca deixa de ser o centro de todo agir estatal, a tarefa primária do Estado reside na proteção dos bens jurídicos dos seus cidadãos. Assim: SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 137, onde re-

defender os bens jurídicos individuais em um autoritário dever de garante da ordem jurídica. Dito de outro modo: a legítima defesa fica degradada em uma espécie de auxílio necessário ao Estado, exercido em favor de seu interesse na vigência das normas.[51] Ademais, encarna um inegável círculo vicioso: para saber se a ordem jurídica pode ser ilimitadamente defendida é necessário saber se a norma justificante, considerada parte do todo, contém ou não uma ponderação de interesses.[52] Em quarto termo, ignora um fato incontestável desde a perspectiva da psicologia social: o agredido praticamente nunca representa e deseja a preservação da ordem jurídica, mas tem em vista o salvamento dos bens jurídicos próprios ou alheios.[53] Além disso, não explica a exclusão da le-

---

sume: "os homens não são aquilo que o Estado quer, antes o Estado é aquilo que os homens querem". No mesmo sentido: KARGL, Walter. Op. cit., p. 51, 52 e 56. Caberia pensar que a referência pessoal oferece apenas uma ocasião, não o objeto da defesa: o Estado valer-se-ia da motivação egoísta do sujeito privado para tutelar seu próprio ordenamento (COURAKIS, Nestor-Constantin. Op. cit., p. 40-41). Entretanto, a legítima defesa também pode abarcar uma motivação altruísta, como no auxílio necessário a um terceiro desconhecido (do contrário, o círculo de beneficiários da Nothilfe deveria estar limitado a pessoas próximas ao defensor. Tampouco cabe recorrer, como faz Schmidhäuser (Die Begründung... cit., p. 113 e ss.), ao argumento de que a legítima defesa exige uma "urgente necessidade de atuar" geralmente encontrada na agressão ao indivíduo, pois não se compreende por que esta urgência deve existir somente na referência pessoal ao agredido e não também na infração de outras normas de conduta. Mais coerente seria a visão inicial do autor (*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch.* 2. Auflage. Tübingen: Mohr, 1975. p. 345), ao reconhecer todos os bens jurídicos como suscetíveis de legítima defesa. Finalmente, não vale dizer que, segundo o entendimento dominante, os bens jurídicos coletivos são suscetíveis de tutela no estado de necessidade justificante, embora o respectivo regime legal (§ 34 do StGB, art. 34 do Código Penal português e art. 24 do CP brasileiro) também refira-se expressamente a interesses próprios ou alheios: neste marco, o "outro" ou "alheio" tem um significado diverso, destinado a explicar que também bens jurídicos estranhos ao autor são suscetíveis de proteção. Sobre tudo isto: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 20-21.

51. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 370; HIRSCH, Hans-Joachim. Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs. In: JESCHECK, Hans-Heinrich; LÜTTGER, Hans (Hrsg.). *Festschrift für Eduard Dreher*. Berlin: Walter de Gruyter, 1977. p. 220. No mesmo sentido, destacando a confusão entre tarefa estatal de prevenção de perigos e legítima defesa, convertida agora em um dever geral de evitação do ilícito: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 50; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 142.

52. Assim: SEELMANN, Kurt. Grenzen privater Nothilfe. *ZStW* 89/45.

53. Em casos excepcionais, a proteção da ordem jurídica será uma possível motivação adicional para os agentes profissionalmente encarregados de auxiliar o Estado (membros da Polícia). Talvez uma forma de contornar esse problema seria distinguir entre

gítima defesa contra a tentativa inidônea.[54] Em quinto lugar, autoriza o auxílio necessário mesmo quando o agredido não deseja defender-se e ser defendido.[55] Por último, ao conceder um valor autônomo e incondicional – alheio e acima dos reais interesses dos indivíduos e da sociedade – à defesa do Direito, pressupõe uma compreensão absolutista do Estado: o defensor somente poderá reconhecer o Direito estatalmente instituído como um valor intrínseco independente dos interesses individuais e comunitários quando o Estado for concebido como ordem transcendental ou como um fim em si mesmo.[56]

Particularmente, a teoria recorre a uma entidade normativo-metafísica de extrema vagueza material. Na base deste erro está uma visão reducionista do sentido do Direito. A ordem jurídica não está guardada em um museu, antes está inserida no dinamismo comunitário revelador da juridicidade enquanto projeto cultural historicamente situado. Certamente, o vínculo deste projeto com o valor justiça constitui uma nota permanente do Direito. Mas as variantes jurídico-sociológicas responsáveis pela modificação dos limites dos direitos subjetivos também são componentes deste mesmo sentido de justiça, i.e, têm uma repercussão jurídico-filosófica. Deste modo, uma correta distinção entre "constante" e "variável" deve estar desvinculada da distinção entre o jurídico-filosófico e o jurídico-sociológico.[57]

Também segue incompreensível como uma entidade além do tempo e do espaço pode ser atacada e defendida através de uma conduta temporal e espacialmente demarcada. Um evento real pode contradizer uma ideia enquanto critério objetivo, mas nunca afetá-la ou comovê-la.[58] Talvez a solução estivesse

---

"finalidade do defensor" e "finalidade da regulação da legítima defesa" (BITZILEKIS, Nikolaos. Op. cit., p. 59-60) ou sustentar que a ordem jurídica deseja exatamente aproveitar-se da energia egoística do cidadão para satisfazer as próprias necessidades de conservação (COURAKIS, Nestor-Constantin. Op. cit., p. 40-41). Todavia, esta artimanha seria uma intolerável instrumentalização do indivíduo. Será mais rezoável supor que o legislador atendeu a necessidades privadas que constituem tanto o motivo do defensor quanto o fundamento da autorização. Assim: SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 137, 138 e 143.

54. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 21; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 58; KARGL, Walter. Op. cit., p. 56.

55. LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 59; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 134.

56. FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 295-296; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 51.

57. Para a constante variação da juridicidade (penal): COSTA, José de Faria. *O perigo...* cit., p. 179-182.

58. Assim: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 18-19. Ainda sobre a condicionalidade espaço-temporal: BITZILEKIS, Nikolaos. Op. cit., p. 57.

na relação entre ideia e realidade na jusfilosofia de Radbruch, ao exigir da noção de Direito também sua realização, nomeadamente através do Direito Positivo. Somente assim uma ordem jurídica orientada segundo a ideia de Direito existiria de fato. Deste modo, a legítima defesa seria um instrumento capaz de contribuir para o ajuste da ideia à realidade. Porém, isto significaria considerar como objeto da defesa a própria vigência empírica da ordem jurídica, cabendo-lhe apenas a função de servir à metafísica ideia de Direito: esta última deixaria de ser um objeto de proteção autônomo da legítima defesa. Mas *Courakis* recusa semelhante relação[59] e não oferece qualquer alternativa convincente para determinar a ideia de conservação do Direito.[60]

4.2.2 Vigência normativa do Direito

Para Bitzilekis, o fundamento da legítima defesa reside na "defesa da vigência normativa da ordem jurídica". Segundo esta visão, seria um absurdo se o Direito, enquanto estrutura destinada à proteção de bens jurídicos, se contentasse com uma dimensão reativa ou retrospectiva, encarregada de sancionar o descumprimento consumado de suas normas. Sua existência depende ainda de uma dimensão preventiva ou prospectiva, i.e., de sua capacidade de evitar as agressões antijurídicas iminentes. Embora tal função seja atribuída essencial e originariamente aos órgãos do poder estatal, nos casos de necessidade a ordem jurídica concede aos cidadãos – através de uma "transferência condicionada" – o direito de combater preventivamente a ameaça de injusto.[61] Neste contexto, são tuteláveis não apenas os bens jurídicos individuais, mas também os universais.[62] E o auxílio necessário configura um direito autônomo, não um derivado

59. COURAKIS, Nestor-Constantin. Op. cit., p. 49-51.

60. Em outros termos: a defesa da ordem jurídica só será cogitável como defesa da vigência empírica das normas. Sobre tudo isto: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 19.

61. BITZILEKIS, Nikolaos. Op. cit., p. 57-60.

62. Bitzilekis concebe o Direito não como uma entidade ideal ou abstrata, mas como o "estado juridicamente ordenado de bens jurídicos merecedores de tutela, prejudicado toda vez que algum destes bens for agredido antijuridicamente em sua existência". Deste modo, a tutela dos bens jurídicos do agredido não será algo alheio à proteção da ordem jurídica, mas um aspecto inseparavelmente unido à sua própria essência, como momento de seu conceito, vale dizer, como verdadeiro componente da preservação do Direito Assim, a legítima defesa trata da defesa da ordem jurídica através da proteção de bens jurídicos: a autopreservação e a conservação do Direito são "dois momentos da mesma ideia, do mesmo conceito". Para tudo isto: idem, p. 60, 61 e 67-70.

do direito de autodefesa do titular do bem jurídico afetado na agressão.[63] Por último, nos casos de reduzido merecimento/necessidade de proteção da ordem jurídica, entram em cena as "restrições ético-sociais" à legítima defesa.[64]

Embora tenha o mérito de associar a ordem jurídica ao valor dos bens através dela tutelados, esta teoria não apenas sofre das debilidades gerais da visão supraindividual, como fracassa em outras três dimensões. Primeiramente, ao conceber a ordem jurídica como a totalidade dos bens juridicamente tutelados, a tese arranca de um estéril círculo vicioso.[65]

Em segundo lugar, ao exaurir-se no "fenômeno da vigência"[66] e encontrar em cada infração de uma regra de conduta integrante da ordem jurídica um prejuízo ao próprio sistema como um todo, a fórmula encarna uma leitura "histérica" da legítima defesa.[67] Embora o Direito seja concebido como ordem valorativa, sua vigência não deixa de resultar da relação entre normas dentro do sistema, segundo um processo escalonado de produção formal e material onde a validade de uma norma sempre vem condicionada por uma norma superior. Deste modo, a ofensa de bens jurídicos através da conduta contrária ao dever não está em condições de comover ou colocar em perigo a vigência ou validez da norma concretamente violada ou da ordem jurídica global. Isto ocorre somente através de atos de maior dimensão (v.g., um *Desuetudo* ou uma revolução). A determinação de seu "dever-vigência" não depende de sua realização/imposição fática. Assim, a norma concreta e – muito menos – o sistema normativo não podem ser defendidos através do revide contra o agressor.[68]

---

63. Idem, p. 72-73.

64. Idem, p. 81 e ss.

65. Assim: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 53; HOYER, Andreas. Op. cit., p. 91.

66. LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 86.

67. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 372.

68. Bitzilekis não deixa claro em que medida a ordem jurídica pode ser um todo normativamente válido. Com a exclusão, *per definitionem*, do recurso a um elemento externo ao sistema, restam somente duas saídas: invocar uma "norma fundamental" nos moldes kelseneanos ou conceber a preservação do Direito como defesa da vigência normativa da concreta regra de conduta violada na agressão. Seja como for, a conduta do destinatário da norma não exerce nenhuma influência sobre aquela relação normológica: o dever de cumprir a norma proibitiva do homicídio (vigente conforme o processo constitucional de elaboração das espécies normativas), v.g., independe da questão fática da medida em que a proibição costuma ser satisfeita. Sem dúvida, a existência de um sistema de regras pressupõe um mínimo de vigência fática: uma ordem jurídica em absoluto não observada também não será normativamente vigente.

Por último, se a imposição das condutas juridicamente exigidas continua a ser uma essencial incumbência do Estado e a legítima defesa uma ocasional delegação desta tarefa a sujeitos privados, a autorização em favor dos "suplentes" não pode ser mais ampla do que a competência inicial. Assim, a teoria não explica por que os "interinos" particulares não estão subordinados aos mesmos limites – nomeadamente à proporcionalidade estrita – impostos aos órgãos estatais encarregados do combate ao perigo e da tutela da ordem jurídica.[69]

4.2.3 Vigência empírica do Direito

De acordo com Schmidhäuser, o fundamento da legítima defesa está na tutela da "vigência empírica da ordem jurídica", uma entidade assentada no "conteúdo de consciência" dos cidadãos e considerada o bem jurídico mais valioso da vida comunitária. Ao contrário da vigência normativa, a vigência empírica não sofre abalo diante de condutas meramente contrárias ao Direito, mas apenas em face de uma "evidente desvalorização da ordem jurídica", i.e., de uma "consciente insurreição contra sua vinculatoriedade", onde o destinatário se recusa aberta ou ostensivamente a participar da comunhão de valores espiritualmente compartilhados pelos membros da comunidade jurídica. Na ponderação de bens, o incomparável valor da vigência empírica a coloca como

---

Em todo caso, a agressão antijurídica afeta não a vigência normativa em si mesma, mas somente a vigência empírica enquanto condição de sua possibilidade. Sobre tudo isto: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 12; KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 371-372.

69. SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 143; ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 26; KARGL, Walter. Op. cit., p. 46-47; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 62 e ss.; FREUND, Georg. Op. cit., p. 103-104. Cabe observar que a crítica só tem sentido porque Bitzilekis exclui a proporcionalidade *stricto sensu* da legítima defesa. Como o Direito encontra na dignidade humana (não no Estado) o princípio de sua "escala de valores" (KARGL, Walter. Op. cit., p. 48), não convém sustentar que os agentes policiais contam com uma autorização mais estreita que a legítima defesa (JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 398), pois se a Polícia pudesse fazer muito menos que o particular, o cidadão só poderia se proteger com eficiência através de auxiliadores civis e isto destruiria o princípio da prioridade da violência estatal. A legítima defesa também fundamenta direitos de intervenção da autoridade: a exigência de que a atuação pública seja menos incisiva do que a atuação de um particular [v.g., o uso de arma de fogo é permitido apenas em face de delitos graves contra a vida e a integridade física (n. 2 a 5 do anexo da Portaria Interministerial 4.226/2010)] deve-se ao fato de a autoridade estar mais bem preparada do que o cidadão "normal". Trata-se de uma questão de "necessidade" da defesa. Neste sentido: ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 708-712.

"interesse preponderante" sobre os interesses do agressor e faz um dos pratos da balança abaixar em favor do defensor.[70]

Neste contexto de "reconhecimento fático" da ordem jurídico-social,[71] a agressão antijurídica não se resume à mera colocação em perigo não permitida do bem jurídico do defensor, antes demanda uma ameaça à vigência da ordem jurídica enquanto "força espiritual", obra exclusiva de autores conscientes e culpáveis não vinculados ao agredido através de uma intacta relação pessoal de garantia. Os casos de mera contrariedade à ordem jurídica são resolvidos à luz do estado de necessidade.[72] São mediatamente tuteláveis – como ensejo da legítima defesa – não somente os bens jurídicos individuais, mas também os bens jurídicos coletivos.[73] Por último, auxílio necessário consiste em uma faculdade autônoma também a serviço da conservação do vigor moral da comunidade jurídica.[74]

---

70. Aqui a ordem jurídica vai concebida não como ordem estatalmente legislada, mas como estrutura "viva na sociedade", vale dizer, como sistema moral de convivência baseada nos valores espiritualmente compartilhados por todos e encarregada de dirigir de modo eficaz a conduta dos cidadãos. Para tudo isto: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Lehrbuch*... cit., p. 340-341; *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*. 2. Auflage. Tübingen: Mohr, 1984. p. 148-150, onde enfatiza o "lado social da ordem jurídica" e resume (p. 149): "ponderados são não apenas os bens que o agressor ameaça lesar quando continua a agressão e os bens do agressor nos quais o defensor deve intervir quando desejar parar a agressão. Antes, deve ser ponderada a imposição atual das proibições da vida comunitária contra seu notório desprezo". Com especial destaque para a ponderação de interesses: Die Begründung... cit., p. 109, 110 e 120-122, onde, ao recusar (p. 121) a vigência como "fato compreendido sociologicamente" e reduzir o "empírico" apenas à circunstância de o "violador do Direito experimentar os limites de sua liberdade de agir", pretende se "distanciar" de sua "anterior interpretação", postulando a legítima defesa como "auto-afirmação do Direito": a ordem jurídica, em uma "concreta situação", impõe-se como "poder real" contra uma agressão grosseiramente desrespeitosa. Contudo, não se compreende até que ponto o Direito enquanto "força real" pode ser considerado algo diverso de um fato social, portanto, suscetível de uma descrição também sociológica. Trata-se, assim, de uma mudança puramente nominal. Assim: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 13.
71. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Studienbuch*... cit., p. 149.
72. Sob o rótulo "antijurídica agressão de vigência": idem, p. 154-156; *Lehrbuch*... cit., p. 342, 348-349; Die Begründung... cit., p. 128, 129 e 138.
73. Assim: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Lehrbuch*... cit., p. 345; *Studienbuch*... cit., p. 151; Die Begründung... cit., p. 126.
74. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Lehrbuch*... cit., p. 356-357; Die Begründung... cit., p. 110-111; *Studienbuch*... cit., p. 161-162.

Além de incorrer nas falhas gerais do modelo supraindividual, esta interpretação orientada à eficiência ou à efetividade do Direito[75] não sobrevive a uma análise específica mais acurada. Primeiramente, ao diferenciar entre "ordem jurídico-estatal" (normas dirigidas aos órgãos do Estado) e "ordem jurídico-social" (normas destinadas aos cidadãos),[76] a teoria confunde Direito vigente, representação subjetiva da população sobre o Direito vigente e moral social dominante. Nenhuma regra jurídica (excluindo o Direito Consuetudinário) pode ser fundamentada nas duas últimas dimensões. A ordem jurídico-estatal contém tanto normas endereçadas aos órgãos do Estado quanto normas dirigidas aos cidadãos.[77] A "vigência empírica" deve ser atributo da única ordem jurídica verdadeiramente constituída.[78]

Em segundo lugar, o ato defensivo consegue no máximo forçar o agressor a uma "conduta conforme a norma", não a uma verdadeira "observância da norma", no sentido de sua internalização na consciência moral comunitária: o revidado abandona a agressão não por deixar se levar agora pelo chamado da norma, mas apenas por se dobrar à pressão física ou psíquica do defensor.[79] Aliás, também este último geralmente usa a coação não para fomentar o respeito à norma, mas para salvar bens jurídicos próprios ou alheios. Curto: a legítima defesa impõe somente a conduta normativamente exigida, não a obediência *qua tale*.[80]

Ademais, não cabe visualizar a defesa da vigência empírica da ordem jurídica como o bem de maior valor no seio da comunidade, prioritário ou preferencial em face dos bens do agressor. De um lado, segue bastante duvidoso compreender a vigência empírica como um bem jurídico propriamente dito:

75. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 12.

76. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Lehrbuch*... cit., p. 8; *Studienbuch*... cit., p. 4.

77. MOURA, Bruno. Sobre o sentido... cit., p. 24-29.

78. Sem dúvida, a mínima vigência empírica da norma entre seus destinatários depende em boa medida de uma correta interpretação de seu conteúdo pelo cidadão. Mas uma interpretação sobre o Direito vigente não se confunde com seu objeto: não cabe hipostasiar a "representação jurídica dos cidadãos" em uma autônoma "ordem jurídico-social". Assim: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 14.

79. O próprio Schmidhäuser (Die Begründung... cit.) chega a destacar (p. 120) que a legítima defesa "concretiza o interesse da sociedade em parar o agressor que continua atuando e colocar um basta no perigo ao objeto do bem jurídico derivado da infração do Direito", concluindo (p. 121) que o fato de o agressor poder "encerrar a qualquer tempo sua agressão" assume relevância decisiva na ponderação.

80. Para a crítica: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 14-15.

a ordem jurídica não tem nenhum valor intrínseco, seu valor deriva do valor dos bens tutelados. Isto exclui o ordenamento como objeto de incidência do princípio da distribuição de bens. De outra banda, o raciocínio contraria o próprio sistema de "defesa estatal contra perigos", subordinado à estrita proporcionalidade: os estreitos limites impostos à intervenção estatal evidenciam que a garantia da segurança pública – incluída a defesa da ordem jurídica – não é o "maior valor" comunitário. Segue inconcebível como isto deveria mudar na tutela do Direito através de pessoas privadas.[81]

Em quarto lugar, ao conceber a legítima defesa como uma "faculdade originária de todos"[82] destinada somente a prevenir o fato contrário à vigência empírica da ordem jurídica e ao restringir o monopólio estatal da coação à persecução das ofensas normativas consumadas,[83] Schmidhäuser ignora que a vigência real do Direito depende não apenas de sua imposição via sancionamento, mas também da evitação de desvios através do regular controle estatal das condutas normativamente relevantes com eficientes medidas de prevenção. Neste sentido, não se compreende como uma entidade natural, anterior à juridicidade, pode estar a serviço da conservação da própria vigência empírica do Direito.[84]

Por último, a agressão ilícita não coloca em perigo a vigência empírica da ordem jurídica *in toto*, mas no máximo a força de direção fática de determinadas regras de conduta. Mesmo assim, como visto, a norma jurídica *qua tale* não

---

81. O uso de armas contra pessoas, v.g., está autorizado somente na defesa de perigos especialmente graves e um eventual resultado mortal apenas nos casos de perigo atual para a vida ou de perigo atual de grave lesão corporal. Para a crítica: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 25-26. Mais uma vez: esta objeção só tem sentido porque a teoria considera que a proporcionalidade em sentido estrito não incide sobre a legítima defesa.

82. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung... cit., p. 124.

83. Idem, p. 123-124, onde diferencia entre "preservação do Direito" ou "persecução do Direito" (as consequências jurídicas previstas no caso de uma consumada violação do Direito são realizadas) e "defesa do Direito" (uma atual infração do Direito ainda segue evitável): enquanto o aparato estatal atua conforme o lema "se não hoje, amanhã talvez", o sujeito em legítima defesa atua segundo o lema "aqui e agora". Ainda: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Studienbuch*... cit., p. 149 e 152, onde se refere à "defesa da vigência empírica contra um fato em curso".

84. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 26-27. Uma norma jurídica será efetiva ou eficaz quando observada pelo destinatário ou imposta pelo juiz competente através da sanção no caso de sua não observância. Isto evidencia que a preservação do Direito não passa de uma construção metafísica: KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 372-373.

possui nenhum valor intrínseco: seu valor mede-se pelo valor do bem que ela protege. Mais uma vez, a vigência da norma não tem por princípio um valor superior ao dos bens jurídicos do agressor.[85]

4.3 *Individualidade*

Uma visão também recente situa o fundamento da legítima defesa em pontos de vista exclusivamente individuais. Contudo, as tentativas neste marco não se contentam com a mera referência à dimensão fática ou empírica da proteção de bens jurídicos. Antes, buscam superar esta "faticidade" ou "empirização" através de considerações normativas.[86] Neste âmbito, convém diferenciar dois grupos de teorias. O primeiro dá continuidade aos passos da antiga tradição individualista e vincula a legítima defesa à especial situação do agredido: o decisivo será o elevado merecimento ou necessidade de proteção de seus interesses. O segundo grupo assume os contributos da moderna vitimodogmática e amarra a legítima defesa ao polo diametralmente oposto, i.e., à situação do agressor: o decisivo será a quase completa perda do merecimento ou necessidade de proteção de seus interesses.[87]

4.3.1 *Direito natural de autoconservação*

O pensamento jusnaturalista concebeu a legítima defesa como um direito natural baseado no instinto/interesse de autopreservação.[88] Recentemente, esta

85. A privação de liberdade de uma pessoa, v.g., debilita a vigência da norma jurídico-penal que proíbe a privação de liberdade ou no máximo o complexo de normas que tutelam este bem. O valor da norma depende da importância atribuída pela comunidade à liberdade de locomoção. Como o Direito vigente considera este nível inferior à vida, o "argumento do peso" não consegue mostrar o superior valor daquela norma. Assim: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 27-28. Similar: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 297.

86. Por todos: KARGL, Walter. Op. cit., p. 55.

87. Para a diferença entre interpretações orientadas ao "lado do agredido" e ao "lado do agressor": KÜHL, Kristian. *Strafrecht*... cit., p. 115; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 73-78; FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 299-302.

88. A filosofia antiga (especialmente através de Aristóteles e de Cícero) fundamentou a legítima defesa no *instinctus naturalis se defendendi*, encontrado não no Direito Positivo, mas na natureza do homem. Durante a idade média, o pensamento escolástico (sobretudo com Obrecht e Carpzov) definiu a legítima defesa como um *jus naturale* e um *jus divinum*, compreendido também como uma obrigação: o não cumprimento do dever de defender a própria vida e o próprio corpo seria um pecado contra Deus e

linha de raciocínio encontrou novo fôlego nos esforços de Klose, Krey e Erb: a legítima defesa configuraria um direito subjetivo de caráter suprapositivo ou supraconstitucional – não um favor do "benevolente poder estatal" – cuja codificação seria pré-determinada ao legislador.[89]

Mas isto não convence. Primeiramente, ao pressupor uma fundamentação objetivista da norma, a teoria assume um cognitivismo ético-jurídico sustentado na possibilidade de um conhecimento moral[90] empírica e intelectualmente insustentável. De um lado, ignora as diferenças entre o mundo real e o mundo normativo: valores e normas não estão sujeitos à causalidade. Do outro, a falta de um princípio superior a atuar como critério de valoração revela uma ética apriorística baseada em um "infinito regresso de fundamentação".[91]

Quanto ao problema de vigência de um "direito pré-jurídico", resta ainda incompreensível como um direito pode encontrar validade fora de uma determinada ordem jurídica, vale dizer, em uma ordem racional vinculante para todos os tempos e todos os povos. Se o Direito constitui o produto histórico que reflete a estrutura ontológica e as valorações sociais de uma comunidade espacial e temporalmente situada, a compreensão da legítima defesa como direito natural seria uma contradição em si mesma.[92]

Em terceiro lugar, ao se aproximar de uma visão psicologista-emocional da legítima defesa,[93] o argumento ignora que o conceito de instinto de autocon-

---

uma afronta aos demais membros da comunidade. Com o Iluminismo, a maioridade da razão crítica rompe as amarras teológicas: como a natureza do homem e da sociedade passa a ser tematizada através da ideia do contrato social, a legítima defesa deixa de ser pensada à luz do dever e figura como um resquício do estado de natureza, autorizando o agredido a satisfazer seu inato desejo/necessidade de autopreservação (com raízes em Grotius e Hobbes, esta visão encontrou seu máximo desenvolvimento em Pufendorf). Informativos: BITZILEKIS, Nikolaos. Op. cit., p. 24-26; COURAKIS, Nestor-Constantin. Op. cit., p. 40-41; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 125.

89. KLOSE, Peter. Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot. Zum rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr. *ZStW* 89/86-87; KREY, Volker. Op. cit., p. 713-714; ERB, Volker. Notwehr als Menchenrecht. *NStZ* 25/394-395.

90. Onde as ações são objetivamente proibidas/mandadas e as normas objetivamente válidas/inválidas.

91. Sobre isto: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 41-43.

92. Uma verdadeira *contradictio in adjecto* ou *in terminis*. Assim: BITZILEKIS, Nikolaos. Op. cit., p. 27-28.

93. LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 73-74; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 126.

servação como inclinação autônoma e incondicional já não pode ser considerado indiscutível segundo o atual estágio de conhecimentos psicanalíticos.[94]

Ademais, a tese é demasiado ampla: o interesse na autoconservação exige também a ofensa a bens jurídicos alheios, um fenômeno não coberto pela legítima defesa, mas apenas justificável ou exculpável através do estado de necessidade. Ao mesmo tempo, é demasiado curta, pois deixa de abarcar todos os casos de defesa dos bens jurídicos individuais: como as agressões a bens jurídicos alheios à vida, à integridade física e às condições materiais de subsistência do agredido não colocam sua sobrevivência em perigo, a intervenção nos direitos do agressor não pode ser justificada. Fora isto, também não consegue fundamentar o auxílio necessário, onde o defensor não atua para conservar sua própria existência.[95]

Por último, uma legítima defesa fora do ordenamento jurídico resulta tão ilimitada quanto o próprio estado de natureza. Um princípio tão abstrato, indefinido e absoluto como a "natureza do homem" é incapaz de oferecer os pontos de referência axiológicos dos limites de admissibilidade (ético-social) da intervenção. Não há sentido algum em exigir um mínimo de respeito em favor do agressor em um "direito" válido antes da sociedade. Semelhantes juízos de valor pressupõem um sujeito valorante (Estado), que por sua vez pressupõe a própria juridicidade. Como a expressão do instinto de automanutenção no *status naturalis* não pode ser mensurada segundo critérios jurídicos, estabelecidos apenas com o Estado de Direito, nem mesmo a medida necessária e os demais pressupostos da legítima defesa são delimitáveis: toda agressão ilegal deveria "autorizar" o homicídio do atacante.[96]

4.3.2 Situação de apuro e inexperiência defensiva

Segundo Kratzsch, Seelmann e Wagner, na legítima defesa vale o argumento pragmático[97] da falta de prática/experiência do agredido em lidar com a típica situação de apuro materializada na agressão antijurídica: como o atacado não está em condições de efetuar um correto juízo de proporcionalidade, o legis-

94. COURAKIS, Nestor-Constantin. Op. cit., p. 41.

95. BITZILEKIS, Nikolaos. Op. cit., p. 44.

96. Paradigmático: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 87 e 227. Para a crítica: BITZILEKIS, Nikolaos. Op. cit., p. 26 e 28.

97. Esta qualificação em: KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 378.

lador renuncia à ponderação entre os bens jurídicos envolvidos no conflito.[98] O contrário seria "sobre-exigir" ou "exigir demais" do defensor em face do "dramático da situação".[99]

Entretanto, esta tese também não se sustenta. Primeiramente, tendo em vista o "sentido emocional" da situação de aperto, ao enfatizar a pressão anímica derivada do contexto de perigo, o argumento acaba retornando a uma compreensão psicologista típica do positivismo naturalista.[100]

Em segundo termo, como os déficits (aperto e inexperiência) do agredido nem sempre existem na concreta situação de legítima defesa,[101] o argumento recorre a uma generalização (padronização ou objetivização) semelhante à ocorrida nas causas de exculpação. Mas este proceder é insustentável. As causas de justificação definem se no caso concreto o autor está autorizado a atuar ou não à luz dos valores da ordem jurídica. Para decidir esta questão, o legislador em nenhum lugar toma como base semelhante regra de experiência. Diferentemente, as causas de desculpa tematizam as especiais dificuldades do autor no desimcumbir-se do ônus de encontrar as forças internas suficientes para uma motivação conforme a norma.[102] Neste âmbito, tem o legislador uma margem de decisão relativamente mais livre, onde cabe – em certa medida – presumir a pressão motivacional e renunciar à verificação dos acontecimentos anímicos na realidade do caso concreto.[103]

Em terceiro lugar, "a situação de apuro não é nenhuma especificidade da legítima defesa":[104] a dificuldade/embaraço e a falta de habilidade/destreza po-

98. Assim: KRATZSCH, Dietrich. Der "Angriff". Ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts. *StV* 7/224-229; SEELMANN, Kurt. Op. cit., p. 56: enquanto o cidadão agredido, (desamparado em virtude da falta de auxílio estatal), ao fazer uso da autodefesa, está "de costas para a parede", o Estado está sujeito à exigência de proporcionalidade exatamente porque constitui este muro, edificado através da superioridade de meios (pessoais e materiais) e "seguro do resultado final" de sua intervenção nos direitos do cidadão. Também: WAGNER, Heinz. Op. cit., p. 30-32.

99. Informativo: KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 380, onde acrescenta que a extraordinária sobrecarga corporal e (sobretudo) anímica não poderia ser adequadamente reconstruída diante do juiz.

100. Descritivos: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 74; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 126-127.

101. Basta pensar, v.g., em um agredido capaz de "manter a cabeça fria" e/ou acostumado a lidar com situações de crise (como lutadores de artes marciais, policiais, seguranças privados etc.).

102. Sobre o ônus ao invés do dever: MOURA, Bruno. *A não-punibilidade*... cit., p. 40-41.

103. Esta crítica em: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung... cit., p. 105.

104. Quem é atacado por um animal, v.g., vivencia tipicamente o mesmo apuro que o sujeito agredido por um homem: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 300-301.

dem muito bem colorir as situações de estado de necessidade, conduzindo o ameaçado a realizar imediatamente – "ato contínuo", "rápido como um raio" – a conduta necessária à salvação de seu bem jurídico, sem que isto signifique a renúncia legal à exigência de ponderação de interesses no caso concreto.[105] Uma tentativa de evitar esta incongruência no tocante à situação de apuro seria diferenciar os níveis de aperto/pressão: enquanto no estado de necessidade o ameaçado geralmente dispõe de tempo suficiente para refletir sobre as possíveis alternativas, sopesar suas consequências e efetuar uma escolha sensata, na legítima defesa frequentemente existe uma situação de "extremo aperto", cujo caráter extraordinariamente agudo demanda uma resposta "no ato", efetuada "em frações de segundo". Em face desta peculiaridade, não seria possível exigir adicionalmente do agredido uma concreta ponderação de interesses – o contrário equivaleria a exigir o sacrifício de seus bens jurídicos.[106] Mas semelhante escape ignora um incontornável dado empírico: não raro, também no estado de necessidade o mero "perigo" sofre um "agudo agravamento" e transforma-se naquela máxima aflição.[107]

Ademais, o raciocínio acaba justificando através da legítima defesa a intervenção em bens jurídicos de terceiros: se sua *differentia specifica* em face do estado de necessidade está no aperto (extremo ou não) e na inexperiência, será irrelevante saber se a defesa necessária dirige-se contra o próprio agressor ou contra um sujeito não envolvido na gênese do perigo.[108]

Em quinto lugar, o argumento também não consegue explicar o auxílio necessário, onde frequentemente não existe nenhum efeito coativo sobre o defensor.[109] Para ser coerente, a figura deveria obedecer aos requisitos mais es-

---

105. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 379, sobre as "normas de colisão" (§ 34 do StGB, §§ 228 e 904 do BGB): "insustentável é a tese de que a ponderação de bens seria valorativamente impossível no marco da legítima defesa. Aquilo que no contexto, v.g., do § 34, pertence à práxis da interpretação, não pode ser completamente impossível no § 32". Também: KÜHL, Kristian. *Strafrecht*... cit., p. 115; ENGLÄNDER, Armin. *Grund und Grenzen der Nothilfe* cit., p. 45-46.

106. KRATZSCH, Dietrich. Der "Angriff"... cit., p. 228.

107. Aliás, a (extrema ou não) situação de aperto ou de perigo de ofensa ao bem jurídico pode ter lugar inclusive em virtude de movimentos carentes da qualidade de "ação", v.g., através dos golpes de uma pessoa durante uma crise epilética ou de sonambulismo. Assim: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 76, 77, 83 e s.

108. Idem, p. 74 e 77; ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 46-47.

109. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung... cit., p. 105; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 74: "a situação psíquica do auxiliador necessário não envolvido, que geralmente

treitos do estado de necessidade.[110] Mas tal diferenciação contraria o teor literal do regime da legítima defesa, onde auto e heterodefesa são tratadas do mesmo modo, através de uma norma permissiva de igual alcance.[111]

Finalmente, ao conceder relevância ao conflito anímico entre motivos – defesa dos bens jurídicos próprios ou alheios *vs.* abstenção da ofensa aos bens jurídicos do agressor – ainda no âmbito do injusto, o argumento revela certo resíduo da tentativa de fundar a legítima defesa na inimputabilidade do agredido,[112] uma ideia incompatível com a posição sistemática da norma.[113] Em face da separação entre justificação e exculpação, "a solução de problemas de sobre-exigência não pode ocorrer através do debilitamento de um (ou mais) princípio(s) de justificação":[114] a questão da especial afetação psíquico-emocional do defensor e da falta de experiência no lidar com o apuro deve ser resolvida através da desculpa do excesso astênico (art. 33 do Código Penal português, § 33 do StGB e supralegal no CP brasileiro).[115]

4.3.3 Defesa da liberdade de ação individual

Para Wagner, Stratenwerth, Kuhlen e Sengbusch a *ratio* da legítima defesa está não somente na preservação do bem jurídico materialmente ameaçado

---

defronta-se com o acontecimento de uma forma mais distanciada do que o agredido, pode em princípio ser diversa da situação psíquica deste". Mais incisivos: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 47: "a situação do auxiliador não é, psicológica e juridicamente, a mesma do agredido"; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 126-127: "somente o agredido experimenta o medo em face do perigo para seus próprios bens e interesses resultante da agressão".

110. Pois o motivo para uma autorização mais ampla existe somente na pessoa do agredido: SEELMANN, Kurt. Op. cit., p. 58 e ss., onde resume (p. 60): "o auxílio necessário encontra seu limite no princípio da proporcionalidade". Vale aqui, mais uma vez, o anteriormente destacado sobre a exigência de estrita proporção.

111. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 48. No mesmo sentido: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 74.

112. MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 267.

113. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 48.

114. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 381.

115. Idem, ibidem. Também: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 74; NOLL, Peter; TRECHSEL, Stefan. *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2. Auflage. Zurich: Schulthess Verlag, 1986. p. 148. O (sobre-)exigido só pode ser entendido como imperativo hipotético [condição necessária para a obtenção de certo objetivo (exclusão da culpabilidade)], pois no campo normológico os verdadeiros problemas de (in)exigibilidade não são um tema de culpabilidade, mas de injusto. Assim: MOURA, Bruno. *A não-punibilidade*... cit., p. 39-42.

pela agressão (vida, integridade, propriedade etc.), mas também na conservação da – sempre coagredida – "liberdade de ação individual", objeto de tutela através do direito constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade, o valor mais elevado do ordenamento jurídico. O auxílio necessário repousa na vontade real ou presumida do agredido rumo à preservação de seus bens jurídicos e de sua liberdade de ação. E as "restrições ético-sociais" encarnam uma espécie de resíduo do direito do agressor ao desenvolvimento de sua personalidade.[116]

Sem embargo, esta visão também não acerta. Primeiramente, de acordo com Wagner e Sengbusch, o duplo objeto de proteção explicaria a renúncia do legislador à ponderação de interesses como superprincípio da legítima defesa.[117] Mas não seriam exatamente a esfera de liberdade de ação e os bens jurídicos defendidos – além dos déficits do defensor (apuro e inexperiência) – os fatores em conjunto conduzentes a uma ponderação de interesses em seu favor? Uma vez assumido o livre desenvolvimento da personalidade como o bem "mais valioso" da ordem jurídica, seria mais coerente reconhecer – como fazem Stratenwerth e Kuhlen – um verdadeiro "interesse preponderante",[118] ou seja, que o lado do defensor fica "mais pesado" do que o lado do agressor.[119] Em outros termos: embora retoricamente escamoteado, o "argumento do peso" segue materialmente incólume.[120]

Em segundo lugar, continua extremamente duvidoso se a liberdade de ação individual realmente configura um valor tão alto ao ponto de – ao menos em adição ao valor dos bens individuais agredidos – moldar uma preponderância

116. Para tudo isto: WAGNER, Heinz. Op. cit., p. 30-35. Ainda: STRATENWERTH, Günther. Op. cit., p. 174, 180 e ss.; KUHLEN, Lothar. Op. cit., p. 286-287. Parecido: SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 145-152, onde enfatiza a ofensa ao livre desenvolvimento da personalidade, vale dizer, o desrespeito à esfera jurídica do agredido.

117. WAGNER, Heinz. Op. cit., p. 30 e ss.; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 146, 151-152.

118. STRATENWERTH, Günther. Op. cit., p. 174; KUHLEN, Lothar. Op. cit., p. 286-287.

119. V.g.: ao defender-se da tentativa de estupro realizada pelo marido, o agredido acaba ferindo mortalmente o agressor. Não teria a vida do marido menos valor do que a liberdade de ação individual e os demais bens jurídicos afetados conjuntamente considerados? No caso de equivalência, o apuro e a inexperiência do defensor não seriam circunstâncias capazes de conceder mais peso (preferência) ao lado do agredido? Assim: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung... cit., p. 104-105. No mesmo sentido: PALERMO, Omar. *La legítima defensa. Una revisión normativista.* Atelier: Barcelona, 2006. p. 42-43.

120. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 45 e 48.

em favor dos interesses do defensor – especialmente quando em um dos pratos da balança está a vida ou a integridade corporal do agressor, afetadas em uma considerável dimensão. Embora seja um bem indiscutivelmente relevante, a liberdade individual de ação não é o valor mais importante de uma ordem jurídica. Basta lembrar que a intervenção na vida ou na integridade física dos cidadãos está sujeita a condições mais estreitas do que a intervenção na liberdade individual de ação.[121]

Fora isto, uma vez mais se esvai a diferença normativa entre a legítima defesa e o estado de necessidade. Afinal, "o direito fundamental à liberdade de ação é coafetado em toda ameaça a bens jurídicos individuais".[122] Por último, uma vez que o próprio revide afeta igualmente a liberdade de ação do agressor,[123] a teoria não consegue legitimar o seu dever de tolerar as consequências lesivas da defesa.[124]

4.3.4 Autocolocação em perigo ou autodano

Para autores como Jakobs, Müssig, Jäger, Freund e Montenbruck o fundamento da legítima defesa está na autocolocação em perigo do agressor. Segundo esta visão, o candidato a atacante deve geralmente contar com a tentativa de defesa do agredido ou de um terceiro. Se mesmo assim ele agride de forma ilícita, arrisca deliberadamente a integridade dos próprios bens jurídicos, conformando-se com o perigo de sua lesão. Esta assunção do risco de uma conduta defensiva reduz o merecimento de tutela do bem afetado através da legítima defesa. Por se tratar de uma mera questão de imputação, a exigência de proporcionalidade acaba excluída. E como a aceitação do perigo constitui

121. A intervenção no direito à vida cabe apenas em casos extraordinários. Uma dura intervenção no direito à integridade física pode ocorrer somente quando perseguir uma meta particularmente importante. A restrição à liberdade de ação em geral, especialmente na esfera social, acaba sendo admitida por diversas e menos importantes razões. Ademais, o livre desenvolvimento da personalidade é um conceito amplo, abarcante de diversos elementos cuja intensidade de proteção varia conforme a proximidade ao "núcleo da configuração da vida privada", vale dizer, à "esfera íntima". E mesmo os aspectos integrantes do "centro" (vida, integridade física e propriedade) não possuem o mesmo valor. Sobre tudo isto: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 49-50.

122. FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 300. Aliás, também a restrição da liberdade geral de ação pode ocorrer através daqueles movimentos não configuradores de uma "ação" (como os golpes do epilético ou do sonâmbulo). Assim: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 77.

123. Que também pode estar em uma situação de crise e de inexperiência no afastamento de condutas defensivas.

124. PALERMO, Omar. Op. cit., p. 44.

um ato de plena responsabilidade, o consequente "deslocamento" da imputação exige a culpabilidade do agressor.[125]

Ainda mais longe vai Merkel, ao considerar a lesão do agressor como um autodano em autoria mediata. Neste sentido, a agressão "coage o agredido à ação de defesa necessária. Com isso, transforma-a, junto com seu resultado, em algo a ser juridicamente imputado não ao coato, mas a ele próprio". Isto explicaria a não incidência do princípio da proporcionalidade, válido somente nos casos de dano ao direito subjetivo alheio.[126]

Mas esta interpretação também não convence. De início, não reúne as forças suficientes para explicar uma desvalorização tão drástica dos bens jurídicos do agressor e a exclusão da ponderação de interesses no caso concreto. Para observar esta insuficiência, basta um simples cotejo com as normas do estado de necessidade justificante,[127] cujo alcance não exclui a faculdade de afastar o perigo mesmo nos casos em que o próprio autor necessitado causa a situação de conflito.[128] Parte relevante da doutrina sustenta inclusive que a responsabilidade do titular do "bem jurídico de salvação" pela situação de ne-

125. Os ataques de autores não censuráveis não configuram uma verdadeira agressão e devem ser resolvidas segundo as regras do estado de necessidade defensivo. Para tudo isto: JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 350, 354 e 385-388, onde recorre ao princípio da responsabilidade ou da causação/iniciativa; MÜSSIG, Bernd. Op. cit., p. 232-233, com arrimo na "preferencial competência do afetado pelo fato"; JÄGER, Christian. Op. cit., p. 18-21 e 31-31, onde convoca a "responsabilidade alheia"; FREUND, Georg. Op. cit., p. 105 e 107, com base na "exclusiva responsabilidade do agressor pela aguda situação de colisão". Apenas para os casos de colisão entre dois bens equivalentes e disponíveis: MONTENBRUCK, Axel. Op. cit., p. 34-39, 66-71, 76 e 79, onde concebe a legítima defesa como um caso do princípio *volenti non fit iniuria*, vale dizer, um (p. 60) "consentimento debilitado" em virtude da maior probabilidade de ocorrência do resultado. Nos casos de defesa de um bem jurídico inferior, não basta a assunção do risco: o efeito justificante exige, complementarmente, a "preservação da ordem jurídica" como "oscilação" ou "pêndulo" em favor do defensor (p. 37, 66 e ss.).

126. MERKEL, Reinhard. § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz. Wann und warum darf der Staat töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts. *JZ* 62/377; Folter und Notwehr. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (Hrsg.). *Festschrift für Günther Jakobs*. Köln: Heymanns, 2007. p. 391-392.

127. Art. 24 do CPB, art. 34 do CPP, § 34 do StGB e §§ 228 e 904 do BGB.

128. Algo diverso ocorre no estado de necessidade exculpante (art. 35 do CPP, supralegal no CPB e § 35 do StGB), onde a norma deixa de abarcar os casos de autocausação da situação de perigo. Mas nestas hipóteses não se trata de fundamentar uma autorização para intervir na esfera jurídica alheia, mas somente da exclusão da censurabilidade pessoal segundo outros pontos de vista. Assim: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 51.

cessidade não assume relevância alguma neste marco.[129] Para o entendimento dominante, a autocausação do perigo figura como fator de ponderação em concreto destinado a rebaixar o merecimento de tutela do interesse afetado.[130] Mesmo assim, a redução do valor deste interesse de forma alguma chega ao ponto de torná-lo por princípio subordinado à proteção do "bem jurídico de intervenção". Isto fica especialmente claro quando no "lado" a ser conservado está o bem jurídico vida.[131] Por isso, ao partir de uma leitura demasiado curta do processo de ponderação, a oposição "responsabilidade" ou "imputação" *vs.* "proporcionalidade"[132] não tem sentido.

Ademais, ao arrancar da premissa de que o motivo da preferência do bem do agredido está no fato de o agressor violar não o dever jurídico de não lesar a outrem, mas uma obrigação extrajurídica de autocuidado, o raciocínio acaba "colocando o carro na frente dos bois". Para a conduta do agressor torna-se irrelevante o seu caráter proibido, i.e., sua antijuridicidade: a agressão acaba resumindo-se a um mero atuar faticamente unido a determinados riscos para os próprios bens jurídicos. Com isso, a tese dissolve um dos elementos nucleares da legítima defesa e coloca em seu lugar aspectos secundários.[133]

Por último, ao exaurir a legítima defesa em um "padrão de imputação",[134] o argumento assume um hipertrofiado ou hipostasiado conceito de imputação e acaba diluindo o conceito de delito em arbitrários esquemas de atribuição de significado que contrariam a irrenunciável diferença – normológica e ontoantropológica – entre objeto e fundamento da imputação.[135]

---

129. RENZIKOWSKI, Joachim. Op. cit., p. 54 e ss.

130. Sobre a "causação culpável do estado de necessidade" no seio do § 34 do StGB: KÜHL, Kristian. *Strafrecht*... cit., p. 252-254; GROPP, Walter. Op. cit., p. 221-222; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*... cit., p. 159.

131. Para contornar o problema, o modelo dualista de Montenbruck (op. cit., p. 36 e ss.) busca refúgio no critério da defesa da ordem jurídica. Para esta crítica: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 51-52; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 78-79, onde destaca que nenhuma das normas do estado de necessidade condiciona seu efeito justificante à não causação da situação pelo autor.

132. Muito sublinhada em: JÄGER, Christian. Op. cit., p. 19, 21 e 32, onde opõe o "princípio da exclusão da responsabilidade" ao "princípio da ponderação"; MÜSSIG, Bernd. Op. cit., p. 233-234, onde compreende a "imputação" como "ausência de restrições de proporcionalidade".

133. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 52.

134. MÜSSIG, Bernd. Op. cit., p. 233.

135. Para um conceito reduzido (ético) de imputação: MOURA, Bruno. Sobre o sentido... cit., p. 24-29.

Tampouco merece prosperar a variante de Merkel. Primeiramente, não cabe o recurso à autoria mediata. Embora a possibilidade de alguém realizar um autodano direto (com as próprias mãos) ou indireto (através de outro como mediador do fato) seja indiscutível, isto não significa que o sujeito que se lesiona assuma a autoria na forma de domínio da direção ou condução. Este pertence apenas àquele que relevar a correspondente vontade de condução ou direção. Para tanto, o agressor deveria perseguir o fim de lesionar a si mesmo através de outrem. Por óbvio, este não será o caso. Ocorre exatamente o contrário: o agressor ou não tem consciência da possibilidade do autoprejuízo ou ao menos confia na sua ausência. Apenas a lesão do agredido, não a própria lesão, forma o objeto de seu intencional atuar.[136]

Em segundo lugar, ao imputar a lesão do agressor através do defensor não a este último, mas ao primeiro, a tese arbitrária e ilegalmente encurta a esfera de proteção dos direitos fundamentais contra a intervenção estatal no combate aos perigos. Levada ao extremo, a formulação de Merkel autoriza sustentar, v.g., que as medidas de afastamento do perigo não necessitam levar em conta os direitos do sujeito perturbador, nem mensuradas conforme a exigência de estrita proporcionalidade, pois o indivíduo fonte do perigo nada mais fez do que coagir as autoridades estatais à atividade de combate, sendo-lhe normativamente imputadas as consequências da medida defensiva como autodano.[137]

4.3.5 Evitabilidade

Um entendimento semelhante ao anterior tenta integrar a legítima defesa no sistema comum dos "direitos de necessidade" e vincular a perda do merecimento e da necessidade da proteção dos interesses do agressor à evitabilidade da intervenção em sua esfera jurídica. Para Frister, Mitsch e Ludwig o fundamento da legítima defesa vai além da causação culpável da situação de perigo e reside na circunstância de o próprio agressor ter em suas mãos, até o momento da ação defensiva, a evitação do prejuízo aos seus bens jurídicos ocorrido com a defesa. Afinal, ele precisa fazer somente aquilo a que está obrigado: renunciar à continuação da agressão.[138] Em outros termos, a autorização do revide

136. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 52-53.

137. Idem, p. 53, onde resume: "os direitos fundamentais devem proteger não apenas aqueles que se comportam de modo fiel ao Direito. Eles também têm a função de proteger os sujeitos que atuam ilicitamente contra o poder estatal desproporcionado".

138. Como neste instante o agressor não está em nenhuma situação de necessidade, fica excluída a solidariedade mínima (ponderação de interesses) e a consequente imposição de um dever de tolerância ao agredido.

funda-se na possibilidade de o próprio agressor proteger ou ajudar a si mesmo através do cessar de sua conduta agressiva, ou seja, na chance de corrigir sua decisão sobre a realização do perigo.[139]

Com a exclusão da ponderação de interesses, atua ilimitadamente o princípio da autonomia ou da autorresponsabilidade do indivíduo e a legítima defesa surge como "forma qualificada do afastamento defensivo do perigo",[140] vale dizer, como peculiar modalidade do estado de necessidade defensivo, cuja *differentia specifica* estaria na dominabilidade da agressão ilícita, ou seja, na possibilidade de imputar pessoalmente a causação do perigo ao agressor.[141] Como neste "paradigma da agressão"[142] a solução do conflito deve ser encontrada em critérios de imputação, o conceito de "agressão antijurídica" exige uma conduta consciente e culpável: só assim o agressor terá realmente a oportunidade de impedir o prejuízo aos próprios bens jurídicos através do abster-se da agressão ilícita – os casos onde um defeito volitivo ou cognitivo reduz a capacidade de omitir ou renunciar a agressão cabem ao estado de necessidade defensivo *lato sensu*.[143]

---

139. FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 292, 293, 301, 302, 308, 310 e 312. Também: MITSCH, Wolfgang. Nothilfe gegen provozierte Angriffe. *GA* 133/545-546, onde resume (p. 545): "não há nenhuma razão para o cuidado com o agressor enquanto ele estiver em uma situação onde possa se proteger da perigosa medida defensiva através do cancelamento da agressão (...). No caso normal, ele tem nas mãos o poder de reduzir ou inclusive eliminar o perigo de legítima defesa"; Notwehr gegen fahrlässig provozierten Angriff. *JuS* 41/753: "o agressor não necessitará de proteção enquanto ainda realmente estiver na posição de suspender a agressão e com isso desfrutar do *status* anterior de proteção jurídico-penal de bens jurídicos, ao não criar um direito de legítima defesa em favor do agredido. Assim que o agressor perde a capacidade de encerrar a agressão, ele passa a necessitar de proteção, pois não pode mais retirar o fundamento do perigoso direito de legítima defesa de seu adversário. Mas o fato do defensor não é nenhum injusto, pois o agressor perde com a agressão antijurídica também o merecimento da proteção de seus bens". Ainda: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 81 e ss., onde convoca ainda o "agudo agravamento do perigo".

140. LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 111.

141. Assim: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 291-293, 303 e ss.; MITSCH, Wolfgang. Nothilfe gegen provozierte... cit., p. 545-546; Notwehr gegen fahrlässig... cit., p. 753; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 111-115, 208-209.

142. Assim rotulado em: KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 374-376.

143. Tais pressupostos ou graus de imputação em: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 303-306; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 103-111. Divergente neste ponto: MITSCH, Wolfgang. Nothilfe gegen provozierte... cit., p. 545-546, onde trata os casos de "prejuízo à capacidade intelectual ou psíquica de omissão ou abandono da agressão" (agressões

Apesar do mérito de tentar esclarecer a relação entre a legítima defesa e os demais direitos de necessidade, a teoria esbarra em graves falhas. Primeiramente, o fato de a vítima da defesa não aproveitar as possibilidades de autoproteção e com isto sua capacidade de promover uma cumulativa satisfação de interesses – integridade de seu bem jurídico sem prejuízo à integridade de bens jurídicos alheios – não conduz necessariamente à desconsideração do seu interesse de conservação. Isto fica nítido no estado de necessidade.[144]

Ademais, a tese pressupõe um dever de autoproteção titularizado e violado pelo agressor.[145] Mas estender o princípio da subsidiariedade da tutela

---

de inimputáveis, errantes ou coagidos) como verdadeiras "restrições ético-sociais", enquanto a legítima defesa "afiada" ou "cortante" tem como "típico agressor uma pessoa que não necessita de nenhuma proteção jurídico-penal, ao poder ela mesma se proteger da lesão através da esquiva ou da fuga"; Notwehr gegen fahrlässig... cit., p. 753, onde reconhece nestas hipóteses não uma total exclusão, mas somente uma redução da possibilidade e da exigibilidade da autoproteção, ou seja, do merecimento e da necessidade de tutela.

144. Para o estado de necessidade agressivo basta pensar no seguinte exemplo. "W" perdeu sua carteira. "X" sabe onde ela está, mas se nega a informar a "W". Para forçar "X" a falar, "W" quebra seu dedo mínimo. "X" poderia, através de um aviso voluntário, satisfazer ambos os interesses: evitar o prejuízo à sua integridade corporal e auxiliar "W" na recuperação de sua propriedade. Assim, o sacrifício do interesse de "W" em favor do interesse de "X" não seria necessário. Mas o fato de "X" ter decidido de forma diversa de modo algum bloqueia a ponderação de seu interesse de preservação em face do interesse de intervenção de "W", pois a norma não prevê nenhuma suspensão da ponderação em virtude de determinada conduta da vítima. Ademais, em uma sociedade minimamente liberal não existe um dever jurídico geral de contribuir ativamente para a conservação de bens de terceiros. A justificação estará excluída apenas porque o interesse de "W" não é essencialmente superior ao de "X". Para o estado de necessidade defensivo vale a seguinte ilustração. "Y" está decidido a efetuar um roubo e quer logo iniciar sua empreitada. "Z", que não pode dissuadir esta intenção criminosa e não possui nenhuma outra possibilidade de evitação, mata "Y" a tiros. Também aqui "Y" pode satisfazer seu interesse de preservação dos próprios bens jurídicos sem prejuízo a interesses alheios: basta que ele renuncie à realização da intenção dirigida ao delito. Neste caso, apesar da possibilidade de evitar a colisão de interesses e a consequente ofensa à própria esfera jurídica, "Y" não fica sem proteção, como mostra a norma justificante: novamente tem lugar uma ponderação de interesses e a conduta de "Z" não está justificada porque o interesse protegido (a propriedade) não é essencialmente superior ao interesse sacrificado (a vida). Assim: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 56-57.

145. Ao destacar a "exigibilidade": FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 305; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 106 e 115. Com adicional referência à "obrigação de autoproteção": MITSCH,

jurídico-penal às possibilidades de autoproteção do indivíduo seria ignorar que os cidadãos institucionalizaram o poder estatal exatamente para – entre outras coisas – se desonerarem das tarefas de proteção: "onde vigia o olho da lei, o particular pode dedicar suas energias ao desenvolvimento e não ao mero asseguramento de sua personalidade".[146]

Em terceiro lugar, o critério da dominabilidade acaba se mostrando demasiado naturalístico: falta um critério normativo capaz de diferenciar a legítima defesa do estado de necessidade defensivo. De um lado, também em certas hipóteses inseridas nesta última figura – como nas agressões de autores não censurados – o atacante ilícito não deixa de ter em suas mãos a possibilidade fática de evitar o conflito.[147] De outra banda, a perda do domínio do fato não converte *per se* a situação de legítima defesa em estado de necessidade defensivo.[148]

Fora isto, embora descarte em princípio as "restrições ético-sociais" à legítima defesa, a teoria excepcionalmente recusa a admissibilidade do "prejuízo crassamente desproporcional aos interesses do agressor", ao considerar que nestes casos está atenuada ou inclusive excluída a possibilidade de o agressor paralisar a agressão.[149] Porém, isto revela uma insanável contradição com o ponto de partida assumido. Pois na verdade, o agressor perde a possibilidade de salvar seus bens jurídicos do perigo autocausado sempre que todo e qualquer ato de defesa – não apenas os desproporcionais – se realiza.[150]

Por último, o critério da evitabilidade do curso lesivo não explica por que o agredido não está obrigado a se esquivar e evitar o revide quando isto lhe resulta possível, vale dizer, quando ele tem em suas mãos a possibilidade de

---

Wolfgang. Notwehr gegen fahrlässig... cit., p. 753 e 754; Nothilfe gegen provozierte... cit., p. 545.

146. ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 607-608. Vale dizer: a exigência de subsidiariedade alcança somente os meios de intervenção disponíveis na mão do próprio Estado.

147. O que ocorre, v.g., diante do agressor que atua em estado de necessidade exculpante ou em excesso astênico de legítima defesa: o agressor ainda está em condições (embora com maiores dificuldades motivacionais) de renunciar à agressão antijurídica e evitar as consequências lesivas da ação defensiva.

148. Há agressões dolosas onde a legítima defesa segue autorizada a despeito de o agressor ter perdido o domínio da situação: se, v.g., "A" atiça seu cão contra o cão de "B", este último tem direito à legítima defesa ainda que o primeiro cão não mais atenda ao chamado do dono. Assim: PALERMO, Omar. Op. cit., p. 53.

149. FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 312-313; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 91.

150. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 375-376.

impedir as consequências lesivas da agressão. Como o decisivo reside na mera evitação potencial e não na violação da norma, se o agredido – assim como o agressor – tem no eludir a agressão – através da esquiva e da omissão da defesa – a melhor forma de salvaguardar seus bens, por qual razão não terá o dever de renunciar à intervenção na esfera jurídica do agressor?[151]

4.4 Transindividualidade

Considerando insuficientes os monismos anteriores, a visão ainda dominante encontra o fundamento da legítima defesa na síntese entre as dimensões jurídico-individual e jurídico-social, vale dizer, entre o interesse do indivíduo na integridade de sua esfera jurídica e o interesse do Direito em sua própria vigência fática ou empírica: o agredido defende os bens jurídicos individuais e a ordem jurídica como um todo. Enquanto elemento dinâmico e graduável, esta adicional preservação do sistema normativo – o fato de o autor defender mais do que os próprios bens – constitui o fator decisivo na análise. De um lado, explica o rigorismo da intervenção na esfera jurídica do agressor. De outro, tematiza as "restrições ético-sociais" da defesa nos casos de reduzida necessidade de conservação do Direito. Já o auxílio necessário será autorizado somente na medida em que o agredido queira ser defendido por um terceiro. Caso contrário, não necessita da proteção individual.[152]

---

151. PALERMO, Omar. Op. cit., p. 53.

152. Defendem esta "dupla função" ou "teoria de dois elementos" no sentido cumulativo: ROXIN, Claus. Die "sozialethischen... cit., p. 68 e ss.; *Strafrecht*... cit., p. 654-655; OTTO, Harro. Rechtsverteidigung und Rechtsmissbrauch im Strafrecht. In: HERREN, Rüdiger et al (Hrsg.). *Festschrift für Thomas Würtenberger*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977. p. 138-139; *Grundkurs*... cit., p. 120; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Berlin: Ducker & Humblot, 1996, p. 336-337; KÜHL, Kristian. Notwehr und Nothilfe cit., p. 179-182; *Strafrecht*... cit., p. 113-115; AMELUNG, Knut. Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen. *GA* 129/392-393; HASSEMER, Winfried. Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts. In: KAUFMANN, Arthur et al (Hrsg.). *Festschrift für Paul Bockelmann*. München: Beck, 1979. p. 239-240; HIRSCH, Hans-Joachim. Op. cit., p. 219-220; RUDOLPHI, Hans-Joachim. Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff. *JuS* 9/464-465; SUPPERT, Hartmut. Op. cit., p. 374-376; KREY, Volker. Op. cit., p. 714; KRAUSE, Friedrich-Wilhelm. Zur Problematik der Notwehr. In: FRISCH, Wolfgang; SCHMID, Werner (Hrsg.). *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*. Köln: Heymanns, 1978. p. 76-78; DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 405-406; LENCKNER, Theodor. Op. cit., p. 2-3. No sentido alternativo: HERZOG, Felix. Notwehr. In: KINDHÄUSER, Urs et al (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*. Band I. 2. Auflage. Baden: Nomos, 2005. n.m. 100.

Embora muito sedutora, esta visão transindividual[153] não resiste a uma análise mais detida.[154] Em primeiro lugar, são consideráveis as dificuldades de conjugar dois aspectos jurídico-filosóficos antagônicos. É extremamente indeterminada e confusa a relação entre os elementos combinados. O dilema segue em aberto, uma vez que teoria não fornece qualquer critério sistemático capaz de resolver os casos de conflito entre as ideias reitoras contrapostas: as consequências derivadas do lado individual da legítima defesa (dever de esquivar, subsidiariedade, mínimo de proporcionalidade, exclusiva idoneidade defensiva dos bens jurídicos individuais) são posteriormente anuladas através do lado supraindividual.[155] Prova disto está na arbitrária manipulação do segundo elemento. Como visto, inicialmente o princípio da preservação do Direito fundamenta uma legítima defesa sem limites. Depois, sob o slogan das "restrições ético-sociais", o mesmo princípio passa a interceder em favor de consideráveis limitações, com base no argumento de que ordem jurídica só pode ser protegida por meios adequados. Desta forma, "o princípio degenera-se em um truque argumentativo".[156]

As imprecisões começam no momento de definir se a combinação tem caráter alternativo ou cumulativo. Uma relação alternativa[157] incorre no vício básico do monismo supraindividual: se basta a defesa do ordenamento jurídico, a legítima defesa deveria abarcar também os bens jurídicos coletivos.[158] Apesar de evitar esta falha, uma relação cumulativa não apenas deixa nebuloso o eventual predomínio de um dos pontos de vista,[159] como incide em graves

153. "*Trans*" porque atravessa ou transpassa o indivíduo, ao contrário do mero "*supra*", que sequer o toca.

154. Contra a teoria, embora por outras razões: CARVALHO, Américo Taipa de. Op. cit., p. 413-420.

155. BITZILEKIS, Nikolaos. Op. cit., p. 48. Na mesma direção: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 46; KÖHLER, Michael. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1997. p. 263.

156. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 369. Também: KARGL, Walter. Op. cit., p. 39-40. Ainda para a ambivalência da preservação da ordem jurídica: KÖHLER, Michael. Op. cit., p. 263, onde destaca que o princípio não oferece "nem a fundamentação, nem o limite".

157. HERZOG, Felix. Op. cit., n.m. 100, onde admite a legítima defesa quando o agredido apenas defende seu bem jurídico ou quando a defesa serve apenas à conservação do Direito.

158. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 30.

159. Não por acaso, um de seus principais defensores reconhece que os teóricos da teoria dualista não "determinam de forma exata" a relação entre ambas as dimensões, que segue "não suficientemente esclarecida": KÜHL, Kristian. Notwehr und Nothilfe cit.,

contradições estruturais. Isto fica especialmente claro, v.g., na explicação da ausência de um dever de esquivar. Como indicado, nos casos em que o agredido tem à disposição uma segura possibilidade de esquivar, a legítima defesa não pode ser fundamentada através da proteção de bens jurídicos individuais, mas somente a partir da conservação do Direito. E com isso a teoria cai naquela insustentável relação alternativa.[160]

Em segundo termo, o modelo revela uma arbitrária e circular construção *ad hoc* orientada exclusivamente pelas consequências: o recurso à cumulação de princípios serve apenas como ulterior passo destinado a legitimar determinados resultados antecipados como materialmente corretos, mas que não podem ser fundamentados sem o dualismo. Isto fica evidente nas chamadas "restrições ético-sociais": como o interesse na proteção do bem jurídico individual não consegue explicar por que o agredido não pode repelir o ataque com todas suas forças, apenas a invocação do interesse na salvaguarda da ordem jurídica assimila excepcionais e graduáveis considerações de respeito mínimo que reduzem a necessidade de confirmação da vigência normativa. Mas tal argumentação, supostamente legitimadora da redução teleológica da norma, pressupõe justamente aquilo que deveria mostrar: a defesa do Direito como princípio informador da legítima defesa. Embora louváveis, os resultados obtidos não deveriam ser funcionalizados em meras demonstrações da "bondade" da teoria.[161]

---

p. 180. Entre os poucos que se manifestam a respeito, a situação é pouco clara. Enquanto, Krause (op. cit., p. 82) entende que ambos os aspectos possuem o mesmo peso e Roxin (Die "sozialethischen... cit., p. 75 e ss.), Jescheck; Weigend (op. cit., p. 337) e Kühl (Notwehr und Nothilfe cit., p. 180) conferem prioridade ao componente jurídico-individual (a preservação da ordem jurídica é um mero limite ao princípio da proteção), Lenckner (op. cit., p. 3) concede primazia ao componente jurídico-social.

160. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 30. No mesmo sentido: BITZILEKIS, Nikolaos. Op. cit., p. 49.

161. SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 144-145; ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 31; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 46-47, onde destaca que o intérprete escolhe livremente o momento (individual ou supraindividual) que melhor atenda à "necessidade de fundamentação". No mesmo sentido: KARGL, Walter. Op. cit., p. 39-40; PAWLIK, Michael. Op. cit., p. 261 e ss. Outro bom exemplo desta *petitio principii* orientada pelos resultados fornecem Jescheck e Weigend (op. cit., p. 337): enquanto a ausência do deber de esquivar e a rigorosidade da legítima defesa fundam-se momento jurídico-individual (contrariamente à opinião dominante no seio dualista), as restrições ético-sociais e o auxílio necessário baseiam-se no princípio da defesa do Direito.

Em terceiro lugar, tampouco acerta o argumento sistemático de que apenas a preservação do Direito seria capaz de explicar o maior alcance da legítima defesa em face do estado de necessidade: a diferença reside antes no estremecimento ou na ruptura da primeva relação ontoantropológica de cuidado de perigo através da ilícita conduta do agressor.[162]

Ademais, ao excluir o direito de intervenção no caso existência solitária do interesse na proteção de bens jurídicos individuais, a formulação cumulativa está em rota de colisão com o regime legal da legítima defesa, cujo teor literal exige apenas que a revide seja necessário e afaste uma injusta agressão contra o próprio agredido ou outra pessoa.[163]

Em quinto lugar, diante da atual compreensão secularizada do Estado, à interpretação transindividual resta apenas o recurso a considerações preventivas,[164] segundo as quais a vigência empírica da ordem jurídica – diferentemente da tese de Schmidhäuser[165] – deixa de se preocupar com o "agora" e passa a ter em vista a futura observância das normas.[166] Assim emerge uma "interpretação quase-penal da legítima defesa",[167] vale dizer, uma "analogia entre legítima defesa e pena".[168] Com o revide, o agredido mostra que não se pode agredir alguém sem correr o risco de sofrer danos possivelmente maiores do que o perigo contido na agressão e o benefício nela visado.[169] Deste modo, ao contribuir para o cumprimento das normas no futuro, a legítima defesa conserva a vigência empírica da ordem jurídica através dos seguintes efeitos:[170] a intimidação de potenciais agressores ilícitos (prevenção geral negativa) e o

---

162. Como visto, a diferencial está na "especialmente reforçada responsabilidade do agressor pelo conflito": ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 34 e ss.

163. Idem, p. 31 e 36.

164. Informativo: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 297.

165. Ludwig (op. cit., p. 55 e 72) considera que a teoria de Schmidhäuser "significa nada mais do que a salvaguarda de interesses preventivo-gerais". Todavia, como visto, a tese de Schmidhäuser (Die Begründung... cit., p. 121) não se ocupa da evitação de outras futuras agressões antijurídicas, mas apenas da urgente evitação daquela específica agressão antijurídica em curso no momento da defesa: o próprio autor enfatiza que mesmo sua "anterior" opinião "nada tinha a ver com a prevenção geral".

166. Informativos: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 296-297; ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 15.

167. LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 87 e 95.

168. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 373-374. Ainda descritivos: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 54-55; KARGL, Walter. Op. cit., p. 53-54.

169. ROXIN, Claus. Die "sozialethischen... cit., p. 73.

170. Informativos: KARGL, Walter. Op. cit., p. 39; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 54-55.

fortalecimento da confiança ou fidelidade jurídica da população (prevenção geral positiva),[171] bem como o aumento da probabilidade do agressor obedecer ao Direito (prevenção especial positiva).[172]

Contudo, esta *Pönalisierung*[173] da legítima defesa enfrenta sérias dificuldades. Na verdade, os efeitos de psicologia social nela sustentados não ultrapassam o *status* de dogma ou especulação,[174] Pouco razoável seria o efeito preventivo geral negativo: o argumento não explica de modo plausível por que um ladrão deixar-se-ia intimidar por um potencial ato de legítima defesa quando ele mesmo não encontra na ameaça de sanção – vale dizer, na considerável probabilidade de intervenção do aparato institucional de sancionamento – um motivo suficiente para omitir o roubo. Evidentemente, o ato defensivo é perigoso e demanda vigor físico, não raro considerável. Para saber se a legítima defesa tem um efeito preventivo geral seria necessário conhecer a disposição e a capacidade de defesa no seio da população, provavelmente baixas. Assim, será razoável considerar tal efeito no mínimo como fraco.[175]

Também faltam dados empíricos idôneos a validar o critério da prevenção geral positiva. Sem dúvida, no senso comum uma ordem jurídica que faculta aos cidadãos o direito de legítima defesa goza de uma legitimidade muito maior do que a ordem jurídica que recusa tal autorização. Assim, a própria regulação da legítima defesa já fomentaria na população uma elevada aceitação das normas. Mas segue extremamente duvidoso se este aumento de compromisso também ocorre com o exercício da defesa. Mais uma vez, o decisivo está na disposição e na capacidade de defesa da população. Enquanto ela fizer uso da legítima defesa em considerável volume, o revide terá mais chances de assumir um resultado estabilizador da confiança. Porém, não existe nenhum motivo para superestimar a força do efeito.[176] Ao contrário: a pretendida exclusão

171. ROXIN, Claus. Die "sozialethischen... cit., p. 73-75, onde postula uma "orientação preventiva do direito de legítima defesa"; *Strafrecht*... cit., p. 654-655; KÜHL, Kristian. Notwehr und Nothilfe cit., p. 180; SUPPERT, Hartmut. Op. cit., p. 375-376; HAAS, Robert. *Notwehr und Nothilfe*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1978. p. 155 e ss.; KRATZSCH, Dietrich. *Grenzen*... cit., p. 156-157; AMELUNG, Knut. Op. cit., p. 392 e ss.

172. SUPPERT, Hartmut. Op. cit., p. 375-376; HAAS, Robert. Op. cit., p. 155. Situando a prevenção especial no princípio da proteção individual: ROXIN, Claus. Die "sozialethischen... cit., p. 73.

173. KARGL, Walter. Op. cit., p. 53.

174. LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 56; KÖHLER, Michael. Op. cit., p. 262; KARGL, Walter. Op. cit., p. 54.

175. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 373.

176. Assim: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 17-18.

da estrita proporcionalidade pode inclusive não ser compreendida por alguns setores da população e desestabilizar a confiança no Direito.[177]

Os conhecimentos empíricos atualmente disponíveis também não autorizam sustentar o efeito preventivo especial positivo: seria temerário aceitar que o agressor, um indivíduo que não se deixou contramotivar nem pela ameaça de sanção jurídica, nem pelo risco de revide do agredido, agora, exatamente devido a sua dissaborosa experiência, estará disposto a renunciar a futuras agressões e a atuar conforme o Direito. Embora isto seja naturalmente possível no caso concreto, o efeito preventivo especial da defesa ainda segue como mera conjectura.[178]

Em sexto lugar, a "defesa da ordem jurídica" sugere, *prima vista*, um conteúdo independente da concreta espécie de violação do Direito. Mas tal impressão engana. Pois uma séria consideração preventiva deve envolver sempre a ponderação de uma determinada norma jurídica. O valor do interesse preventivo depende essencialmente do significado da regra infringida e com isso do valor do bem jurídico ameaçado, uma dependência largamente conhecida no âmbito da teoria da determinação da pena. Isto revela que o *argumentum a simili* é não apenas inadequado, mas também incompleto. Assim, deixa de ser plausível a tese de que o interesse preventivo e o interesse na conservação do bem jurídico ameaçado juntos sempre ou ao menos tipicamente pesam mais do que o interesse na integridade do agressor.[179]

Além disso, a medida da defesa não é determinada pelos fins de prevenção, mas através do necessário para rechaçar a agressão na concreta "situação de luta". Uma coerente interpretação preventiva da legítima defesa deveria levar em conta ao menos também os âmbitos nos quais as agressões são maiores e mais numerosas, i.e., onde a "convicção de fidelidade ao Direito" está mais ameaçada. Isto conduziria a uma legítima defesa "máxima" ou "aguda" nos casos de agressões bagatelares (como insultos, danos materiais leves, pequenos furtos de loja etc.) cometidas massivamente, enquanto agressões graves,

---

177. LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 57.

178. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 16.

179. Isto fica bastante evidente nos casos de "crassa desproporção" entre bens: provavelmente ninguém sustentará uma restrição ético-social na defesa de um objeto no valor de R$ 100,00 através de uma grave lesão corporal contra o agressor, apesar do interesse na defesa da proibição do furto dificilmente ser considerado tão elevado ao ponto de superar, juntamente com o interesse na conservação do bem jurídico agredido, o interesse do agressor. Assim: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 297; LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 57.

mas acompanhadas de um perigo de imitação relativamente diminuto (como o homicídio de um familiar) seriam tratadas com extraordinária moderação (inclusive através da esquiva).[180]

Em oitavo termo, à luz da analogia postulada, a teoria deveria abertamente submeter a conduta defensiva à proporcionalidade em sentido estrito, um princípio indiscutível no seio da pena.[181] Ademais, ao aproximar-se excessivamente da sanção criminal, a tese não explica a imposição de uma pena contra o agressor depois de um ato defensivo bem sucedido. Como as exigências preventivas não mais seriam invocáveis, restaria somente o argumento retributivo, manifestamente incapaz de moldar uma relação de semelhança com a legítima defesa.[182]

Mas a contradição vai ainda mais longe. Segundo a teoria, os bens jurídicos coletivos ou universais não são suscetíveis de legítima defesa, pois do contrário o cidadão erigir-se-ia em auxiliar policial e invalidaria o monopólio estatal da violência.[183] Embora o argumento seja correto, não se compreende como o aspecto da "conservação do Direito" de repente não desempenhar mais nenhum papel.[184] Se fosse um "governador da ordem jurídica",[185] envolvido na defesa policial contra os perigos, o cidadão erigir-se-ia não somente em "polícia auxiliar", mas também em "juiz auxiliar". Isto destruiria não apenas o monopólio estatal da violência, mas inclusive o princípio do Estado de Direito formal – tanto na função de legitimação do processo jurídico quanto na função de garantia do tipo penal.[186]

Por último, a configuração preventiva da legítima defesa instrumentaliza o cidadão mais do que a própria leitura preventiva da pena. É paradoxal obrigar o agressor, sem limitação através da medida de sua culpabilidade pelo fato e sem qualquer consideração da proporcionalidade estrita, a pagar pelos déficits de socialização ocorridos na sociedade. Ao "punir" com o fim conter a incli-

180. LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 86. Ainda: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 56-57.

181. Assim: KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 374; FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 374.

182. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 374. No mesmo sentido: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 52.

183. ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., p. 654; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 337 e 340.

184. LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 87. Na mesma direção: LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 54 e 58; KARGL, Op. cit., p. 50-51: "sobre esta ponte os interesses do Estado migram para a legítima defesa".

185. KÜHL, Kristian. Notwehr und Nothilfe cit., p. 181.

186. LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 87.

nação dos potenciais violadores do Direito, a tese inclui o cidadão entre os "objetos do Direito das coisas" – na conhecida fórmula de Kant.[187]

4.5 Intersubjetividade

Na mesma lógica de normativização cultivada nas teorias anteriores estão os recentes esforços de interpretar a legítima defesa à luz de um equilibrado contexto intersubjetivo no qual o abandono da "perspectiva egocêntrica" de "autores isolados em si mesmos"[188] concede ao "lado do agressor" e ao "lado do defensor" a mesma relevância no fenômeno interativo.

4.5.1 Indignação moralmente universalizável

Para Kargl, a legítima defesa realiza-se no marco da "relação de reconhecimento recíproco" que possibilita ao indivíduo sua autorrealização através do livre desenvolvimento de sua identidade, construída com o mútuo reconhecimento entre os participantes da comunicação.[189] Neste contexto de "personalidade" através da "reciprocidade", a agressão antijurídica consiste no desprezo ou desrespeito aos direitos intersubjetivamente fundados.[190]

Ao privar o agredido do merecido reconhecimento e abalar suas possibilidades de desenvolvimento e autorrealização, a quebra da intersubjetividade causa-lhe sérias consequências psicossociais (perda da pretensão de identidade, destruição da autoconfiança, sensação de desamparo, humilhação e vergonha) que culminam no sentimento de indignação. Mas esta típica e intensa excitação anímica somente ganha relevo jurídico quando referida à decepção da expectativa normativa de respeito, i.e., se constituir uma "indignação mo-

187. Idem, ibidem.

188. KARGL, Walter. Op. cit., p. 58.

189. Para esta "individualidade social": idem, p. 58-60, onde destaca (p. 58) que "esta paradoxal relação do Eu-identidade é imanente ao conceito de intersubjetividade" e que (p. 59) "autonomia individual e intersubjetividade não se excluem, antes condicionam uma a outra".

190. O elemento "agressão" indica a relação de um conflito social no âmbito "empírico-sociológico". Por outro lado, o elemento "antijuridicidade" acrescenta uma "dimensão normativa", na qual a agressão passa a ser concebida também como "agressão à vigência". Mas este "aspecto de vigência" não se refere à vigência da ordem jurídica como um todo, mas somente à "dimensão universal da pretensão de vigência", vale dizer, à "vigência dos interesses individuais de pessoas concretas em situações concretas". Idem, p. 56-57.

ralmente universalizável" através da identificação dos outros com o agredido. E a universalização só tem lugar se o interesse prejudicado aparecer "simbolizado através de uma norma jurídica, cuja vigência moral é reconhecida por todos seus (hipotéticos) destinatários". Deste modo, ao reafirmar a identidade social do agredido, a legítima defesa funda-se na "defesa dos direitos intersubjetivos", vale dizer, na "hipotética indignação que cada um pode racionalmente compreender através da empatia com a perspectiva de ação e de expectativas do outro".[191] Os casos de indignação reduzida conduzem às "restrições ético-sociais". Por último, o auxílio necessário configura uma faculdade derivada compreensível indignação do auxiliador.[192]

Apesar do mérito de situar a legítima defesa em um marco de recíproca abertura, a formulação de Kargl também não convence. Primeiramente, ao considerar relevantes aqueles fatores de psicologia social, a teoria incorre no mesmo erro do argumento dos déficits do agredido: a afetação psíquico-emocional é um problema de imputação do ilícito criminal ao demérito do autor[193] e deve ser tematizado no âmbito da culpabilidade, nunca no seio da ilicitude.[194] No específico caso da legítima defesa, a questão apenas ganharia relevância na eventual exculpação do excesso astênico (art. 33 do Código Penal português, § 33 StGB e supralegal no CP brasileiro).[195]

Ademais, ao enfatizar a dimensão comunicativa da legítima defesa, a tese encarna um reducionismo simbólico tendente a um perigoso esquema de idealização/abstração onde o substrato empírico do ato defensivo pode ser facilmente diluído em considerações de ordem preventivo-geral, que no extremo podem conduzir – através da renúncia ao elemento "idoneidade" do revide – à destruição da própria estrutura legal da legítima defesa.[196]

---

191. Idem, p. 60-61, onde acrescenta (p. 61): "generalizáveis são os sentimentos de indignação sobre a violação de princípios fundamentais da livre coexistência dos membros da sociedade".

192. Para os dois últimos aspectos: idem, p. 62-64.

193. MOURA, Bruno. Sobre o sentido... cit., p. 26-27.

194. LUDWIG, Dominik. Op. cit., p. 74: "em nossa ordem jurídica os pontos de vista psíquicos, como a extraordinária pressão motivacional, são consideradas apenas na culpabilidade (v.g., o § 35 do StGB), não ganham significado já no plano da antijuridicidade".

195. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 381.

196. Como em: ALWART, Heiner. *Zum Begriff der Notwehr*. *JuS* 36/953-957. Crítico: WARDA, Günter. Die Geeignetheit der Verteidigungshandlung bei der Notwehr. *ZStW* 143/405 e ss. Para o sentido da exigência de idoneidade de defesa: MOURA,

4.5.2 Imposição de direitos subjetivos

Para Lesch, Pawlik, Engländer e Köhler a legítima defesa é a faculdade de usar a coação para garantir o cumprimento do direito subjetivo violado. Nesta visão neoidealista, o reconhecimento de um direito não teria nenhum sentido se ao titular não fosse também facultada a possibilidade de forçar sua observância contra o injusto. Assim, o fundamento do revide está na "imposição de direitos subjetivos" no seio da relação jurídica.[197] Esta satisfação coercitiva encontra sua legitimação na estrutura intersubjetiva dos direitos e deveres individuais, onde o jogo discursivo entre convergências e divergências de interesses onera o agressor com o dever de tolerância em virtude de sua posição de garante em relação ao afastamento do perigo ilicitamente criado. Nesta trilha, tanto o auxílio necessário quanto as "restrições ético-sociais" resultam de razões de solidariedade.[198]

Bruno. Legítima defesa "simbólica"? Ao mesmo tempo, sobre a valência da lógica dos lugares inversos. *Revista de Estudos Criminais* 44/169 e s.

197. Postulando uma relação conceitual entre direitos subjetivos e faculdade de defesa: LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 88-89, onde concebe esta última como "exercício de direitos subjetivos", i.e, como faculdade integrante do próprio direito subjetivo agredido: exercício do direito individual não se resume ao mero uso da liberdade de usufruir o bem tutelado, senão abarca também o uso da liberdade de coação para sua manutenção contra o injusto, de modo que a legítima defesa não configura um direito especial ao lado de outros direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, mas apenas a forma pela qual o específico direito subjetivo ilicitamente agredido atua na concreta situação (a norma da legítima defesa tem um significado apenas declaratório). Em um caminho diverso, a favor de uma relação funcional entre direitos subjetivos e faculdade de defesa: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 81, 82 e 84-90, onde vislumbra a legítima defesa como específica autorização para a imposição dos direitos subjetivos, uma faculdade pertencente não ao próprio sistema de direitos e deveres destinados à proteção de bens jurídicos, mas do sistema de regras destinado a garantir a conservação daqueles direitos e deveres originários (a norma da legítima defesa tem um significado constitutivo, enquanto *secondary rule* de caráter defensivo).

198. LESCH, Heiko. Die Notwehr cit., p. 89-93, 102-105 e 115, onde destaca (p. 91) que a legítima defesa "não é um acontecimento natural, mas um ato jurídico entre sujeitos juridicamente constituídos, i.e., entre pessoas"; ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 73-81, 90, 91, 355 e ss., onde exige (p. 73-74) que o sistema de direitos e deveres seja "intersubjetivamente legítimo". Similar: PAWLIK, Michael. Op. cit., p. 265, 271-277 e 287-298, onde encontra (p. 265) uma "legitimação interpessoal": a agressão antijurídica consiste (p. 271) na "perturbação da relação jurídica" entre o agressor e o agredido em condições de igualdade, segundo uma (p. 274) "lógica da reciprocidade" a ser interpretada através das categorias "respeito" e "desrespeito". Em outros termos

Embora tenha a vantagem de convocar a intersubjetividade, esta formulação também não acerta. Pois a renúncia à ideia-matriz da ponderação de interesses e a excessiva preocupação com a relação conceitual ou funcional entre os direitos subjetivos e a autorização de defesa[199] conduzem a uma espécie de formalismo que ignora o sentido originariamente fundante da intersubjetividade na legítima defesa: a realização do princípio da segurança no marco do feixe ontoantropológico de recíprocas relações de cuidado de perigo.[200]

4.5.3 Conservação da relação de coordenação

Para Hruschka e Renzikowski,[201] um ordenamento jurídico que trata os indivíduos como "pessoas iguais em direitos" admite unicamente a relação de coordenação, i.e., de reciprocidade.[202] Diante disto, resta saber em que medida o obrigado permanece vinculado ao dever quando o beneficiário – também obrigado – está infringindo ou já infringiu a regra de conduta. Como a violação – consumada ou iminente – da norma nem elimina totalmente o dever de observância à regra do outro obrigado, nem transcorre sem repercussão sobre a obrigação do credor,[203] a manutenção da relação de coordenação exige uma autorização de "reação moderada" contra a violação da norma, situada "em alguma parte entre ambos os extremos".[204] Assim, a legítima defesa configura

---

(p. 265), o "agredido defende não a existência de bens contra uma ameaçadora diminuição, mas seu espaço jurídico contra o desrespeito", ou seja, defende (p. 272) sua "posição jurídica". No mesmo sentido, recorrendo à "perturbação da esfera jurídica alheia": Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte. *GA* 150/13-16. Também enfatizando a relação jurídica: KÖHLER, Michael. Op. cit., p. 261-263 e 270, onde invoca (p. 263) uma "responsabilidade interpessoal".

199. Por todos: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 82 e ss.

200. Uma vez mais: COSTA, José de Faria. *O perigo...* cit., p. 320-330, 394 e 516.

201. Não raro, esta teoria aparece classificada como individual: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 300; ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 8, 9, 38 e 57; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 125 e 130; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 44 e 72.

202. "Coordenação" e "subordinação" são as duas únicas formas de explicar o dever de cumprir as normas.

203. A segunda alternativa equivaleria ao reconhecimento de uma relação de subordinação (apenas um dos sujeitos figura como devedor: o beneficiário não tem o dever de cumprir a norma em favor do obrigado), onde a coordenação seria "puramente verbal". A primeira alternativa também acabaria descaracterizando a coordenação, ao suprimir o dever de observância da norma.

204. Sobre tudo isto: HRUSCHKA, Joachim. Extrasystematische... cit., p. 199-200; *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983. p. 137, 138 e 141;

uma "causa de justificação extra-sistemática"[205] e seu fundamento mora na necessidade lógico-deôntica de restabelecer a inicial relação de coordenação, de modo a evitar que ela se degrade em uma – sempre injusta e arbitrária – relação de subordinação. Neste marco, a ruptura da relação de coordenação exige uma infração do dever plenamente imputável (dolosa e culpável).[206]

Apesar do mérito de tematizar a irrenunciável dimensão normológica da juridicidade, este "argumento do dever"[207] também não convence. Primeiramente, as considerações de ordem lógico-deôntica deixam seu resultado totalmente em aberto no âmbito da análise valorativa e tampouco explica como a solução de compromisso obtida pode ser compatível com o originário *tertium non datur* entre coordenação e subordinação – não pode existir uma intermediária possibilidade de obrigar o sujeito a seguir a norma.[208]

Em segundo termo, a igualdade de direitos já está salvaguardada no fato de tanto o agressor quanto o defensor estarem obrigados ao cumprimento da norma jurídica. Conceber ou não o dever de observância como vínculo de coordenação nada tem a ver com a igualdade de direitos entre os cidadãos, mas apenas com a questão de saber se a violação do Direito através de uma agressão deve ser sancionada pelo Estado ou pelo sujeito diretamente afetado. Respondida a questão no primeiro sentido,[209] não mais sobra qualquer espaço para a relação de reciprocidade no seio da obrigação de observar a regra.[210]

RENZIKOWSKI, Joachim. Op. cit., p. 221 e ss., 275 e ss., onde resume (p. 275): "à negação do agressor à cooperação pode o agredido reagir com uma provisória suspensão da coordenação".

205. Porque não pertencente ao sistema de regras de conduta, mas encontrada apenas em um plano logicamente superior (metanível), capaz de anular o dever de cumprir a norma: HRUSCHKA, Joachim. Extrasystematische... cit., p. 189 e ss. Ainda: RENZIKOWSKI, Joachim. Intra – Und extrasystematische Rechtfertigungsgründe. In: JOERDEN, Jan (Hrsg.). *Festschrift für Joachim Hruschka*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. p. 643 e ss.

206. HRUSCHKA, Joachim. Extrasystematische... cit., p. 203 e 206; *Strafrecht*... cit., p. 139-143; RENZIKOWSKI, Joachim. *Notstand und Notwehr* cit., p. 280-284.

207. Assim denominado em: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 57 e ss.

208. Renzikowski (*Notstand und Notwehr* cit., p. 314-316) tenta superar este problema através da ideia da autorresponsabilidade do agressor. Entretanto, deste modo, acaba incorrendo nas mesmas falhas das teorias vitimológicas. Para esta crítica: KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 377-378.

209. Como hoje deseja, notoriamente, a paz jurídica.

210. Segundo Hruschka (*Strafrecht*... cit., p. 137), a recusa à relação de reciprocidade seria uma "deificação" da sociedade ou do Estado. Porém, o fato de somente esta organi-

Ademais, esta visão não consegue explicar a autorização da legítima defesa em favor de terceiros, contrariando frontalmente o teor literal da norma justificante. Como o agressor não viola nenhum dever de reciprocidade em face do potencial auxiliador necessário, este continua devendo àquele a observância das regras jurídicas. Para ser consequente, a teoria deveria reduzir o direito de intervenção do agredido à "defesa com as próprias mãos".[211]

Em quarto lugar, a tese revela certo renascimento do modelo de Hobbes, Locke e Feuerbach, vale dizer, um retorno ao "estado de guerra" como "estado de juridicidade suspensa".[212] Para ser coerente, a ideia de suspensão do dever de observar a norma deveria conduzir a uma "recaída no estado de natureza", ou seja, a uma situação de "ausência do Direito", onde o defensor atuaria como um "fora da lei", autorizado a escolher qualquer meio defensivo, inclusive excedente à medida do necessário. Hruschka e Renzikowski recuam diante desta – universalmente recusada – consequência e tentam evitar tal dissolução da legítima defesa conservando o elemento "necessidade" como limite da suspensão do dever de seguir a norma.[213] Contudo, este "corpo estranho" não

---

zação estar autorizada a sancionar uma violação do Direito deriva apenas da necessidade de asseguramento da paz jurídica e não significa que a norma violada encontra vigência somente no interesse do Estado ou da sociedade. Para tudo isto: FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 300. Ademais, se o argumento da "adoração" fosse correto, sua incidência deveria eliminar o direito de detenção como causa justificante. Assim: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung... cit., p. 115.

211. A admissibilidade do auxílio necessário resulta da autorização concedida ao agredido de se servir da ajuda alheia como meio de defesa menos lesivo (o auxiliador exerce um direito de defesa derivado): HRUSCHKA, Joachim. Extrasystematische... cit., p. 207; RENZIKOWSKI, Joachim. *Notstand und Notwehr* cit., p. 296: "todo indivíduo tem interesse em poder se valer do auxílio alheio para defesa em caso de agressão". Todavia, esta argumentação fora da fundamentação inicial não explica por que um terceiro tem que ser liberado de sua obrigação de seguir o Direito. Assim: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung... cit., p. 115; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 130-131. Para evitar essa consequência, seria forçoso conceber a agressão antijurídica como um ataque não somente contra o ofendido, mas também contra todos os demais membros da comunidade jurídica. Mas isto levaria à inclusão dos bens jurídicos coletivos no rol dos interesses defensáveis: uma infração de dever contra a universalidade existiria em toda conduta ilícita. Para a crítica: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 61.

212. Informativos: PAWLIK, Michael. Die Notwehr... cit., p. 278-281; ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 59-60.

213. Como visto, Hruschka (Extrasystematische... cit., p. 200) contenta-se com a exigência de uma faculdade situada entre os extremos da completa conservação e da total dissolução do vínculo jurídico do agressor. Além de apelar à teoria de Feuerbach, Renzikowski (*Notstand und Notwehr* cit., p. 230, 231 e 275), embora se recusando

encontra uma fundamentação compatível com o ponto de partida assumido: na legítima defesa assim concebida, estaria em cena não o restabelecimento do vínculo de coordenação, mas o abandono da juridicidade.[214]

Por último, o "vácuo jurídico"[215] culminaria em outro resultado absurdo: consumada a desvinculação jurídica do agredido em face do agressor, este não mais estaria sujeito ao dever de interromper o ataque ou de não resistir ao revide do defensor com outras agressões. No "estado de ausência do Direito" não tem sentido um "direito" de legítima defesa: sua fundamentação pressupõe a permanência do "estado de juridicidade" entre os envolvidos.[216]

4.5.4 Rescisão contratual

Por fim, Hoyer funda a legítima defesa em uma espécie de contrato celebrado entre agressor, agredido e ordem jurídica. Neste "modelo contratual"[217] existem dois sinalagmas. Primeiro, a ordem jurídica exige de todos os cidadãos a abstenção de condutas ilícitas e em troca lhes oferece a proteção de bens jurídicos contra os mesmos comportamentos. Mas ao "interesse de existência dos bens jurídicos" (direção de proteção orientada ao autor), se junta o "interesse de confiança na integridade dos bens jurídicos" (direção de proteção orientada à vítima): além de exigir do cidadão enquanto autor potencial a renúncia ao injusto (garantia do interesse de existência), a ordem jurídica oferece ao cidadão enquanto vítima potencial a "ausência de condutas ilícito-culpáveis" (garantia do interesse de confiança). Se algum dos contratantes não cumpre sua parte, os demais estão liberados da "contraprestação".[218]

---

a conceber a legítima defesa como resíduo de um estado de natureza pré-estatal (ao destacar a ausência de "direitos" propriamente ditos), encontra no lado do defensor uma "provisória ruptura da cooperação". Em suma: ambos os autores se valem das vantagens de um modelo obrigacional, mas não desejam pagar o elevado preço da extrema normativização. Trata-se de uma concepção indecisa que deixa sem resposta a questão sobre a origem e o fundamento da legítima defesa. Assim: PAWLIK, Michael. Die Notwehr... cit., p. 281-282; SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 132; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Begründung... cit., p. 115, onde considera a teoria muito "fragmentária".

214. Sobre este "problema de dissolução": ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 60-61.

215. PAWLIK, Michael. Die Notwehr... cit., p. 280.

216. Contra o caos derivado do "estado de ausência da juridicidade": ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 60.

217. Assim denominado em: SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 130.

218. HOYER, Andreas. Op. cit., p. 92 e 94, onde sublinha que o "duplo bem de proteção" da norma jurídico-penal demanda o acréscimo de "uma outra sinalagmática relação de reciprocidade" ao "modelo provisório de contrato".

Neste contexto, a legítima defesa emerge somente diante de uma agressão ilícita e culpável, a única forma de atuar capaz de eliminar completamente os interesses do agressor e a proporcionalidade: o atacante viola o dever de evitar uma conduta ilícita e a ordem jurídica viola a obrigação de satisfazer o interesse de confiança do agredido, ao não conseguir protegê-lo contra ações ilícitas e culpáveis. Deste modo, fica integralmente anulada a sinalagmática obrigação do agredido de evitar uma conduta ilícita: ele está liberado do contrato e não mais necessita considerar os interesses (de confiança e de existência) do agressor, que perde a tutela de bens jurídicos oferecida através do Direito.[219]

Todavia, este engenhoso "argumento do dever"[220] também não se sustenta. Primeiramente, a pretendida "personalização da ordem jurídica" segue demasiado obscura:[221] afinal, o ordenamento jurídico de modo algum pode ser uma "parte contratante", mas no máximo – como mostra a tradicional compreensão do pacto social – o resultado da conclusão de um contrato entre os cidadãos.[222]

Menos ainda se compreende o recurso à "noção dualista de bem jurídico".[223] A confiança (impressão ou sensação) do cidadão na ausência de condutas ilícitas e culpáveis constitui apenas um eventual efeito secundário – certamente muito bem vindo – da regra de conduta, uma consequência de psicologia social – a ser garantida através dos órgãos de prevenção e repressão do Estado – incapaz de figurar como objeto de proteção autônomo desta mesma norma.[224] O contrário seria visualizar a efetiva vigência da norma como o específico "bem jurídico-penal",[225] em total dissolução do teor crítico-liberal do conceito.

---

219. A conduta meramente antijurídica (contrária ao primeiro sinalagma) do cidadão (o agressor na legítima defesa e – *prima vista*, abstraindo a incidência da respectiva norma justificante – o autor da intervenção no estado de necessidade) não cancela totalmente seus interesses: anula apenas seu interesse de confiança, deixando intacto seu interesse de existência. Por isso no estado de necessidade a justificação segue exigindo a estrita proporcionalidade. Assim: idem, p. 94-95.

220. Assim classificado em: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 58-59.

221. SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 128.

222. ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 59.

223. HOYER, Andreas. Op. cit., p. 94, onde destaca que na dimensão de proteção da confiança a norma jurídico-penal busca oferecer à potencial vítima um motivo para que ela possa contar com o esforço das pessoas acessíveis à norma em ajustar sua conduta ao chamado normativo.

224. Sobre as regras de comportamento: MOURA, Bruno. Sobre o sentido... cit., p. 24-25.

225. Como em: JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 37.

Por último, uma vez que a ordem jurídica cumpre sua obrigação em face do sujeito alheio à relação contratual violada no conflito subjacente à situação de legítima defesa, o critério em análise não consegue explicar por que o potencial auxiliador necessário está liberado do seu dever de omitir a agressão antijurídica. Em outros termos: a legítima defesa seria apenas um direito à "defesa com as próprias mãos".[226]

5. CONCLUSÃO

Somente a exata compreensão do multifatorial processo de ponderação – convocado pela incontornável exigência de proporcionalidade em sentido estrito – no plano legislativo (*in abstracto*) está em condições de extirpar aquela "irritante impressão de que, na perspectiva da ideia de proteção de bens jurídicos, o autor da legítima defesa pode, para salvar seus próprios bens, ultrapassar o limite da proporcionalidade e destruir um *quantum* de bens alheios muito maior do que o proporcional".[227] Assim, a explicação da legítima defesa deve se concentrar na busca do fator de ponderação que torna o interesse do defensor mais pesado do que o interesse do agressor, de modo a fazer a balança do juízo definitivo de ilicitude pender em seu favor. Uma importantíssima missão dogmática cujo satisfatório desempenho deve ser encontrado em uma concepção intersubjetiva – não meramente individual, muito menos supra – ou transindividual – capaz de ir mais fundo na *relatio* entre os envolvidos e tocar a matriz da juridicidade comunitariamente fundada: o feixe de recíprocas relações ontoantropológicas de cuidado de perigo, uma rede a entrelaçar – através dos filamentos do princípio da segurança de todos os cidadãos – o agressor, o Estado e o defensor.

Antes do remate, convém retornar brevemente ao início de nosso percurso. Como visto, as chamadas "restrições ético-sociais" foram a fagulha que reacendeu nas últimas décadas o debate – desta vez mais forte do que nunca – sobre a *ratio* da legítima defesa. Esta conexão parte da premissa de que estes novos limites seriam "imanentes", vale dizer, deduzidos dos próprios princípios fundamentantes da legítima defesa.[228] Contudo, as críticas aqui esgrimidas contra as diversas tentativas de fundamentação do direito do defensor mostram a inviabilidade daquela pretensa relação de derivação. Na maioria dos casos, as de-

226. SENGBUSCH, René. Op. cit., p. 128.

227. PAWLIK, Michael. Die Notwehr... cit., p. 262-263.

228. Sobre esta interpretação, ainda dominante: MITSCH, Wolfgang. Nothilfe gegen provozierte... cit., p. 539.

nominadas "restrições ético-sociais"[229] resultam de critérios externos, alheios à permissão da legítima defesa – nomeadamente através da exigência de mínima solidariedade. Quando internos, tais "limites" adicionais fundam-se no exercício abusivo do direito ou na subsidiariedade do auxílio necessário.[230] Diante da economia do presente trabalho, o desenvolvimento formal e material destas ideias só poderá ser tema de um próximo estudo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALWART, Heiner. Zum Begriff der Notwehr. *JuS* 36. p. 953-958, 1996.

AMELUNG, Knut. Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen. *GA* 129. p. 382-403, 1982.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

BITZILEKIS, Nikolaos. *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

CARVALHO, Américo Taipa de. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1968. vol. II.

COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

_____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____. Poder e direito penal (atribulações em torno da liberdade e da segurança). *RLJ* 3942. p. 151-158, 2007.

COURAKIS, Nestor Constantin. *Zur sozialethischen Begründung der Notwehr*. Baden-Baden: Nomos, 1978.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

ENGLÄNDER, Armin. *Grund und Grenzen der Nothilfe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

ERB, Volker. Notwehr als Menchenrecht. *NStZ* 25. p. 593-602, 2005.

229. Se o defensor está obrigado a se esquivar ou até mesmo a suportar leves danos, na verdade não existe sequer um direito de legítima defesa suscetível de restrição, mas apenas um direito de intervenção nos termos do estado de necessidade defensivo. Assim: HRUSCHKA, Joachim. Extrasystematische... cit., p. 205-206, onde sublinha que a relação de complementaridade entre a legítima defesa e o estado de necessidade defensivo "materialmente vem sendo praticada há muito tempo, embora não seja hoje verbalmente reconhecida".

230. No mesmo sentido, com detalhes: ENGLÄNDER, Armin. Op. cit., p. 312-371.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale.* 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2001.

FREUND, Georg. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 2. Auflage. Berlin: Springer, 2009.

FRISTER, Helmut. Die Notwehr im System der Notrechte. *GA* 135. p. 291-316, 1988.

GROPP, Walter. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 3. Auflage. Berlin: Springer, 2005.

GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß.* Köln: Carl Heymanns, 1983.

HAAS, Robert. *Notwehr und Nothilfe.* Frankfurt am Main: Peter Lang, 1978.

HASSEMER, Wilfried. Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts. In: KAUFMANN, Arthur et al (Hrsg.) *Festschrift für Paul Bokkelmann.* München: Beck, 1979.

HERZOG, Felix. Notwehr. In: KINDHÄUSER, Urs et al (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar.* Band I. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2005.

HIRSCH, Hans-Joachim. Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs. In: JESCHECK, Hans-Heinrich; LÜTTGER, Hans (Hrsg.). *Festschrift für Eduard Dreher.* Berlin: Walter de Gruyter, 1977.

HOYER, Andreas. Das Rechtsinstitut der Notwehr. *JuS* 28. p 89-96, 1988.

HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal.* Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.

_____. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode.* Berlin: Walter de Gruyter, 1983.

_____. Extrasystematische Rechtfertigungsgründe. In: JESCHECK, Hans-Heinrich; LÜTTGER, Hans (Hrsg.). *Festschrift für Eduard Dreher.* Berlin: Walter de Gruyter, 1977.

_____. Rettungspflichten in Notstandssituationen. *JuS* 19. p. 385-393, 1979.

JÄGER, Christian. Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipen im Strafrecht. Heidelberg: C.F. Müller, 2006.

JAKOBS, Günther. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* 5. Auflage. Berlin: Ducker & Humblot, 1996.

KARGL, Walter. Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr. *ZStW* 110. p. 38-68, 1998.

KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie.* Göttingen: Schwartz, 1954.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2008.

_____. Zum sog. "unerlaubten" Risiko. In: BLOY, René et al (Hrsg.). *Festschrift für Manfred Maiwald.* Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

KLOSE, Peter. Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot. *ZStW* 89. p. 61-102, 1977.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1997.

KORIATH, Heinz. Einige Gedanken zur Notwehr. In: BRITZ, Guido et al (Hrsg.). *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*. München: Beck, 2001.

KRATZSCH, Dietrich. Der "Angriff". Ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts. *StV* 7. p. 224-229, 1987.

_____. *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1968.

KRAUSE, Friedrich-Wilhelm. Zur Problematik der Notwehr. In: FRISCH, Wolfgang et al (Hrsg.). *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*. Köln: Carl Heymanns, 1978.

KREY, Volker. Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern. *JZ* 34. p. 702-715, 1979.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. München: Vahlen, 2008.

_____. Notwehr und Nothilfe. *JuS* 33. p. 177-183, 1993.

KUHLEN, Lothar. Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe. *GA* 155. p. 282-298, 2008.

LENCKNER, Theodor. "Gebotensein" und "Erforderlichkeit" der Notwehr. *GA* 115. p. 1-10, 1968.

LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln: Carl Heymanns, 1999.

_____. Die Notwehr. In: WIDMAIER, Gunter et al (Hrsg.). *Festschrift für Hans Dahs*. Köln: Otto Schmidt Verlag, 2005.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUDWIG, Dominik. *"Gegenwärtiger Angriff", "drohende" und "gegenwärtige Gefahr" im Notwehr – und Notstandsrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1991.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*. 4. ed. Milani: Cedam, 2001.

MERKEL, Reinhard. § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts. *JZ* 62. p. 373-385, 2007.

_____. Folter und Notwehr. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (Hrsg.). *Festschrift für Günther Jakobs*. Köln: Carl Heymanns, 2007.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht. Ein Lehrbuch*. 3. Auflage. München: Duncker & Humblot, 1949.

MILITELLO, Vincenzo. La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o transfigurazione? *RIDPP* 49. p. 826-862, 2006.

MITSCH, Wolfgang. Nothilfe gegen provozierte Angriffe. *GA* 133. p. 533-546, 1986.

_____. Notwehr gegen fahrlässig provozierten Angriff. *JuS* 41. p. 751-755, 2001.

MONTENBRUCK, Axel. *Thesen zur Notwehr*. Heidelberg: C. F. Müller, 1983.

MOURA, Bruno. Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 87. p. 7-37. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2010.

_____. *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. Dissertação de mestrado, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2011.

_____. Legítima defesa "simbólica"? Ao mesmo tempo, sobre a valência da lógica dos lugares inversos. *Revista de Estudos Criminais* 44. p. 169-197, 2012.

MÜSSIG, Bernd. Antizipierte Notwehr. Das Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriff als Kriterium objektiver Zurechnung. *ZStW* 115. p. 224-249, 2003.

NOLL, Peter. Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung. *ZStW* 77. p. 1-36, 1965.

_____; TRECHSEL, Stefan. *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2. Auflage. Zurich: Schulthess Verlag, 1986.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 6. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 2000.

_____. Rechtsverteidigung und Rechtsmissbrauch im Strafrecht. In: HERREN, Rüdiger et al (Hrsg.) *Festschrift für Thomas Würtenberger*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

PALERMO, Omar. *La legítima defensa. Una revisión normativista*. Atelier: Barcelona, 2006.

PAWLIK, Michael. Die Notwehr nach Kant und Hegel. *ZStW* 114. p. 260-299, 2002.

_____. Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte. *GA* 150. p. 12-24, 2003.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Notstand und Notwehr*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

_____. Intra – und extrasystematische Rechtfertigungsgründe. In: JOERDEN, Jan (Hrsg.). *Festschrift für Joachim Hruschka*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

ROXIN, Claus. Die "sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts". *ZStW* 93. p. 68-104, 1981.

_____. Rechtfertigungs – und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen. *JuS* 6. p. 425-433, 1988.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. München: Beck, 2006.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff. *JuS* 9. p. 461-466, 1969.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. 2. Auflage. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1975.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*. 2. Auflage. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1984.

_____. Die Begründung der Notwehr. *GA* 138. p. 96-139, 1991.

_____. Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht. In: KÜPER, Winfried (Hrsg.). *Festschrift für Karl Lackner*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

SCHRÖDER, Horst. Zur Verteidigung der Rechtsordnung. *JZ* 26. p. 241-244, 1971.

SEELMANN, Kurt. Grenzen privater Nothilfe. *ZStW* 89. p. 36-60, 1977.

SENGBUSCH, René. *Die Subsidiarität der Notwehr*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

STRATENWERTH, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4 Auflage. Köln: Carl Heymanns, 2000.

SUPPERT, Hartmut. *Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage"*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1973.

WAGNER, Heinz. *Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

WARDA, Günter. Die Geeignetheit der Verteidigungshandlung bei der Notwehr. Strittiges in der aktuellen Diskussion. *ZStW* 143. p. 405-423, 1996.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Legítima defesa exclui possibilidade de prisão, de Adriano Marrey – *RT* 665/386; e
- Legítima defesa: necessidade e moderação dos meios; englobamento ou separação dos quesitos; reconhecimento ou negativa da excludente, de Luiz Vidal da Fonseca – *RT* 768/479.

- Apreciação alternativa da acidentalidade e da legítima defesa, no Tribunal do Júri, de Basileu Garcia, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*, organizada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 4, p. 117;
- Legítima defesa, de Fernando de Almeida Pedroso, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 2, p. 1213;
- Legítima defesa e prisão em flagrante, de José Damião Pinheiro Machado Cogan, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*, organizada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 2, p. 1137; e
- Questionário da legítima defesa, de Gastão de Moura Maia Filho, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*, organizada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 4, p. 169.

FUNDAMENTOS DO ONTOLOGISMO: A RELEVÂNCIA EPISTEMOLÓGICA DA AÇÃO PARA O DIREITO PENAL

3

Fundaments of ontologism: the epistemological relevance of action for Criminal Law

CLÁUDIO RIBEIRO LOPES

Mestre em Direito - Tutela de Direitos Supraindividuais pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Direito e Sociedade pela Universidade do Oeste Paulista. Professor Assistente na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

ALEXIS ANDREUS GAMA

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pibic voluntário 2010-2011 com o plano de trabalho intitulado Bases de Construção das Teorias do Delito e da Pena. Membro de Grupo de Pesquisa UFMS/CNPq.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Pretende-se abordar as particularidades da teoria da ação finalista, que inspira o Código Penal brasileiro desde a reforma de 1984, erigindo seus preceitos fundamentais, após expor e criticar brevemente as demais teorias da ação e suas respectivas premissas e consequências jurídico penais.

PALAVRAS-CHAVE: Ação - Ontologismo - Normativismo - Epistemologia - Crítica.

ABSTRACT: This study aims at analyzing some features of the finalist action theory, which has inspired the Brazilian Criminal Code since its renewal in 1984, establishing its fundamental precepts, after briefly presenting and criticizing other action theories and their premises and legal-criminal consequences.

KEYWORDS: Action - Ontologism - Normativism - Epistemology - Criticism.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As teorias da ação – 3. Particularidades da teoria da ação finalista – 4. Possíveis bases de sustentação do finalismo: 4.1 Relação entre natureza das coisas e estruturas lógico objetivas; 4.2 A teoria do injusto pessoal; 4.3 O conceito dogmático quadripartido de delito – 5. Conclusões articuladas.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal pode ser dividido em quatro partes, para fins didáticos: os princípios penais fundamentais, a teoria da lei penal, a teoria jurídica do delito e a teoria jurídica da pena. Dentro da teoria do delito situam-se as teorias ou doutrinas da ação, que buscam tratar tanto da ação em sentido estrito quanto da omissão.

As doutrinas da ação avultam em importância dentro do Direito Penal quando se considera que é muito mais seguro para o indivíduo que lhe sejam proibidas e censuradas apenas suas condutas, mas, não seu estado de espírito, sua forma de ser, sua personalidade, sua posição social ou condição econômica. O Direito Penal do fato, que é buscado no estudo da ação humana é sustentáculo de um Estado Democrático de Direito e é totalmente oposto ao Direito Penal do autor, em que se punem as pessoas pelo que elas são e não pelo que elas fizeram (PRADO, 2010, p. 270).[1]

Com efeito, as teorias da ação tem a função de, ao lado dos demais princípios fundamentais de Direito Penal, limitar o direito de punir do Estado, garantindo ao máximo os direitos do homem dentro da dialética de proteção de bens jurídicos. Dessa forma, o ponto de partida para a formação de uma filosofia da conduta é comprovar se ela tem realmente o condão de impor parâmetros e indicar o caminho para o justo exercício do *ius puniendi* estatal, sob pena de restar inválida qualquer teoria dentro do subsistema de Direito Penal (TAVARES, 2007, p. 138).[2]

O finalismo ou ontologismo, por sua vez, apresenta uma teoria da ação nascida no processo histórico de reação aos sistemas jurídicos autoritários e aceito por pensadores do Direito cansados dos grilhões dos regimes ditatoriais e ansiosos por construir sociedades livres e democráticas em seus países.

---

1. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1.º a 120*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 270.

2. TAVARES, Juarez. Apontamentos sobre o conceito de ação. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 138.

As inovações feitas pela doutrina da ação finalista dentro do Direito Penal são fruto da oposição feita às doutrinas antecedentes, cujas premissas já haviam se mostrado incongruentes e necessitavam de outra corrente de pensamento que abolisse os pressupostos errôneos, buscando estabelecer uma nova forma de compreender o subsistema jurídico penal e que pudesse conduzir a uma condição concreta de segurança jurídica.

Propõe-se, ao fim, que a dogmática finalista apresenta alguns princípios basilares, verdadeiras bases de sustentação da teoria, vinculadas ao método denominado ontologista e que se refletem em todas as áreas do Direito Penal, como condição de edificação de um ordenamento jurídico respeitador da dignidade do ser humano.

2. AS TEORIAS DA AÇÃO

É ponto pacífico na Ciência Penal começar a exposição das teorias da ação pela teoria causal naturalista, nascida ao final do século XIX, pela obra de Franz Von Liszt e defendida por Beling e Radbruch (BITENCOURT, 2009, p. 229).[3] Essa teoria foi fortemente influenciada pelos ideais do positivismo jurídico e pelos métodos das ciências físico naturais, como decorrência do progresso das pesquisas científicas, na física, biologia e astronomia e do deslumbramento do ser humano pelos resultados alcançados por tais ciências (BRANDÃO, 2008, p. 123).[4] Como se salienta, a teoria evolucionista de Charles Darwin, apesar de nascer destinada às ciências naturais, não deixou de muito influenciar os estudiosos do direito e sociologia na época, inclusive Von Liszt (ASHTON, 1997, p. 448).[5]

Para os causais naturalistas, ação é o movimento corporal e voluntário, causador de uma modificação no mundo exterior. O núcleo da teoria consiste na relação de causalidade objetiva entre o movimento (inervação muscular) e o resultado obtido (VON LISZT, 2003, p. 223-224).[6] A voluntariedade é elemento da ação, ao lado do movimento corporal e do resultado, porém não é analisada

3. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 1, p. 229.

4. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123.

5. ASHTON, Peter Walter. As principais teorias de direito penal, seus preponentes e seu desenvolvimento na Alemanha. *RT* 742/448. São Paulo: Ed. RT, ago. 1997.

6. VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. e comentários José Higino Duarte Pereira, atual. e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003. p. 223-224. t. I.

em seu conteúdo (a finalidade), que é transportada para a culpabilidade (VON LISZT, 2003, p. 275).[7] Esta, por sua vez, configura-se no liame subjetivo entre o agente e a ação, tomando para si os elementos psicológicos da vontade humana, dolo e culpa (VON LISZT, 2003, p. 277, 290-291).[8]

Assim, a ação é dividida em dois momentos: um objetivo e externo, envolvendo a conduta e o resultado, ou seja, a tipicidade e a ilicitude, e outro interno e subjetivo, caracterizado pela culpabilidade, local de residência do conteúdo psicológico da vontade (BITENCOURT, 2009, p. 229).[9]

Posteriormente à causal naturalista surge a teoria causal valorativa, que nasceu da influência neokantiana sobre as ideias naturalistas da época, tendo sido desenvolvida por Mezger, Frank e Sauer. Percebeu-se a existência de elementos valorativos na conduta, pois esta requereria um resultado com relevância jurídica, com impacto social positivo ou negativo. A ação passa a ser a conduta humana atuante da vontade no mundo exterior, mas, prescindindo, totalmente, do conteúdo da vontade, nos estritos moldes causalistas da época (MUÑOZ CONDE, 1988, p. 13).[10]

Frank foi o responsável por inserir na culpabilidade um novo elemento, a reprovabilidade, através da exigibilidade de conduta diversa, que passou a ladear dolo e culpa e a imputabilidade, nascendo a culpabilidade psicológico normativa (PRADO, 2010, p. 274).[11]

Apesar dos avanços dessa teoria, vale dizer que ela se manteve, em inúmeros pontos, idêntica à teoria causal anterior, como na divisão dos momentos externo e interno da ação e na manutenção dos elementos subjetivos, dolo e culpa, na culpabilidade.

Por outro lado, outra teoria, a social da ação, trouxe um novo elemento ao conceito, qual seja, a relevância social da conduta. Teóricos como Eb. Schimidt, Jescheck e Wessels, definiam a ação como o movimento causador de um resultado socialmente relevante (PRADO, 2010, p. 274).[12]

Tal teoria tem grande influência em outra, nascida com Welzel, e defendida por Jescheck, a da adequação social da ação. Segundo esta, a ação não pode ser

---

7. Idem, p. 275.
8. Idem, p. 277, 290-291.
9. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 229.
10. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 13.
11. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 274.
12. Idem, p. 274.

tipificada, tornar-se ou ser mantida como crime, se a sociedade tiver por normal ou tolerável tal comportamento (PRADO; CARVALHO, 2006, p. 436).[13]

Como consequência, porém, da teoria social da ação há a possibilidade de tipos penais serem abolidos por um costume da sociedade, ao se tornarem aceitos por ela. Essa destipificação seria, ainda, em primeiro plano, executada pelos juízes, ao invés dos legisladores, causando grande confusão e insegurança na ordem jurídica vigente. Este talvez seja o principal motivo, ao lado de outros, que tenha impedido esta teoria de obter maior aceitação, além do fato de que essa parte do pensamento finalista não ter sido desenvolvida tanto quanto os postulados da doutrina do injusto e da culpabilidade.

Entre 1930 e 1960, Hans Welzel desenvolveu a doutrina da ação finalista, como reação ao positivismo jurídico do naturalismo causal e ao relativismo axiológico das teorias causais neokantistas (BITENCOURT, 2009, p. 75-76).[14] Os primeiros postulados finalistas foram expressos por Welzel em seu artigo "Causalidade e ação" e tiveram grande influência da psicologia do pensamento, cujo principal expoente foi o filósofo Richard Hönigswald, apesar de muitos críticos, equivocadamente, atribuírem o sistema finalista à ontologia de N. Hartmann (WELZEL, 2009, p. 7-8).[15]

Como exemplo, tem-se o posicionamento de Carlos Martínez-Buján Pérez, ao dizer que o finalismo se inspirou fundamentalmente no pensamento de Hartmann (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 1),[16] o que é negado pelo próprio Welzel. Em seu artigo original, o finalista emprega o termo intencionalidade da ação, ao invés de finalidade, mas já atribuindo a ela a importância que teria para a construção de sua dogmática. No término do texto, ele conclui que é a relação teleológica entre sujeito e resultado, caracterizada pela intencionalidade, que possibilita a valoração jurídico penal, e não as relações causais (WELZEL, 2003, p. 123-124).[17]

---

13. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. *RT* 844/436. São Paulo: Ed. RT, fev. 2006.

14. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 75-76.

15. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad., prefácio e notas Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 7-8.

16. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A "concepção significativa da ação" de T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1.

17. WELZEL, Hans. *Causalidad y accion. Estudios de derecho penal*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo: IBdeF Ltda., 2003. p. 123-124.

Hans Welzel diz que "a ação humana é exercício de uma atividade final" (WELZEL, 2009, p. 29).[18] O homem é capaz de prever parte das consequências de sua conduta. A ação, nessa perspectiva, não é apenas o resultado causal natural de um comportamento, mas, fundamentalmente, a vontade finalista dirigindo a causalidade dos fatos ao objetivar certo resultado. Substitui-se a cegueira da causalidade pela vidência da finalidade, que passa a ser o núcleo da ação humana (PRADO, 2010, p. 275-279).[19]

As principais consequências da doutrina da ação finalista são: a inclusão do dolo e culpa na tipicidade, o conceito pessoal de injusto (condições pessoais do agente, desvalor da ação e resultado), a culpabilidade puramente normativa e o respeito incondicional à condição do homem como um ser livre e responsável (BITENCOURT, 2009, p. 233).[20] Por se tratar de ponto fundamental neste trabalho, tais peculiaridades serão discutidas à parte, em item posterior.

Não obstante, a partir da década de 1970 do século passado, surgem teorias desenvolvidas por Claus Roxin e Günther Jakobs, as quais recebem mais de um nome dado pela dogmática. Ambas as teorias são chamadas de normativistas, por afastarem o Direito Penal do ontologismo de Welzel, quer aproximando-se gradativamente das razões estatais de política criminal ou fundando-se em bases exclusivamente normativas (BITENCOURT, 2009, p. 79).[21] Assim, o normativismo roxiniano é chamado de dualista ou teleológico funcional, pois que liga as decisões político criminais a elementos axiológicos externos e aos fins da pena; já, o normativismo de Jakobs é denominado monista ou funcionalista sistêmico, mais radical, que exclui os elementos externos ao sistema criminal e propõe sua renormativização, baseada, exclusivamente, no fim de preservação da ordem jurídica (BITENCOURT, 2009, p. 80-81).[22]

Dá-se também o nome de teoria personalista da ação ao pensamento teleológico funcional, uma vez que compreende a ação como a exteriorização da personalidade do agente, como reflexo de seu estado anímico ou espiritual (PRADO, 2010, p. 280).[23] Já, a teoria funcionalista sistêmica entende a ação como a produção de um resultado individualmente evitável, sendo denominada por teoria da evitabilidade individual (PRADO, 2010, p. 281).[24]

---

18. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 29.
19. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 275-279.
20. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 233.
21. Idem, p. 79.
22. Idem, p. 80-81.
23. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 280.
24. Idem, p. 281.

Ressalta-se que ambas as teorias normativistas, principalmente a de Jakobs, podem levar a resultados tormentosos. Tal pensamento, ao preocupar-se em demasia com os fins de funcionamento e preservação do sistema social pelo Direito Penal, acaba se distanciando da noção de ser humano enquanto pessoa e da proteção de bens jurídicos fundamentais, reduzindo o homem à mera peça na sociedade e protegendo interesses mais caros à política criminal; tais características as tornam muito próximas de uma ordem jurídica totalitária (LOPES, 2010).[25]

No final do século XX, Tomás Salvador Vivés Antón apresentou os fundamentos de uma nova teoria da ação, que passou a ser chamada de concepção significativa da ação (BITENCOURT, 2009, p. 237).[26] Tal pensamento foi essencialmente inspirado na teoria da ação comunicativa, operada por Wittgenstein, e na metodologia de análise cientifica de Habermas. Assim, pretende-se dar destaque à ação e à linguagem, ao invés do indivíduo, erigindo como pressuposto a liberdade de ação e como forma de interpretação as regras gramaticais (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 8-9).[27]

Em oposição ao ontologismo, não se propõe a ação como algo que existe no mundo real (substrato) e é executado pelos homens, mas, como algo dotado de um significado (sentido), expresso por um sistema de regras. Nas palavras de Martínez-Buján, a ação "já não será o substrato de um sentido, mas ao contrário, o sentido de um substrato" (2007, p. 10-12).[28]

A conduta humana é vista como consequência da sociabilidade dos indivíduos, por serem eles entes em constante comunicação. A sociabilidade da conduta é materializada tipicamente, ao passo que as normas vinculam sua proibição aos elementos que possam violar essa sociabilidade, causando conflitos sociais (TAVARES, 2007, p. 154).[29]

Tem crescido o número de adeptos desta teoria na doutrina brasileira, porém, ela ainda não se mostrou capaz de alcançar seu objetivo: elaborar um sistema mais eficaz e que elimine os erros das doutrinas anteriores, sem incorrer em outros (PRADO, 2010, p. 284).[30]

Cabe fazer, por fim, uma síntese crítica das teorias mais opostas ao finalismo, as causais e as funcionais. Segundo Welzel, o principal defeito das teorias

25. LOPES, Cláudio Ribeiro. *O mínimo ético-penal e os fins da pena: uma abordagem à luz do finalismo*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 15.04.2010.

26. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 237.

27. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit., p. 8-9.

28. Idem, p. 10-12.

29. TAVARES, Juarez, p. 154.

30. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 284.

causais é não conceber a função constitutiva da vontade, na composição da ação, e consequentemente, transformar a conduta em mero processo causal (WELZEL, 2009, p. 38).[31] Ora, com a divisão da ação em dois processos estanques, um objetivo e outro subjetivo, com o deslocamento de todos os elementos subjetivos, inclusive a vontade, para a culpabilidade, a própria ação resta destituída de todo seu conteúdo, culminando com a despersonalização do injusto (BRANDÃO, 2008, p. 125).[32]

As teorias causais também não conseguiram explicar os delitos culposos satisfatoriamente, pois não reconheceram que o centro desses delitos está na ação defeituosa, não no resultado obtido (WELZEL, 2009, p. 41).[33]

Fica claro ainda que tais teorias apresentam, desde o início, um erro de método, pois, como diz Claudio Brandão, tentam aplicar ao Direito o processo de conhecimento das ciências naturais, a explicação, ao invés do processo gnosiológico das ciências humanas, a compreensão (2008, p. 131).[34]

Já o equívoco das teorias funcionalistas é centrar na norma, e não na ação humana, o subsistema jurídico penal, colocando em segundo plano as garantias fundamentais estabelecidas pelo Direito Penal através dos tempos (BRANDÃO, 2008, p. 132).[35] O que importa ao normativismo, como o nome bem já diz, é a própria norma, a sua estabilização e não a relevância do bem jurídico que ela visa proteger. Com efeito, o funcionalismo sistêmico, vertente mais radical dessa teoria da ação, já demonstrou onde pode desembocar: a pior criação da Ciência Penal moderna, o Direito Penal do inimigo. Nesse sistema, com o objetivo de resguardar a ordem normativa e social, permite-se discriminar alguns indivíduos, ao ponto de não considerá-los seres humanos e lhe serem negadas as garantias individuais fundadas no princípio da dignidade humana (BUSATO, 2007, p. IX-XI).[36]

3. PARTICULARIDADES DA TEORIA DA AÇÃO FINALISTA

Em decorrência do método de analise ontológico da ação, o finalismo resultou em conclusões sobre a teoria do crime, bastante diferentes do que até então havia sido exposto.

---

31. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 38.
32. BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 125.
33. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 41.
34. BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 131.
35. Idem, p. 132.
36. BUSATO, Paulo César apud MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit., p. IX-XI.

A primeira dessas consequências a tratar é a inclusão do dolo e da culpa na tipicidade, antes atribuídos à culpabilidade. Luis Gracia Martín afirma que, conforme a estrutura ontológica da ação, representada pela finalidade, determina o objeto e o controle das normas, e essas normas não podem ter como objeto nada além de ações finais; a vontade deve estar imediatamente incluída nos juízos de antinormatividade e ilicitude da conduta. Ou seja, as estruturas lógico objetivas condicionam toda e qualquer valoração que se pretenda fazer sobre os fatos, isto é, os elementos volitivos dolo e culpa devem ser considerados como elementos do tipo, face a necessidade de um conceito pessoal de injusto, se se pretende, realmente, criar um ordenamento jurídico capaz de orientar o comportamento humano (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 9).[37]

Bitencourt refere-se à tipicidade da doutrina finalista como sendo a quinta fase da mesma, em referência a classificação de Jiménez de Asúa. O tipo penal se torna uma entidade complexa, composta de parte objetiva, a descrição legal da conduta, e parte subjetiva, dolo e culpa, junto com quaisquer outros elementos subjetivos (2009, p. 273).[38] Tal divisão é, contudo, apenas pedagógica, pois na realidade o tipo é indivisível, não se verificando nenhuma oposição entre tipo objetivo e subjetivo (PRADO, 2010, p. 328).[39] É devido a tal inclusão, que modernamente se fala em tipo penal doloso e tipo penal culposo (BITENCOURT, 2009, p. 273).[40]

Ainda, no campo da tipicidade, convém lembrar a teoria adotada por Welzel, ao relacioná-la com a ilicitude, denominada de teoria indiciária. Segundo o finalismo, a tipicidade é indiciária da antijuridicidade, é sua razão cognoscível, *ratio cognoscendi* (PRADO, 2010, p. 322).[41] Assim, se determinada conduta é típica, nasce forte indício de que ela seja também ilícita, a não ser que concorra uma causa excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade). Esse forte indício de ilicitude é orientado pela própria tipicidade.

Como corolário da retirada do dolo e da culpa da culpabilidade, para incluí-la no tipo penal, a teoria finalista obteve a culpabilidade puramente normativa. Como se viu, a culpabilidade, para os adeptos da teoria causal valorativa, era psicológico normativa, pois apesar de já inserir um elemento normativo

37. GRACIA MARTÍN, Luis. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. *RCP* 2/9. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2005.

38. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 273.

39. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 328.

40. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 273.

41. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 322.

(exigibilidade de conduta diversa), ainda mantinha os elementos subjetivos em sua composição (PRADO, 2010, p. 274).[42]

Para a doutrina finalista, retiram-se da culpabilidade os elementos anímicos, psicológicos, espirituais, para centrá-la na reprovabilidade do autor por sua conduta (PRADO, 2010, p. 384).[43] "Culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade" (WELZEL, 2009, p. 95).[44] É a censura que se faz sobre o indivíduo, por não ter agido conforme o Direito, quando podia fazê-lo (WELZEL, 2009, p. 87).[45]

A culpabilidade – normativa pura – se funda, decorrendo dessa perspectiva o seu nome, em três elementos normativos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta conforme ao Direito (BITENCOURT, 2009, p. 370).[46]

A imputabilidade é a capacidade total de culpabilidade, de entender e querer o fato típico, tendo assim responsabilidade criminal. O imputável é aquele que pode responder criminalmente pelos atos que cometeu, podendo receber pena; é merecedor de pena (PRADO, 2010, p. 390).[47] Os elementos da imputabilidade são dois: a capacidade de compreender o injusto do fato, e a capacidade de decidir de acordo com essa compreensão. O primeiro fator é intelectual, enquanto o segundo é volitivo (WELZEL, 2009, p. 113).[48] A imputabilidade pode ser excluída pela falta de qualquer uma das capacidades acima, e então excluída a imputabilidade, a culpabilidade do indivíduo também se extingue.

A potencial consciência da ilicitude faz com que só exista culpabilidade, se o agente conhecia ou podia tomar conhecimento de que sua conduta era contrária ao Direito (BITENCOURT, 2009, p. 375).[49] Ou seja, não se exige do autor a consciência atual da ilicitude naquele momento exato (conhecia), mas apenas a potencial consciência (podia tomar conhecimento). Tampouco é exigido o conhecimento a respeito das leis penais, dos tipos penais, pois essa potencial consciência advém do conhecimento profano, vulgar, isto é, do homem comum, de que determinada conduta não é correta, se opõe ao Direito como um

42. Idem, p. 274.
43. Idem, p. 384.
44. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 95.
45. Idem, p. 87.
46. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 370.
47. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 390.
48. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 113.
49. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 375.

todo (PRADO, 2010, p. 393).[50] Assim, se o agente não dispunha, no momento de sua ação, de qualquer capacidade de saber que a conduta era ilícita, faltava-lhe potencial consciência da ilicitude, ficando excluída sua culpabilidade. É o que se chama de erro de proibição inevitável ou escusável, que segundo o art. 21 do CP, isenta o indivíduo de pena (tecnicamente, exclui a sua culpabilidade).

A exigibilidade de conduta diversa é elemento que decorre do próprio conceito de culpabilidade, pois esta é a reprovabilidade que se faz a alguém por não ter agido conforme ao Direito, quando era exigível fazê-lo, e, por isso, é o elemento mais importante da reprovabilidade (WELZEL, 2009, p. 151).[51] Deduz-se que se não houver tal exigibilidade, se o autor, por qualquer razão, estiver impedido de uma atitude lícita, não há culpabilidade. Essa capacidade de agir de outra maneira deve ser analisada no caso concreto, e não de maneira geral; assim, aquela pessoa, naquelas circunstâncias não devia e podia tomar outra atitude (WELZEL, 2009, p. 151).[52]

O conceito pessoal de injusto é elementar e coerente à doutrina finalista. Ele é formado pelos caracteres pessoais do agente, pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado (PRADO, 2010, p. 280),[53] com objetivo de que o indivíduo seja responsabilizado e punido precisamente por aquilo que ele cometeu, considerando o conjunto de circunstâncias em que se encontrava. Assim, chega-se a conclusão de que ninguém comete um crime idêntico ao de outro alguém, cada pessoa merece avaliação individualizada daquilo que fez.

O desvalor da ação é composto pelo desvalor da intenção, elemento subjetivo, e pela forma de praticar o crime, o *modus operandi*, elemento objetivo (PRADO, 2010, p. 325).[54] Exemplo claro de condutas com maior desvalor da ação são alguns tipos penais qualificados, em relação aos tipos simples ou básicos. Assim, a ação é mais desvalorada em um homicídio cometido com meio insidioso ou cruel, do que em um homicídio cometido de forma instantânea, com menor sofrimento possível da vítima.

O desvalor do resultado configura-se na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal (BITENCOURT, 2009, p. 323),[55] ao grau, qua-

50. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 393.

51. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 151.

52. Idem, p. 151.

53. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 280.

54. Idem, p. 325.

55. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 323.

litativo e quantitativo, da ofensa causada ao interesse protegido. Se o sujeito rouba todo o dinheiro de um supermercado, ou, provocando um incêndio, mata centenas de pessoas, há maior desvalor do resultado do que se tivesse roubado uma caixa registradora do estabelecimento, ou matado uma só pessoa.

Welzel, ao falar sobre os delitos culposos, só considerou como constituinte do injusto o desvalor da ação, esquecendo-se do desvalor do resultado, o que tem sido apontado e corrigido por seus discípulos, como José Cerezo Mir (2009, p. 15-16).[56] Tal abandono do desvalor do resultado por Welzel, talvez tenha decorrido da sua intenção de romper com os postulados causalistas, que apenas consideravam este último desvalor.

Luis Gracia Martín é categórico ao afirmar que não existe desvalor da ação sem desvalor do resultado, nem desvalor do resultado sem desvalor da ação, pois é impossível haver um desvalor da ação em si mesma (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 23).[57] Tal posição ortodoxa do finalismo é hoje relativizada, porque se admite, ainda que em raras exceções, desvalor da ação (intenção, procedimento) sem desvalor do resultado (lesão ou perigo de lesão a bem jurídico), porém não é possível, obviamente, haver desvalor do resultado desacompanhado de desvalor da ação (PRADO, 2010, p. 325).[58] Bitencourt ressalta que apesar de em alguns tipos penais, por motivos de política criminal, o legislador dar mais atenção a um desvalor do que a outro, o ideal é buscar-se um equilíbrio entre os dois (2009, p. 325).[59] A relação entre desvalor da ação e desvalor do resultado é essencial para a concepção personalizada do delito (PRADO, 2010, p. 325),[60] que será lembrado no próximo item, por se tratar de premissa basilar da dogmática finalista.

4. POSSÍVEIS BASES DE SUSTENTAÇÃO DO FINALISMO

Pretende-se neste item expor algumas premissas da dogmática ora estudada, que por sua importância e reflexos em todo o sistema penal de cunho finalista, devem ser alçadas à categoria de sustentáculos do finalismo. São elas: o conceito científico tripartido de delito, o conceito pessoal de injusto, e a vinculação do Direito Penal à natureza das coisas, manifestada através das estruturas lógico objetivas, e que condiciona o respeito integral à condição humana.

---

56. CEREZO MIR, José. Nota. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 15-16.
57. GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 23.
58. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 325.
59. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 325.
60. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 325.

Tais concepções não se relacionam propriamente, ou exclusivamente, a ação humana. Duas delas referem-se ao crime, enquanto a última consiste no método ontológico, proposto pela doutrina finalista, que irá fundamentar a construção de um sistema de regulamentação do comportamento humano pelo Direito, numa perspectiva eficaz e garantista, visando à segurança jurídica.

4.1 Relação entre natureza das coisas e estruturas lógico objetivas

Desde o início, o finalismo propôs a construção de um sistema baseado no método ontológico de análise dos fenômenos que o Direito Penal pretende regular (PRADO, 2010, p. 275).[61] Por ontologia entende-se uma "teoria ou ciência do ser enquanto ser, considerado em si mesmo, independentemente do modo pelo qual se manifesta" (BUENO, 1996, p. 468).[62]

Dessa metodologia decorre a problemática da vinculação do Direito Penal à natureza das coisas, ou seja, a realidade transcendental do mundo do ser, para que ele seja considerado eficaz e proteja a dignidade das pessoas a quem visa regular. Tal ideia já se encontrava em "Causalidade e ação", quando Welzel mencionou que "la naturaleza es posible solo como cosmos, como unidad ordenada, de la cual ella es real, porque está supeditada a los ordenamientos legales (racionales) que le 'prescriben' su unidad ordenada" (2003, p. 123-124).[63]

Natureza das coisas (*natur der sache*) é um tema bastante subjetivo, pois, como explica Cerezo Mir, o próprio termo coisa contém muitas acepções, o que implica em certa imprecisão quanto ao conteúdo da expressão. Inquestionável é que o Direito deve ater suas regulações àquilo que realmente existe, ou ainda, que o objeto das normas jurídicas são as situações humanas possíveis (1982, p. 41).[64]

Welzel propõe que não é o homem, dotado de capacidade intelectual, que estabelece a ordem do real, mas, sim, que ele vive imerso numa ordem real preexistente (a natureza das coisas), que pode ser apreendida pela existência das

---

61. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 275.

62. BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. rev. e atual. por Helena Bonito C. Pereira e Rena Signer. São Paulo: FTD Lisa, 1996. p. 468.

63. "A natureza é possível somente como cosmos, como unidade ordenada, da qual ela é real, porque está subordinada aos ordenamentos legais (racionais) que lhe determinam sua unidade ordenada" (trad. livre). WELZEL, Hans. Causalidad... cit., p. 123-124.

64. CEREZO MIR, José. *Problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1982. p. 41.

estruturas lógico objetivas (BITENCOURT, 2009, p. 76).[65] Estas, por sua vez, correspondem à acepção mais fundamental da natureza das coisas para o Direito Penal; vão além das leis naturais, para constituir-se em formas do ser às quais o legislador deve necessariamente respeitar, ao elaborar as normas, sob pena de que seu ordenamento resulte inválido (CEREZO MIR, 1982, p. 49).[66] Ainda nas palavras de Cerezo, "estruturas lógico objetivas (*sachlogische strukturen*) são estruturas da matéria de regulação jurídica destacas pela lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente na realidade, objeto do conhecimento" (CEREZO MIR, 1982, nota p. 10).[67]

Assim, o criador do finalismo expõe as estruturas lógico objetivas em sua obra, cujas principais são a ação final, e a culpabilidade (WELZEL, 2003).[68] A primeira é certamente a mais importante, pois obriga o legislador a sempre considerar a ação como exercício de atividade final, sem jamais prescindir do papel elementar da vontade (CEREZO MIR, 1995, p.39).[69] Na lição clara de Hans Welzel "do mesmo modo que o Direito não pode ordenar às mulheres que acelerem a gestação e que aos seis meses deem à luz crianças saudáveis, não pode proibir-lhes que sofram abortos. Pode exigir-lhes, ao contrário, que se comportem de modo que não se produza nenhum aborto e pode proibir-lhes que provoquem abortos. As normas do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalisticamente (consequentemente, ações) ou a omissão de tais atos" (WELZEL, 2003, p. 10).[70]

Günther Stratenwerth foi responsável por uma das mais claras definições das estruturas lógico objetivas. Segundo o referido autor, as estruturas pertencem à esfera do ser, porém se destacam da multidão de dados ontológicos, como essenciais a partir de determinado ponto de vista. E este ponto de vista, a ser adotado pelo Direito, é a concepção de pessoa como ser responsável, capaz de se orientar segundo os critérios da verdade, do sentido e do valor, como um ser aberto ao mundo (CEREZO MIR, 1982, p. 54-56).[71] É devido a isso que as estruturas lógico objetivas condicionam o respeito incondicional a dignidade da pessoa humana,

---

65. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 76.
66. CEREZO MIR, José. Op. cit., p. 49.
67. CEREZO MIR, José. Nota. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 10.
68. CEREZO MIR, José. Op. cit., p. 49-50.
69. CEREZO MIR, José. O finalismo, hoje. *RBCCrim* 12/39. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1995.
70. WELZEL, Hans. Causalidad... cit., p. 10.
71. CEREZO MIR, José. *Problemas fundamentales...* cit., p. 54-56.

por que uma vez que o legislador parta do ponto de vista do homem como ser responsável, deve necessariamente vincular suas normas às estruturas destacadas como essenciais, quais sejam, a ação finalista ou a culpabilidade.

A culpabilidade como estrutura lógico objetiva também requer a concepção de homem como ser responsável, pois só alguém capaz de orientar-se para fins e valores tem capacidade de entender uma norma, e cumpri-la ou transgredi-la (CEREZO MIR, 1982, p. 55).[72] Gracia Martín fala, ainda, em um aspecto a considerar, quando da análise da efetividade das normas de conduta, a liberdade dos seres humanos. Esta seria a força capaz de ratificar, ou frustrar, os fins de regulação dos sistemas jurídicos, dependendo das decisões de cada indivíduo (2006, p. 116).[73]

A doutrina, e o próprio Welzel, declaram que a vinculação do legislador às estruturas lógico objetivas é relativa, não sendo requisito de validade do ordenamento jurídico o respeito aos dados ontológicos (PRADO, 2010, p. 277).[74] Entretanto, é possível concluir que a vinculação do legislador à natureza das coisas, de maneira geral, não é relativa, e sim absoluta, já que a lei não pode exigir que as mulheres concebam seus filhos em perfeita saúde ao sexto mês de gestação, como exemplifica Welzel, nem obrigar que as pessoas passem a respirar embaixo d'água, sob pena de se constituir um aglomerado de normas jurídicas inúteis, porquanto alheias à realidade que pretendam governar.

Ainda que a vinculação às estruturas lógico objetivas não seja necessária para que o sistema de direito valha, o respeito a elas é condição para que as normas alcancem sua função e fins. O Direito que não atende às estruturas lógico objetivas resulta incongruente, incerto, incompleto, não chegando nem a ser Direito, e, sim, mera imposição de força (GRACIA MARTÍN, 2006, p. 13).[75]

Em conclusão, o ontologismo finalista estabelece um sistema eficaz e garantista, já que "el progreso de la teoría del Derecho penal es paralelo al conocimiento progresivo de las estrutucturas lógico-objetivas, vinculadas a la concepción del hombre como um ser responsable" (CEREZO MIR, 1982, p. 58).[76]

72. Idem, p. 55.

73. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introdución a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 116.

74. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 277.

75. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática*... cit., p. 13.

76. "O progresso da teoria do Direito Penal é paralelo ao conhecimento progressivo das estruturas lógico-objetivas, vinculadas à concepção do homem como um ser responsável" (trad. livre). CEREZO MIR, José. *Problemas fundamentales*... cit., p. 58.

4.2 A teoria do injusto pessoal

A já exposta concepção personalizada de injusto pode ser considerada como sustentáculo da doutrina finalista, uma vez que repercute em várias matérias da teoria geral do delito e é essencial para a garantia da dignidade da pessoa humana. Vê-se a importância da apreciação dos elementos pessoais do injusto (desvalor da ação e desvalor do resultado) tanto nos delitos dolosos, quanto nos culposos, e no tratamento da autoria e da participação.

Em contraposição às teorias causalistas, que centravam o delito no resultado externo obtido, ou seja, no desvalor do resultado, Welzel destacou a importância das condições pessoais da ação do agente para a consideração do delito, o desvalor da ação, compreendido pelo fim do autor, pelo seu procedimento, pelos deveres a que estava obrigado, e outros caracteres (2009, p. 81).[77] Assim, "o injusto é injusto da ação referido ao autor, é injusto pessoal" (WELZEL, 2009, p. 81).[78]

Discute-se na doutrina se a inclusão do dolo nos tipos dolosos, como decorrência da inclusão do desvalor da ação para a formação do injusto pessoal, é mesmo decorrência da estrutura ontológica da ação humana, ou seja, se a natureza das coisas obrigaria a consideração pessoal do injusto, posição adotada por Luis Gracia Martín (2006, p. 13).[79]

Jose Cerezo Mir discorda dessa posição porque imagina ser possível para um sistema finalista considerar apenas o desvalor do resultado dos delitos dolosos, obtendo um conceito despersonalizado de injusto (1982, p. 43).[80] Ora, tal compatibilidade entre o finalismo e o conceito não pessoal de delito não parece ser possível, pois um Código Penal que adotasse tal ponto de partida estaria prescindindo de uma premissa básica da dogmática finalista, qual seja, o respeito ao indivíduo enquanto pessoa responsável e capaz de se orientar segundo seus fins e valores. Alijar essa construção seria pouco coerente, do ponto de vista ontológico, e passível de interpretações normativistas consequentes, o que poderia desnaturar a perspectiva e o sistema de Welzel.

Convém relembrar que Welzel demonstrou que o centro dos delitos culposos também era o desvalor da ação, nesse caso, manifestada pela inobservância de um dever de cuidado. A ação é desvalorada porque o autor não agiu com

77. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 81.

78. Idem, p. 81.

79. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática...* cit., p. 13.

80. CEREZO MIR, José. *Problemas fundamentales...* cit., p. 43.

a diligência que o Direito lhe ordenou que tivesse (2009, p. 42).[81] O finalista, porém, excluiu o desvalor do resultado da constituição de tais delitos, o que passou a ser revisto, já que é necessário para a punição dos delitos culposos a existência de uma lesão à bem jurídico ligada a uma conduta descuidada, o que adiciona aos crimes culposos o desvalor do resultado.

Finalmente, Welzel afirmava que autor é todo aquele que tem o domínio do fato. Percebe-se que, para o finalismo, autor não é apenas aquele que comete a ação típica, mas também o que tem controle intelectual final do crime, o mandante. Assim, para que se considere o domínio do fato, é necessário incluir na análise do delito, além do dolo, outros elementos subjetivos da conduta; é necessário que se some ao desvalor do resultado o desvalor da ação. Este é a razão pela qual o conceito pessoal de delito se liga à concepção de autoria do finalismo, porque "aquele que possui o domínio do fato surge então como o centro pessoal do injusto" (CEREZO MIR, 1982, p. 48-49).[82]

4.3 O conceito dogmático quadripartido de delito

Desde o início convém salientar que Welzel defendia a divisão científica do crime em quatro elementos, como condição de racionalidade e segurança jurídica (BRANDÃO, 2008, p. 117).[83] Assim, para o finalismo, crime é a ação ou omissão, dotada de tipicidade, ilicitude e culpabilidade (BITENCOURT, 2009, p. 220).[84] Essa sequência de caracteres é obrigatória, pois o elemento antecedente será pressuposto dos seus sucessores. Assim, um comportamento humano só será ilícito se for típico, e só será culpável se for típico e ilícito (PRADO, 2010, p. 246).[85] Esse é o entendimento da maior parte dos penalistas brasileiros, como Cláudio Brandão (2008, p. 117),[86] Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 222),[87] Luiz Regis Prado (2010, p. 245),[88] Rogério Greco (2008, p. 146)[89] e Ângelo Ro-

81. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 42.
82. CEREZO MIR, José. *Problemas fundamentales...* cit., p. 48-49.
83. BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 117.
84. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 220.
85. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 246.
86. BRANDÃO, Cláudio. Op cit., p. 117.
87. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 222.
88. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 245.
89. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral.* 10. ed. Niterói: Impetus, 2008. vol. 1, p. 146.

berto Ilha da Silva (2006, p. 239),[90] e na Espanha, Luis Gracia Martín (2006, p. 255).[91] Assim, se o indivíduo tirar a vida de outro, terá cometido o tipo penal do homicídio, que será ilícito, ao menos que concorra uma causa excludente de ilicitude (exemplo: legítima defesa), e sendo ilícito, será também culpável, se o agente reunir em si todos os requisitos da culpabilidade (imputabilidade, consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa). Faltando qualquer um dos elementos desses elementos, não há crime, nem muito menos pena.

Há, contudo, no Direito Penal brasileiro corrente que não inclui a culpabilidade como elemento do crime, e afirma que ela é o mero pressuposto para a aplicação da pena (BATISTA, 2004, p. 129).[92] Assim, René Ariel Dotti (2005, p. 336-337),[93] Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 152),[94] Fernando Capez (2005, p. 112),[95] Julio Fabbrini Mirabete (2001, p. 97),[96] André Estefam (2006, p. 55),[97] José Geraldo da Silva (2007, p. 110),[98] Vitor Eduardo Rios Gonçalves (2007, p. 39),[99] dentre outros, entendem o crime apenas como a ação ou omissão típica e ilícita.

Há quem defenda que do pensamento do próprio Welzel se extraia a concepção denominada bipartida de delito, sendo esta a posição do finalismo genuíno (SILVA, 2007, p. 109).[100] O que ocorre, é que o último item do livro já citado de Welzel tem como título "a reprovabilidade como pressuposto da pena".

---

90. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. A culpabilidade como requisito do crime. *RCP* 5/239. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2006.

91. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática...* cit., p. 255.

92. BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *RCP 2/129*. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2004.

93. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal. Parte geral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 336-337.

94. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – Parte geral*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 1, p. 152.

95. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – Parte geral (arts. 1.º a 120)*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 1, p. 112.

96. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 97.

97. ESTEFAM, André. *Direito penal – Parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1, p. 55.

98. SILVA, Geraldo José Guimarães da. *Teoria do crime*. atual. por Samuel Marcos da Silva. 3. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 110.

99. GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *Direito penal, parte geral*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39.

100. SILVA, Geraldo José Guimarães da. Op. cit., p. 109.

Em nenhum momento, porém, o finalista diz que a culpabilidade seja o único, e nem apenas, a condição de aplicação da pena (WELZEL, 2009, p. 157-158).[101] Tanto porque, deve-se enfatizar que todos os elementos do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) são requisitos de aplicação de pena, ou seja, o próprio crime é o pressuposto para a pena (GRECO, 2008, p. 146).[102]

A inclusão da culpabilidade no conceito de delito tem grande importância por ser o único elemento do crime voltado para a pessoa que infringiu a lei. Com efeito, como explica Cláudio Brandão, reprovam-se as instâncias mais profundas daquele que cometeu crime: sua liberdade, capacidade e consciência. Então, para que o Direito Penal atenda ao princípio da dignidade humana, é fundamental que esteja inserido na estrutura do crime a condição de sua reprovabilidade pessoal, a culpabilidade (2004, p. 183),[103] se é que se pretende, realmente, a construção de um edifício conceitual científico penal que possa trazer consigo um mínimo ético social.

Fica claro então, que a denominada teoria bipartida do delito não é finalista, pois que nega um dos postulados da doutrina de Hans Welzel, sendo incapaz de sustentar as demais consequências dessa dogmática (LOPES, 2008, p. 87).[104] Para o verdadeiro finalismo, crime é a ação ou omissão típica, ilícita e culpável, tendo em conta a perspectiva que o inspirara, isto é, o respeito à dignidade humana como fator vinculante e infranqueável.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Nenhuma das teorias da ação elaboradas até os dias atuais é perfeita e não há qualquer cientista do Direito Penal que não tenha cometido sequer um engano ao imaginar e lançar as premissas de seu sistema. Então, não se pretende apresentar a doutrina finalista como a única dogmática livre de erros, mas, sim, como aquela que até hoje causou menos contradições aos modelos de subsistemas jurídico penais que a adotaram, e que se apresentou mais coerente com o escopo de proteção do ser humano, face às incongruências reveladas pelas outras teorias da ação, principalmente, as causalistas e normativistas.

---

101. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 157-158.

102. GRECO, Rogério. Op. cit., p. 146.

103. BRANDÃO, Claudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *RCP 15/183*. São Paul: Ed. RT, jul.-dez 2004.

104. LOPES, Cláudio Ribeiro. Notas sobre o conceito de delito na doutrina brasileira. *Revista Discurso Jurídico*. vol. 4, n. 2, p. 87. Campo Mourão: ago.-dez. 2008.

Se o ontologismo, por sua vez, nasceu como o método adequado para derrubar os sistemas jurídico penais autoritários do século passado, e elaborar ordenamentos democráticos respeitadores dos cidadãos cujas vidas pretendiam regular, ele se perpetua como meio mais racionalmente idôneo à preservação dos direitos humanos até hoje conquistados na esfera penal e apto a melhorar os subsistemas que o adotarem.

As três premissas apresentadas como fundamentais não são as únicas características particulares do finalismo, nem são as únicas que se refletem em vários assuntos da teoria do delito e da pena, entretanto, são aquelas que mais se vinculam ao respeito da dignidade da pessoa humana, além de irradiarem suas consequências por todo o Direito Penal.

A obediência à natureza das coisas é estritamente ligada ao método ontológico, sempre baseada na concepção do homem como ser responsável, e obrigando as regras de conduta a considerar a finalidade da ação. O conceito pessoal de injusto deve sempre levar em conta as condições pessoais do autor, expressadas pelo desvalor da ação e do resultado, para que o ser humano seja responsabilizado apenas pelo que cometeu e nunca pelo que é ou pelo que possa representar. Já, o conceito quadripartido de delito, implica a incontestável inclusão da culpabilidade na estrutura do crime, por se tratar do único elemento do injusto a versar sobre o indivíduo que infringiu a norma.

Assim, a doutrina finalista, como afirma Luis Gracia Martín, não se restringe a uma teoria dentro do Direito Penal, mas, resulta em algo maior e mais profundo que isso: é uma forma de entender o homem, a sociedade e o Estado, uma filosofia do conhecimento e, dessa forma, os postulados de Hans Welzel devem ser continuamente reafirmados nos subsistemas de Direito contemporâneos, se se pretende, além mesmo de regular, proteger e promover a vida dos seres humanos aos quais as normas jurídicas se destinam.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, de Bernd Schünemann – *RBCCrim* 44/11.

A CONFUSA EXEGESE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICAÇÃO PELO STF: ANÁLISE ESTATÍSTICA DE JULGADOS

4

The confusing exegesis of the principle of insignificance and its application by the Federal Supreme Court: statistical analysis of legal decisions

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

Professor Doutor da USP.

ANA CAROLINA CARLOS DE OLIVEIRA

Mestranda em Direito Penal pela USP.

DOUGLAS DE BARROS IBARRA PAPA

Mestrando em Direito Penal pela USP.

THAÍSA BERNHARDT RIBEIRO

Mestranda em Direito Penal pela USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: O princípio da insignificância, na qualidade de diretriz delimitadora da tipicidade material, não apresenta positivação no ordenamento jurídico brasileiro. A delimitação de seu conteúdo, elementos e hipóteses abstratas de aplicação é realizada em via jurisprudencial. Por este mo-

ABSTRACT: The principle of insignificance as a delimiting guideline for the vagueness doctrine has not had much success in the Brazilian Legal System. The delimitation of its, content, elements and abstract application hypothesis are done on a jurisprudence basis therefore it

tivo, se faz imprescindível uma análise empírica, tendo por base a jurisprudência do STF, com vistas a esclarecer os critérios de aplicação do princípio da insignificância adotados pela Corte Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da insignificância - STF - Jurisprudência - Análise empírica.

is essential to have an empirical analysis having the jurisprudence of the Federal Supreme Court as basis. The objective here is to clarify the application criteria of the principle of insignificance adopted by the Constitutional Court.

KEYWORDS: Principle of insignificance - The Federal Supreme Court - Jurisprudence - Empirical analysis.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Bases dogmáticas do princípio da insignificância - 3. Jurisprudência e o princípio da insignificância - 4. A dicotomia na expansão da insignificância - 5. A análise empírica da aplicação do princípio da insignificância pelo STF: 5.1 A evolução do número de casos entre 2005 a 2009; 5.2 A importância do *habeas corpus*; 5.3 A importância da Defensoria Pública; 5.4 O uso do princípio da insignificância nos crimes patrimoniais e fiscais - 6. Algumas conclusões mais destacadas: reafirmação e desconstrução de alguns mitos sobre a insignificância no STF: 6.1 Insignificância e furto de alimentos; 6.2 Insignificância e crimes fiscais; 6.3 Inconstância das decisões nos delitos patrimoniais - 7. Algumas propostas - 8. Conclusões - 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade de bagatela[1] e a punição por pequenos furtos,[2] cometidos frequentemente por pessoas em situação de vulnerabilidade, despertam a atenção social quando veiculadas pela mídia, e também são objeto de formulações doutrinárias de grande impacto político-criminal.

Neste sentido, a construção dogmática e jurisprudencial do princípio da insignificância revela a força da influência das diretrizes político-criminais na elaboração dos conceitos jurídicos, e sua colaboração explícita ou implícita na consolidação de parâmetros que orientam a aplicação da norma penal. Como ensina Roxin, se quisermos compreender a essência da dogmática é necessário levar em conta os movimentos de determinada sociedade e compreender a funcionalidade teleológica dos institutos que formam o sistema penal.[3]

---

1. Pesquisa produzida com o financiamento da Fapesp.
2. Tais como produtos de higiene pessoal, potes de margarina, barras de chocolate. A título de exemplo, ver HC 107.733/MG, de 04.04.2011, STF, no qual o rel. Min. Luiz Fux negou a insignificância de três barras de chocolate. Do mesmo modo, ver decisão monocrática proferida pelo STJ, em 15.03.2012, no HC 232.657/SP, que não reconheceu o princípio da insignificância no furto de um maço de velas avaliado em R$ 2,70.
3. Trecho da introdução à obra ROXIN, Claus. *Politica criminal y sistema del derecho penal*. Trad. e introd. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 23.

Com estes problemas em foco, foram analisados os julgados do STF a respeito do princípio da insignificância nos últimos cinco anos, a fim de identificar quais são os parâmetros deste Tribunal para reconhecer um fato como insignificante, bem como analisar o funcionamento de todo o aparato jurisdicional voltado para a correção de eventuais desvios de proporcionalidade da norma (quando da punição de delitos de muito baixo valor): os recursos mais utilizados, a relevância da Defensoria Pública, a divergência de critérios quando se tratam de delitos patrimoniais e econômicos, por exemplo, serão brevemente mencionados neste estudo.

As linhas a seguir apresentam um recorte dos resultados obtidos na pesquisa empírica "O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do STF",[4] indicando os resultados mais pertinentes à comparação do tratamento entre delitos econômicos e patrimoniais.

São apresentadas também as formulações doutrinárias acerca do princípio da insignificância, para que este fique claramente delineado antes das reflexões acerca dos resultados empíricos que a pesquisa alcançou.

2. BASES DOGMÁTICAS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Assim como a ideia de tipicidade está atrelada à tentativa de concretização do princípio da legalidade,[5] e como o desenvolvimento do conceito de bem jurídico funda-se na opção de substituir o direito subjetivo por valores objetivos capazes de racionalizar a construção de normas penais e estreitar sua aplicação a partir da *natureza das coisas*,[6] a consolidação de todos os elementos estrutu-

4. A pesquisa foi realizada pelos autores na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, entre os anos de 2010 e 2011, com o apoio do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia desta instituição e financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – Fapesp.

5. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. 1, p. 284.

6. Birnbaum sustentava que o Estado protegia determinados objetos que surgiam da natureza das coisas, como a vida, a honra, a saúde etc., reconhecendo à coletividade o direito a exigir de cada cidadão em particular que, em nome do interesse conjunto, se abstivesse de realizar, por exemplo, certas ações irreligiosas ou imorais, por ofender o sentimento moral e religioso de um povo, BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necessidad de uma lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2010. p. 49; BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Bases criticas de um nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConoSur,

rantes da dogmática penal decorre de uma necessidade de organização política e social em um determinado momento histórico.

Nessa linha, a compreensão da evolução do *princípio da insignificância* e sua recente *descoberta* pela jurisprudência brasileira passa pelo reconhecimento das construções dogmáticas que possibilitaram seu surgimento, mas, mais do que isso, exige a busca pelas razões teleológicas que contextualizam sua súbita aceitação jurisprudencial no Brasil.

No campo dogmático, a construção do princípio da insignificância não seria possível sem o desenvolvimento de um conceito de tipicidade material apresentado pela escola sul ocidental alemã, também conhecida como escola *neokantista*.[7] Para esse pensamento, o comportamento delitivo deve, além de violar a norma penal, afetar as normas de valoração reconhecidas culturalmente. Assim, nem sempre a ação adequada ao tipo penal será materialmente típica – será necessário integrá-la com elementos valorativos que revelem seu prejuízo social. A integração desse conceito de *tipicidade material* com a ideia de que a missão última da repressão estatal é a proteção de *bens jurídicos*[8] e não de meros comportamentos imorais, permite o desenvolvimento do *princípio da insignificância*.

Assim, o conceito de *tipicidade material* exige que o comportamento delitivo tenha algo mais do que a subsunção típica. A tipicidade não decorre da

---

1994. p. 16. Contudo, registra-se que o contexto que envolve a apresentação das teses de Birnbaum é polêmico e frequentemente relacionado com a ideologia de restauração da monarquia absolutista na França pós Revolução. Nesse sentido, MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegomenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la critica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 128 e BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades* 1/16-29.

7. Embora o termo também possa ser aplicado a chamada *Escola de Marburgo*, representada por juristas como Stammler e Bustos Ramírez aponta que das escolas que formam o *neokantismo* a *Escola Sudoccidental alemã* teve maior impacto na formação da dogmática penal pela influência sobre autores como Radbruch, Ernst, Mayer e Mezger. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p. 147.

8. BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 182. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 51. MIR PUIG, Santiago. La perspectiva *ex ante* em derecho penal. *Anúario de Derecho Penal e Ciências Penales*, n. 1, t. 36, p. 09. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 109, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 466. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 81.

mera verificação que a conduta é aquela prevista no tipo penal. É preciso observar se o comportamento violou ou pôs em perigo o *bem jurídico* que legitima a norma de proteção, do contrário não haverá *materialidade* capaz de atrair a atenção do direito penal.

Ainda que o conceito de *bem jurídico* passe por uma crise contemporânea, devido à dificuldade de definir seus contornos, pela constatação de tipos penais sem bem jurídico aparente[9] e por críticas à aparente falta de substrato democrático em sua construção,[10] é inegável sua importância como referencial crítico ao processo legislativo e como referencial metodológico para a construção de uma teoria do delito fundada no *desvalor da ação* e no *desvalor do resultado*.

O agir típico agrega o *desvalor da ação* e o *desvalor do resultado*, sendo este último a afetação naturalística ou jurídica do bem protegido pela norma penal. No entanto, a consagração do *desvalor da ação* como núcleo fundamental do injusto pelo finalismo afetou o papel do *resultado* como referencial da ação típica, a ponto de alguns autores reconhecerem que a proteção de bens jurídicos não seria tarefa imediata e direta do direito penal, cuja função central seria apenas cuidar da formação *ético-social* dos cidadãos.[11]

Com o andar do tempo, especialmente com a recuperação da ideia do *bem jurídico* como referente crítico e limitador do direito penal pelo garantismo, o *desvalor do resultado* voltou a assumir um papel de destaque na estrutura do

9. Como é o caso dos crimes de maus tratos aos animais (Lei 9.605/1998, art. 32).

10. Para uma abordagem mais apurada dos contornos da atual crise do bem jurídico, ver HEFENDEHL, Roland. La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007; GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto. RBCCrim 82/165. Vide a tradução brasileira de trabalhos de autores que enfrentam a crise da teoria do bem jurídico em: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

11. A punição da tentativa, o reconhecimento dos crimes de mera conduta e a caracterização da lesão nos crimes culposos como mera *condição objetiva de punibilidade* reforçavam o caráter acessório e marginal do *desvalor do resultado* para a construção do comportamento típico. Welzel afirma que "Sin embargo, la misión primaria del derecho penal no es protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, se su propiedad etc. (...) Por el contrario, la misión mas profunda del derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo". WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Juridica de Chile, 1970. p. 13.

delito, não a ponto de substituir ou afastar o *desvalor da ação*, mas retomou a produção de efeitos dogmáticos no mesmo patamar. O reconhecimento da *periculosidade* como *resultado normativo* dos comportamentos típicos trouxe o *desvalor de* resultado para a *tentativa* e para os *crimes de perigo abstrato*,[12] da mesma forma que inúmeros autores passaram a considerar que nos crimes culposos o *resultado* não é *condição de punibilidade*, mas *elemento do injusto* porque o motivo da proibição de determinadas condutas imprudentes é a valoração positiva de determinados bens afetados pelo comportamento, e apenas a incorporação da afetação desses bens – *desvalor de resultado* – no injusto pode conformar o juízo dos cidadãos sobre o referente último da norma, qual seja, o bem jurídico protegido.[13]

A retomada do *desvalor do resultado* não significou um retorno às antigas teorias causalistas, para as quais o elemento central da estrutura do crime é o *resultado* e sua relação *causal* com o comportamento. O *desvalor da ação final* permanece como núcleo central do injusto, mas a ideia de que o ato delitivo exige também um *desvalor de resultado* aponta para um conceito de tipicidade mais rico em conteúdo e capaz de superar questões controvertidas.

No entanto, o *resultado* que integra o injusto é *normativo*, e não necessariamente *naturalístico*. Como mencionado, há resultado nos crimes de *perigo* – concreto ou abstrato – assim como na *tentativa*, mas não há a *lesão* ao bem jurídico. O *resultado* aqui é a criação da *periculosidade* para um determinado bem jurídico. O injusto, portanto, não exige a *afetação real* do bem protegido, nem sua colocação em *perigo concreto*, mas isso não significa a inexistência de um *referencial de resultado*, ou que a *mera conduta* tenha materialidade típica.

É necessário algo mais que o simples comportamento, algo que aproxime do injusto do referente último da norma penal, que revele ao menos a *potencia* do comportamento para afetar um *bem jurídico*. Há uma materialidade mínima necessária além do *desvalor da ação* que caracteriza o injusto: o *risco* que ele representa – ainda que em abstrato – para um bem jurídico passível de proteção penal.[14]

---

12. BOTTINI, Pierpaolo. Op. cit., p. 267.

13. GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 114.

14. Vale aqui a menção a um julgado do STJ no qual o relator afirmou que: "a infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado (...) não faz sentido punir pela simples ação, se ela não trouxer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico" REsp 32.322/RS, 3.ª T., j. 26.04.1993, rel. Min. Eduardo Ribeiro. *DJ* 07.06.1993. p. 11258.

É justamente essa atenção ao *desvalor do resultado* – como decorrência da concretização da teoria do bem jurídico – que assenta as bases para o *princípio da insignificância*, que permite a caracterização da atipicidade de lesões mínimas, insignificantes. Ainda que exista *resultado* no sentido naturalístico – consubstanciado na lesão concreta ao bem jurídico – não existe *desvalor normativo de resultado* seja sob a ótica da *proporcionalidade*, seja porque a irrelevância da lesão não afeta *expectativas de convivência* nem atrapalha o *funcionamento* do modelo democrático de direito.

Assim, a ideia da *insignificância* está atrelada à retomada do *desvalor do resultado* como elemento nuclear do injusto penal – ao lado do *desvalor da ação*. Uma concepção estritamente *subjetivista* do injusto, em geral relacionada com uma caracterização do direito penal como instrumento de introjeção de valores éticos, encontra dificuldades na aceitação da *atipicidade* de resultados insignificantes produzidos por comportamentos finais adequados à descrição típica. Por outro lado, a objetivização do injusto – sem afastar a necessária verificação dos elementos subjetivos já no plano da tipicidade – permite agregar o *desvalor de resultado* como fator importante na estrutura do crime, e o reconhecimento da *atipicidade* diante da pouca relevância da lesão ou do perigo decorrente da ação ou omissão.

3. JURISPRUDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O *princípio da insignificância* foi adotado pela doutrina há algum tempo, assentando suas bases justamente na falta de *desvalor normativo de resultado*.[15]

No entanto, ainda que tal revalidação do *desvalor do resultado* ofereça instrumentos dogmáticos para a construção do *princípio da insignificância*, e possibilite sua construção a partir da teoria do bem jurídico, sua aplicação jurisprudencial recente no Brasil não parece ter lastro em uma reflexão dogmática sobre os contornos da tipicidade material, mas se escora em razões distintas e mais pragmáticas: a crise de superlotação penitenciária e uma demanda político criminal de evitar o encarceramento de pessoas que praticaram delitos patrimoniais de pequena monta, em face dos efeitos prejudiciais oriundos desse período de privação de liberdade, em especial a contribuição do ambiente carcerário para a marginalização do detento e seu direcionamento para a prática de delitos mais graves.

15. SILVA FRANCO, Alberto et al (coords.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 59. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Assim, ainda que o princípio da insignificância – como mencionado – seja resultado de uma concepção complexa de tipicidade material decorrente da reconsagração do *desvalor de resultado*, da qual resulta uma interpretação restritiva de direito penal, mais humanista e garantista, a aceitação do conceito pela jurisprudência como um instrumento legítimo de interpretação da norma penal decorreu de uma constatação política e prática: o encarceramento em massa é inviável sob a perspectiva de seu custo econômico e baixo benefício social.

Tal constatação tem lastro nos dados do Departamento Penitenciário Nacional, que apontam para um vertiginoso crescimento do encarceramento no país. Se em 2005 existiam 252.460 presos provisórios e definitivos no Brasil, em junho de 2010 esse número aumentou para 494.237.[16] A insustentabilidade econômica da política da prisão em massa, e os custos sociais e políticos da manutenção de estabelecimentos sem estrutura para abrigar os detentos, justificam a adoção de políticas de redução desse contingente.

E boa parte dessas políticas tem como objetivo afastar a prisão daqueles condenados por crimes menos graves, em geral crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, menos traumáticos do ponto de vista da estabilização social, mas que representam um percentual significativo da população carcerária. Vale lembrar que cerca de 30% das prisões definitivas tem origem em furtos simples/qualificado, estelionato, apropriação indébita, receptação simples/qualificada.[17] Se somarmos a isso o numero de prisões cautelares relacionadas a tais delitos, perceberemos o impacto de qualquer estratégia política de redução das penas/cautelares de prisão nesses casos. Não raro as decisões que aplicam a insignificância apontam expressamente esses motivos pragmáticos como fundamento para o reconhecimento da *atipicidade* do comportamento.[18]

16. Dados do Ministério da Justiça – Infopen estatística, disponíveis em: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm]. Acesso em: 01.02.2011.

17. Dados do Ministério da Justiça – Infopen estatística, disponíveis em: [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm]. Acesso em: 01.02.2011.

18. Nesse sentido, o Min. Ayres Britto reconhece em voto proferido por ocasião do julgamento no STF do RHC 84.824/PB: "Tal forma de interpretação é uma válida medida de política criminal,visando, para além da descarceirização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve se ocupar apenas das infrações consideradas socialmente mais graves", j. 07.12.2004.

Nesse contexto, percebeu-se que o *princípio da insignificância* pode ser um instrumento de relevante contribuição para uma política de minimização da crise carcerária. Ainda que sua adoção pelo Judiciário não tenha decorrido de uma formulação organizada de política criminal, a aceitação progressiva do *princípio* pelos magistrados revela uma descrença na privação da liberdade para esses delitos e a preocupação com o excesso de contingente nesse setor.

Assim, a revalorização dogmática do *desvalor do resultado* ofereceu a base conceitual para a aplicação do *princípio da insignificância,* mas sua consagração jurisprudencial decorreu de razões pragmáticas, da constatação de sua capacidade – real ou simbólica – de contribuir para o arrefecimento da crise penitenciária. Aconteceu, com o *princípio da insignificância*, a *síntese* apontada por Roxin entre dogmática e utilidade político-criminal,[19] que permite a construção de um sistema jurídico coerente e ao mesmo tempo aberto às necessidades concretas de uma sociedade em constante evolução.

A primeira menção ao *princípio da insignificância* pelo STF disponível na jurisprudência digitalizada,[20] é feita em 1988, no RHC 66.869/PR, onde o rel. Min. Aldir Passarinho afasta a tipicidade de lesões corporais em acidente de trânsito pela pequena afetação do bem jurídico. Em que pese a adoção com reservas do princípio no campo dos acidentes de trânsito, o Tribunal tardou em aceitar sua extensão para outros tipos de delitos.

Dez anos depois, o STF volta a aplicar o *princípio da insignificância* em crime contra a administração pública (HC 77.003/PE). Naquela ocasião, o Min. Marco Aurélio reconheceu a *insignificância* da contratação de servidor sem concurso público por curto período de tempo, mas ainda passariam alguns anos até o reconhecimento consolidado do princípio na jurisprudência da Corte.

Em 2002 – 14 anos depois do primeiro julgado – o STF ainda reconhecia a dificuldade para adoção da ideia da atipicidade por insignificância diante da inexistência de pronunciamento legislativo sobre o tema. Nos autos do HC 81734/PR nota-se o seguinte trecho do parecer ministerial acolhido à época pelo relator no STF: "Malgrado tenha-se de reconhecer a existência de jurisprudência abordando o tema posiciona-se o MPF no sentido de que a questão relacionada à insignificância – ou não – de determinados delitos ainda pende de decisão normativa que a legitime. Daí afirmar-se que o princípio da insigni-

19. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema*...cit., p. 49.

20. Pesquisa efetuada nos arquivos digitais de jurisprudência do STF com os termos "insignificância" e "bagatela" sobre todas as espécies de decisões disponíveis – inclusive monocráticas.

ficância não apresenta uma metodologia própria, deixando, por isso, de fornecer um critério positivado no sentido de definir o que seja insignificância para o legislador". Ainda que o julgado tenha tratado da aplicação do princípio em situação específica – posse de entorpecente em unidade militar – nota-se pela fundamentação que a Corte afastou a insignificância não apenas pelo comportamento, mas pela falta de precisão do princípio e da ausência de definição legislativa sobre o tema. No entanto, por ocasião do julgamento mencionado, o Min. Sepúlveda Pertence já apontava alguma divergência com tal posição, e deixou consignada sua reserva com a declaração da inexistência da insignificância no direito brasileiro.

Em 2004 o STF reconheceu a *insignificância* em crime de furto.[21] O voto do Min. Celso de Mello – acompanhado por todos os demais integrantes da 2.ª T. à época – discorreu sobre as lições doutrinárias do direito penal mínimo, a razoabilidade, e trouxe precedentes do STJ para afastar a tipicidade do furto de R$ 25,00. Nesse julgado (HC 84.412/SP, j. 19.10.2004) que o STF expõe os critérios para a verificação da *bagatela*: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A partir de então, o STF – na esteira de precedentes de outros Tribunais – passou a aplicar a *insignificância* aos crimes patrimoniais – e outros similares – com base nos parâmetros fixados. Nota-se que são critérios pouco precisos, vagos, abrangentes, que buscam abrigar toda uma gama de casos concretos heterogêneos seja quanto ao bem protegido, seja quanto ao modo de agir. A ausência de parâmetros mais definidos resultou na aplicação díspar do princípio, que ora se alarga, ora se comprime, em uma sequência aleatória de decisões que reflete a dificuldade de trabalhar com um instituto ainda em construção.

Uma primeira dificuldade é a aferição do *valor* da *significância*. Os critérios são distintos para cada Tribunal e para cada Ministro, e este foi um dos motores da pesquisa empírica que se elaborou, especialmente quanto ao que se reconhece como insignificante em delitos patrimoniais, em contraposição aos delitos econômicos. Esboçou-se um critério para distinguir bens de *ínfimo valor* – aos quais seria aplicada a *insignificância* – dos bens de *pequeno valor* – aos quais seria aplicada a redução de pena do § 2.º do art. 155 do Código Penal,[22]

21. Pesquisa feita com base nos dados disponibilizados pela pagina do STF na Internet: [http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595]. Acesso em: 06.02.2011.

22. Por todos, ver STF, HC 84.424/SP, 1.ª T., j. 07.12.2004, rel. Min. Ayres Britto.

no entanto, mesmo esses parâmetros não consolidaram uma pauta segura para a aplicação do princípio.

Mas, para além do valor, outros elementos marcam as discussões sobre a *insignificância*, sobre os quais também não há manifestação uniforme. Por exemplo: a aplicação do princípio em crimes contra a fé pública. Há julgados que afastam a bagatela em qualquer hipótese se o delito for de falsificação de moeda, diante da periculosidade sistêmica do comportamento.[23] Outros admitem a *insignificância* na falsidade diante de algumas circunstâncias.[24] Também se discute a possibilidade de aplicação da *insignificância* a casos com violência ou ameaça: a maioria dos julgados reconhece a tipicidade mesmo se constatado o pequeno valor do bem lesionado,[25] no entanto, o próprio STF já aplicou a *insignificância* a crime de lesões corporais dolosas, divergindo da tendência apontada.[26] Ainda se nota controvérsia sobre a verificação da *bagatela* em casos de crimes praticados em concurso de agentes,[27] nos casos em que o réu é reincidente ou apresenta maus antecedentes,[28] ou nos crimes praticados contra a administração pública.[29]

Assim, as bases sobre as quais se construiu e se aplica a jurisprudência da *insignificância* não são precisas, e os precedentes não raro conflitam entre si em diversos aspectos, como assinalado. Mas isso não impediu a adoção do

23. STF, HC 93.251/DF, j. 05.08.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski; STJ, HC 129592/AL, 5.ª T., j. 07.05.2009, rel. Min. Laurita Vaz.

24. STF, HC 83.526/CE, 1.ª T., j. 16.03.2004. rel. Min. Joaquim Barbosa.

25. STF, HC 97.190/GO, 1.ª T., j. 10.08.2010, rel. Min. Dias Toffoli.

26. STF, HC 95.445/DF, 2.ª T., j. 02.12.2008, rel. Min. Eros Grau.

27. A favor do reconhecimento da insignificância mesmo em caso de concurso: STJ, HC 185.027/SC, 6.ª T., j. 07.12.2010, rel. Min. Maria Thereza Assis Moura. Contra a aplicação do princípio nesses casos. STJ, HC 178.552/SP, 6.ª T., j. 28.09.2010, rel. Min. Haroldo Rodrigues.

28. A favor do reconhecimento da insignificância em casos de maus antecedentes: STJ, HC 185.027/SC, 6.ª T., j. 07.12.2010, rel. Min. Maria Thereza Assis Moura; STJ, AgRg no Ag 1.316.517/PR, 6.ª T., j. 09.11.2010, rel. Min. Og Fernandes, HC 177.822/MG, 5.ª T., j. 26.10.2010, rel. Min. Jorge Mussi. Contra o reconhecimento da insignificância nesses casos: STF, HC 96.202/RS, 1.ª T., j. 04.05.2010, rel. Min. Ayres Britto.

29. Contra a aplicação do princípio nos crimes contra a administração pública: STJ, AgRg no Ag 1.105.736/MG, 6.ª T., j. 07.12.2010, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; STJ, RHC 8.357/GO, HC 132.021/PB, j. 20.10.2009, rel. Min. Celso Limongi. Pela aplicação do princípio mesmo nesses casos: STF, HC 87.478/PA, 1.ª T., j. 29.08.2006, rel. Min. Eros Grau; TRF-3.ª Reg., 2.ª T.; Ap 2002.03.99.040538-8, j. 19.01.2010, rel. Nelton dos Santos, *DJU* 28.01.2010.

princípio em âmbitos cada vez mais abrangentes e diversos. Do estreito campo dos crimes patrimoniais, o princípio passou a ser admitido para crimes ambientais,[30] contra direitos trabalhistas,[31] telecomunicações,[32] dentre outros delitos nos quais a magnitude da lesão pode ser aferida como elemento de materialidade típica.

4. A DICOTOMIA NA EXPANSÃO DA INSIGNIFICÂNCIA

A ampliação do âmbito da *insignificância* para outros delitos além dos patrimoniais se afasta da lógica original de evitar o encarceramento em massa de autores de delitos patrimoniais sem violência ou ameaça. Percebe-se que a expansão do instituto segue cada vez mais em direção aos crimes praticados contra bens jurídicos mais difusos, especialmente aqueles praticados contra a ordem econômica.

Se originalmente a adoção do princípio da insignificância decorreu de uma necessidade político criminal de limitar a pena de prisão aos crimes de menor ofensividade social, sua ampliação para essas outras esferas da criminalidade urge com outro escopo: afastar os efeitos da recente expansão do direito penal sobre atividades desenvolvidas pelas camadas economicamente mais favorecidas do espectro social.

Explica-se. A expansão do direito penal nas últimas décadas apresenta-se aparentemente democrática. Ao lado do endurecimento do tratamento do chamado "*núcleo central*" do direito penal, com o aumento das penas e do rigor no tratamento dos condenados por crimes comuns, houve a alargamento da repressão aos chamados crimes econômicos, em geral praticados por agentes com maior poder aquisitivo.[33] O legislador aproximou o direito penal das lesões ao fisco (Lei 8.137/1990), de comportamentos lesivos à ordem econômica (Lei 8.176/1991), ambiental (Lei 9.605/1998), praticados no âmbito de instituições financeiras e afins (Lei 7.492/1986 e Lei 9.613/1998), dentre outros.

---

30. STJ, HC 35.203/SP, 5.ª T., j. 12.06.2006, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 01.08.2006.
31. Insignificância na omissão registro carteira trabalho (CTPS) em contrato de curto período (1 mês): STJ, HC 107.572/SP, j. 14.04.2009, rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP).
32. STF, HC 104.530/RS, 1.ª T., j. 28.09.2010, rel. Min. Ricardo Lewandowski.
33. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 79.

Ocorre que tal *democratização* da expansão penal é relativa. Paralelamente ao aumento de rigor no tratamento dos *crimes* econômicos surgem mecanismos e instrumentos legislativos capazes de minimizar a incidência das normas penais sobre esses delitos, não estendidos ao âmbito da *criminalidade clássica*.[34] Pois bem, a mesma dicotomia pode ser verificada no âmbito da jurisprudência, mas especificamente na aplicação do *princípio da insignificância*.

Há uma significativa distorção nos critérios aplicados para a aferição da atipicidade nos casos de crimes patrimoniais comuns (por exemplo: furto, estelionato) e para a mesma operação nos crimes fiscais. Nos primeiros, os patamares máximos para o reconhecimento da insignificância são reduzidos, e frequentemente limitados por outros critérios adicionais como forma de atuação, antecedentes criminais, atuação em concurso de agentes, como mencionado. Por outro lado, nos crimes fiscais fixou-se a orientação de excluir a tipicidade de todo o delito cujo resultado lesivo seja inferior a R$ 10.000,00, vez que a própria administração pública determina a suspensão das execuções ficais até esse valor por ausência de interesse e de custo benefício para o fisco (Lei 10.522/2002, art. 20).

Isto, pois, a Fazenda Pública entende que, até determinado valor (que atualmente soma 10 mil reais), o custo da ação fiscal para os cofres públicos seria tão próximo do valor da dívida que tornaria inviável o ajuizamento da cobrança. A Lei 9.469, de 10.07.1997 estabeleceu no art. 1.º-B que: "Os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a não propositura de ações e a não interposicão de recursos (...) para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais)". Em 2002, a Lei 10.522 aumentou esse valor para R$ 2.500,00, e foi modificada pela Lei 11.033/2004, passando a R$ 10.000,00 o valor para a para a dispensa de ajuizamento de ações de cobrança.[35]

---

34. Cite-se como exemplo as normas de recuperação fiscal, que admitem a extinção de punibilidade pelo pagamento dos débitos correspondentes, mesmo após o inicio da ação penal. Ainda que seja larga a discussão sobre os efeitos benéficos ou maléficos dessa política criminal/fiscal, é inegável a afetação da isonomia quando se nega aplicação dos mesmos institutos a crimes como o furto nas hipóteses em que o agente restitui o bem subtraído no mesmo estado e condição, mesmo antes do inicio da ação penal. Sobre a questão, ver MARTÍN, Luis Gracia. Op. cit.

35. Diz o art. 20 atual da Lei 10.522: "Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da

Assim, aproximaram-se as esferas penal e tributária, de modo que a configuração de um ilícito tributário depende do interesse administrativo do Estado em receber o valor devido. Dessa forma, um valor irrelevante para a propositura de uma ação de execução fiscal seria igualmente irrelevante para a persecução penal, o que significa dizer: se não há interesse público em cobrar uma dívida (de qualquer natureza) até 10 mil reais, também não há interesse em se processar criminalmente por conta do mesmo valor.

Como aduziu o Min. Jorge Scartezzini na primeira ocasião em que o STJ adotou tal posicionamento, que a atipicidade decorre "do fato do próprio Estado não ter interesse na cobrança do tributo, em razão do pequeno valor controverso".[36] Da mesma forma, o STF reconheceu que "não há sentido lógico permitir que alguém seja processado criminalmente pela falta de recolhimento de tributo que nem sequer se tem certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Estado julgador que só é de lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida".[37]

Assim, se a própria administração pública responsável pela cobrança e administração dos tributos não entende adequada a movimentação da execução fiscal para cobrança de determinados valores, não será pertinente a atuação do direito penal.

Porém, os parâmetros da construção jurisprudencial para a aplicação da *insignificância* aos crimes fiscais e para a fixação de seu valor contrastam com os critérios adotados para a verificação do mesmo princípio no âmbito dos crimes patrimoniais comuns. Como mencionado, não há justificativa dogmática ou pragmática para o reconhecimento da atipicidade em casos de sonegação fiscal ou descaminho de valores até 10 mil reais e a rejeição da mesma interpretação para furtos ou estelionatos de quantias muito inferiores, como já mencionado. Também não há explicação para elementos como quantidade de agentes e antecedentes apresentarem relevância nas discussões sobre a materialidade dos

---

Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais)".

36. REsp 224.392, 5.ª T., j. 16.03.2000, rel. Min. Jorge Scartezzini. Vale destacar que a decisão refere-se ao limite de R$ 1.000,00 estabelecido pela Lei 9.469/1997 e pela MP 1542-28/1997, mas os fundamentos são os mesmos adotados pelas mais recentes decisões sobre o tema.

37. STF, HC 93.072/SP, rel. Min. Ayres Britto. No mesmo sentido, STF, RE 550.761/RS, rel. Min. Menezes Direito, HC 92.438/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa.

crimes comuns e não existir menção alguma aos mesmos quando se analisa a *insignificância* dos crimes fiscais.

5. A ANÁLISE EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO STF

A discrepância entre os patamares de valores para o reconhecimento da insignificância nos casos apontados acima foi a principal, dentre as muitas motivações, que levaram este grupo de pesquisadores a investigar a aplicação do princípio da insignificância pelo STF.

A pesquisa, cujos principais resultados são a seguir expostos, analisou todos os acórdãos publicados na página eletrônica do STF no período de 01.01.2005 a 31.12.2010, com a palavra chave "princípio da insignificância". Os argumentos foram tabelados por uma série de itens objetivos (data do julgamento, defensor público ou particular, tipo e origem do recurso, valor do objeto do delito) e subjetivos (argumentos empregados pelos Ministros, reconhecimento do princípio da insignificância) dispostos em um questionário, que depois forneceram a criação de uma base dados para combinação dos resultados.

5.1 A evolução do número de casos entre 2005 a 2009

A partir dos dados obtidos pode-se verificar tanto a progressão do número de casos apresentados ao STF nos quais o *princípio da insignificância* foi objeto de alegação, quanto à progressão do reconhecimento pelo STF do princípio da insignificância para fins de afastamento do fato típico e absolvição do acusado. Isto demonstra a aceitação jurisprudencial do princípio em questão como um referencial para a resolução de conflitos penais, mesmo na ausência de previsão legislativa.

Ademais, o implemento da concessão do provimento solicitado para fins de absolvição em virtude da insignificante afetação ao bem jurídico revela o inegável avanço da política criminal como um critério de decisão ao lado dos ascéticos modelos puramente dogmáticos. A insignificância revela, primordialmente, o impacto social de determinada conduta tipicamente criminosa, que uma vez reduzido ou ausente não pode justificar uma incriminação penal, ou seja, verifica-se uma abertura dogmática para a análise teleológica da punição.

Gráfico 1

Progressão de casos alegando insignificância
2004-2009

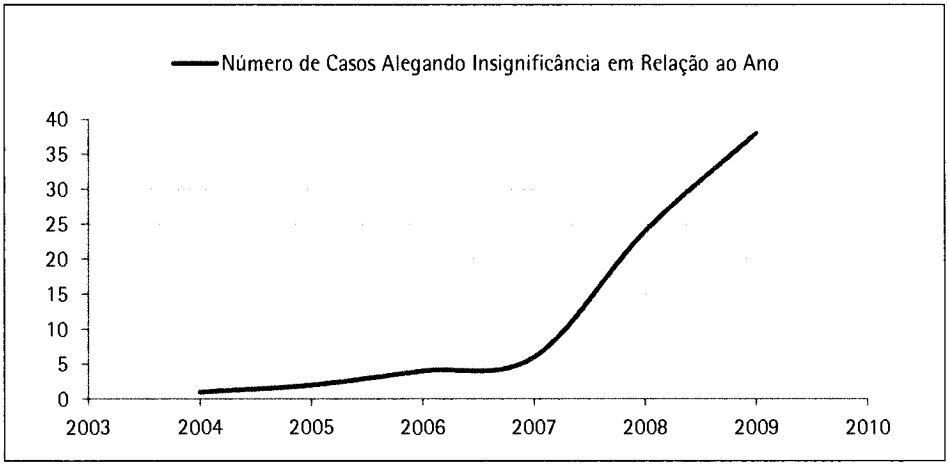
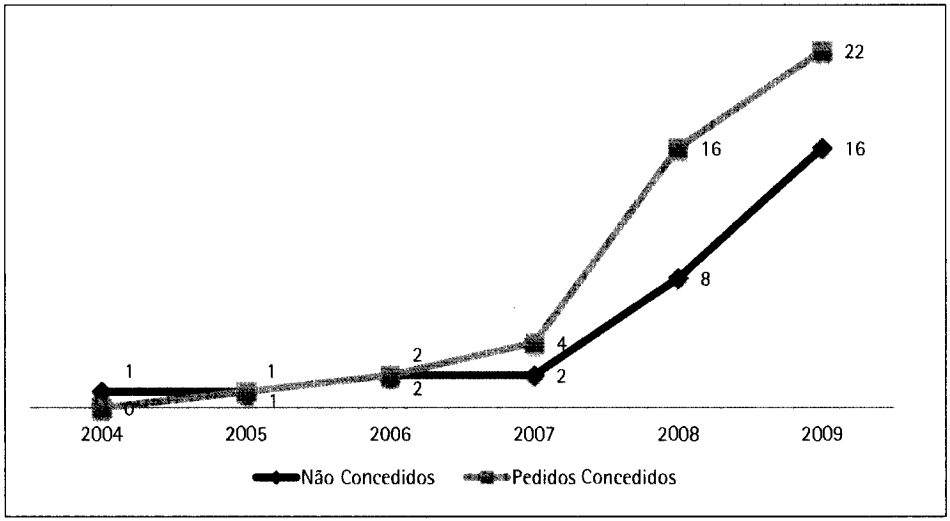


Gráfico 2

Evolução do reconhecimento do princípio da insignificância
entre 2004 e 2009
(em números absolutos)



O primeiro gráfico aponta a progressão da *alegação* do *princípio da insignificância*. Enquanto em 2005 apenas dois casos trouxeram a julgamento o princípio, em 2009 foram 38 casos. Verifica-se o significativo aumento de 95% no número de casos alegando insignificância em quatro anos. Ademais, do total anali-

sado de 75 acórdãos, 62 deles estão concentrados em 2008 e 2009, e 13 casos são dos anos anteriores, ou seja, 83% dos casos analisados concentram-se no curto espaço dos dois anos finais. Estes números revelam a relevância e expressividade que o *princípio da insignificância* vem assumindo no cenário jurisprudencial.

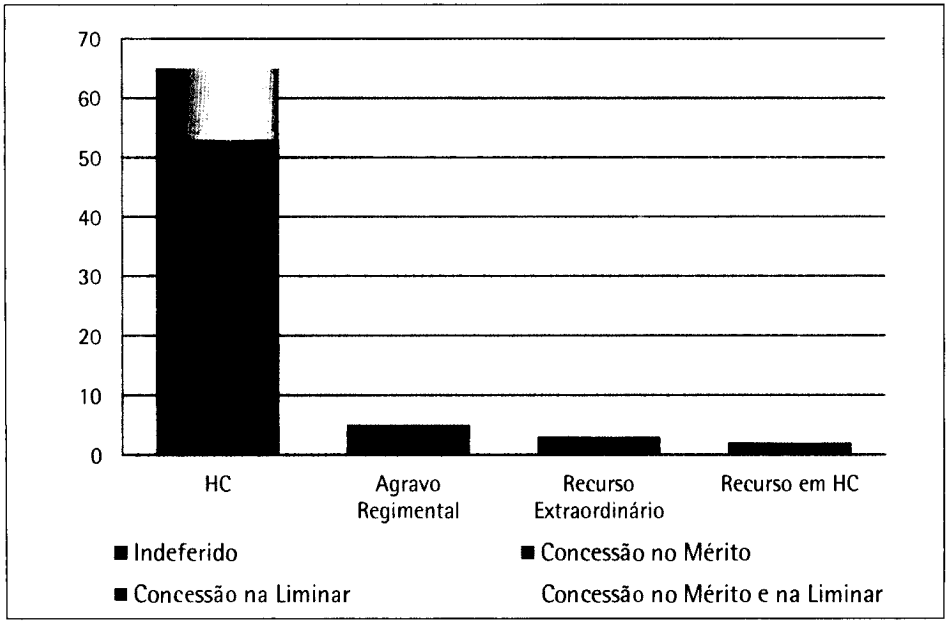
O mesmo impacto numérico pode ser observado nos valores referentes à concessão ou adesão do STF à tese da insignificância. No ano de 2004, o único caso a apresentar o argumento da insignificância não obteve êxito, o que corresponde a 100% de não concessão neste ano. Nos anos seguintes, 2005 e 2006, houve concessão em 50% dos casos, o percentual de concessão foi equivalente ao de não concessão. Já em 2007 o percentual de concessão passou a ser superior: 66% dos casos, números mantidos em 2008.

Destaca-se que, comparando os anos de 2004 e 2009, houve um aumento de 83% no número de casos alegando o princípio da insignificância e, concomitantemente, houve um aumento de 66% no percentual de concessões. Há, portanto, um avanço jurisprudencial significativo e a tese do *princípio da insignificância* encontrou um espaço cada vez maior.

5.2 *A importância do habeas corpus*

Gráfico 3

Reconhecimento da insignificância de acordo com a espécie processual (em números absolutos)



Dos dados empíricos colhidos também é possível observar o grande relevo que possui o instrumento do *habeas corpus* para levar a discussão do princípio da insignificância ao STF, em face dos demais recursos (Agravo regimental, Recurso extraordinário, Recurso ordinário constitucional). Dentre os 75 casos analisados, 86% das alegações foram por via de *habeas corpus*. Este número torna-se ainda mais expressivo se analisado perante o referencial da concessão, dos 45 casos de reconhecimento do princípio da insignificância, 42 deles foram discutidos em *habeas corpus*, o que revela um percentual esmagador de 93% de concessões em sede *habeas corpus*.

Estes dados podem ser interpretados de duas formas: primeiramente pelo grau de afinidade que o instrumento recursal possui em relação à tese da insignificância, ou seja, por meio do *habeas corpus* pode ser discutida qualquer restrição ilegal à liberdade de ir e vir. Uma vez que o princípio da insignificância vem afastar a possibilidade de enquadrar determinado fato na categoria de crime, isto torna, ainda que indiretamente, injusta a prisão efetuada. Em contrapartida, uma argumentação em sede de recurso extraordinário, por exemplo, já teria maior complexidade, até mesmo em virtude dos requisitos necessários ao recurso: repercussão geral, divergência jurisprudencial, matéria constitucional. Portanto, um segundo aspecto a ser considerado é a maior facilidade de acesso ao STF por meio do instrumento da *habeas corpus*.

5.3 A importância da Defensoria Pública

No tocante titular da defesa, os dados colhidos pela pesquisa empírica revelaram uma ampla primazia da Defensoria Pública, tanto da União, como Estadual,[38] na qualidade de órgão responsável pelo maior número de casos com discussão do *princípio da insignificância*, bem como de concessão por esta alegação. Dos 75 casos analisados, 82,7% tiveram a defesa realizada pela Defensoria Pública, obtendo êxito em 65% destes casos, contra um índice de reconhecimento de 38% dos processos defendidos por advogados particulares.

Vale destacar que pela distinção de natureza entre os diversos casos, bem como em razão do espaço amostral, estes dados não revelam maior ou menor *qualidade* na defesa.

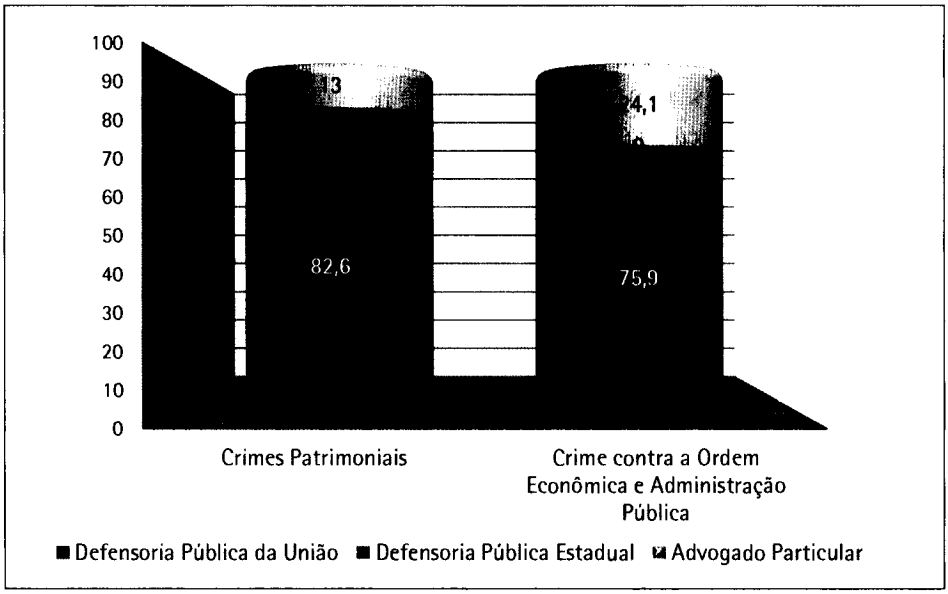
---

38. Segundo a Associação Nacional dos Defensores Públicos, a Defensoria Pública dos Estados tem atribuição para patrocinar as defesa de seus assistidos, nos processos originários da Justiça dos respectivos estados. Algumas já contam com escritório em Brasília, para facilitar esse acompanhamento. Atualmente, é o caso de São Paulo, Rio de Janeiro e Tocantins. A tendência é que outras Defensorias de outros Estados abram escritórios na capital federal.

Outro possível cruzamento de variáveis que traz um resultado surpreendente é, justamente, a análise da titularidade da defesa em relação ao tipo de crime (patrimoniais *x* fiscais/contra a administração pública). A princípio, seria possível imaginar uma maior atuação da Defensoria Pública em crimes patrimoniais, no entanto – como se pode observar do gráfico abaixo – há um destacado *equilíbrio* na atuação do órgão defensivo entre os dois grupos criminais. Estes dados podem ser explicados em virtude da presença da Defensoria Pública nos casos de contrabando e descaminho, classificados na segunda categoria de crimes analisados, cujos agentes nem sempre tem condições econômicas para assistência jurídica particular.

Gráfico 4

Titularidade da Defesa
Em Percentual



5.4 O uso do princípio da insignificância nos crimes patrimoniais e fiscais

O objetivo inicial do estudo empírico em tela está representado na análise das seguintes variáveis: tipo de crime, valor e concessão com base na insignificância. Um primeiro ponto a ser observado é a concessão do recurso em relação ao tipo de crime. Dos dados colhidos, observou-se que os crimes patrimoniais tiveram um índice de 52,2% de reconhecimento do *princípio da insignificância*, enquanto nos crimes fiscais/contra a administração pública o percentual de concessão alcançou 72,4%.

Este maior percentual de concessão no segundo grupo de crimes analisados (crimes fiscais e contra a administração pública) indica uma correlação indireta com a Lei 10.522/2002, destacada pelo cruzamento com a variável valor. Observa-se que nos casos de crimes econômicos de menor monta, sujeitos ao mesmo estereótipo dos delitos patrimoniais, como casos de contrabando e descaminho, na faixa de valor de R$ 200,00 a R$ 4.400,00 (passagem ilícita pela fronteira nacional de bens como cigarros e objetos eletrônicos, normalmente cometido por particulares), o reconhecimento da insignificância se aproxima com a lógica de aplicação do princípio nos crimes contra o patrimônio: há mais reticência na aplicação da excludente de antijuridicidade pelo paralelo com a Lei de Execução Fiscal, são empregados os argumentos de alta periculosidade, de política criminal, e a concessão dos recursos com base no princípio variam na mesma proporção.

Por outro lado, nos casos de delitos econômicos como sonegação ou evasão de impostos, o percentual de concessão *não* varia segundo o critério valor para o grupo de crimes em estudo: 100% dos casos em que os bens estiveram na faixa máxima (R$ 4.001,00 a R$ 5.000,00 reais) lograram a concessão pelo *princípio da insignificância.*

Gráfico 5

Percentual de Incidência por Faixa de Valor

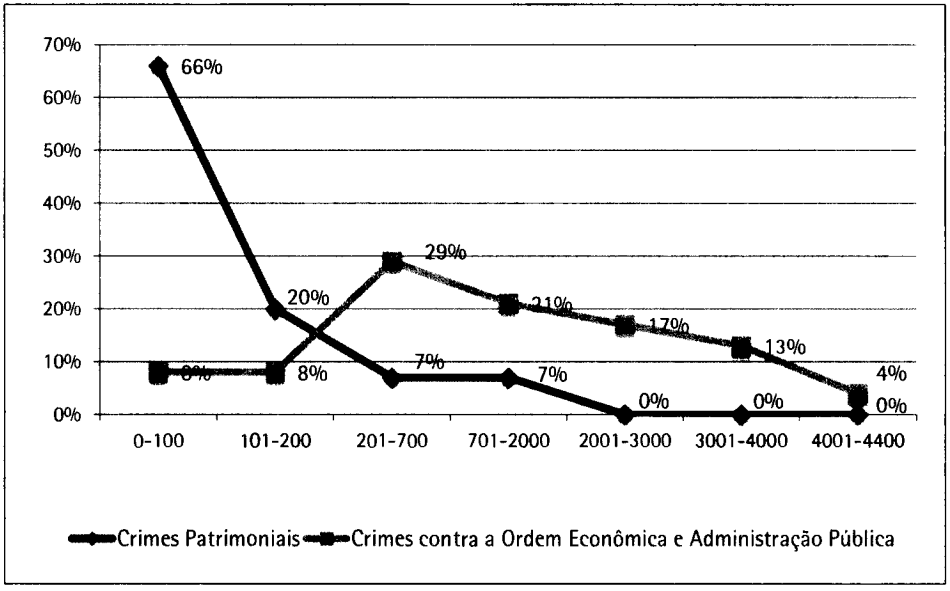
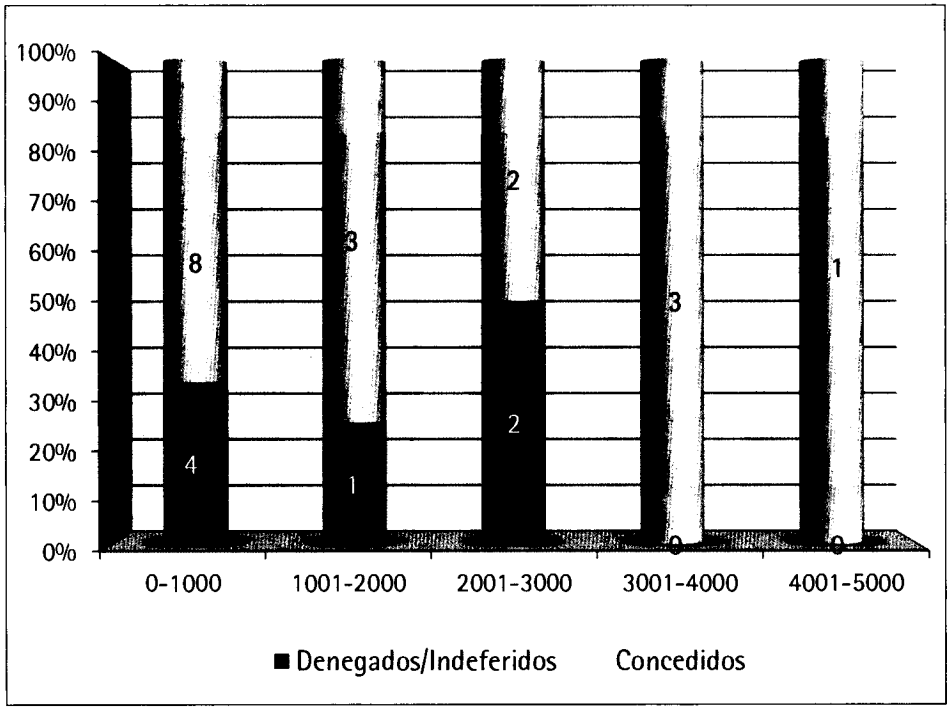


Gráfico 6

Crimes contra ordem econômica
(Percentual e Números Absolutos)



Conforme os dados acima apresentados, é possível a verificarmos que o valor de R$ 10.000,00 estipulado pela Lei das Execuções Fiscais como mínimo para instauração e prosseguimento do processo de cobrança impacta a jurisprudência do STF, no que tange aos crimes fiscais.

Fenômeno diverso pode ser observado nos crimes patrimoniais, enquanto 66% dos casos que apresentavam um valor inferior a R$ 100,00 obtiveram um percentual de concessão de aproximadamente 60%, a totalidade dos casos cujo valor excedia R$ 700,00 obteve a denegação da Corte Constitucional. Consoante o gráfico abaixo, vê-se que o valor além de ser um critério relevante para a denegação do pedido, apresenta-se ínfimo em relação às quantias presentes nos crimes fiscais e contra a Administração Pública.

Gráfico 7

Crimes patrimoniais
(Percentual e números absolutos)

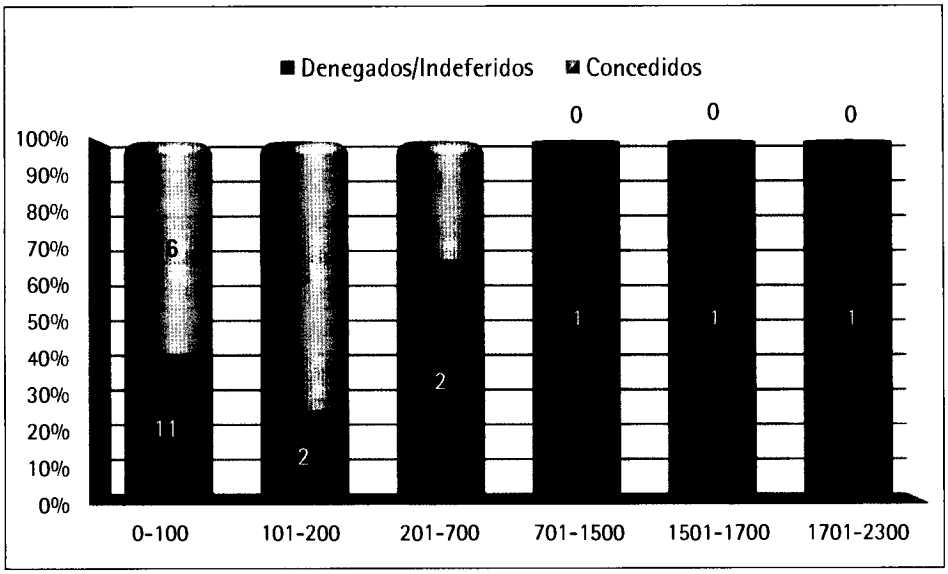
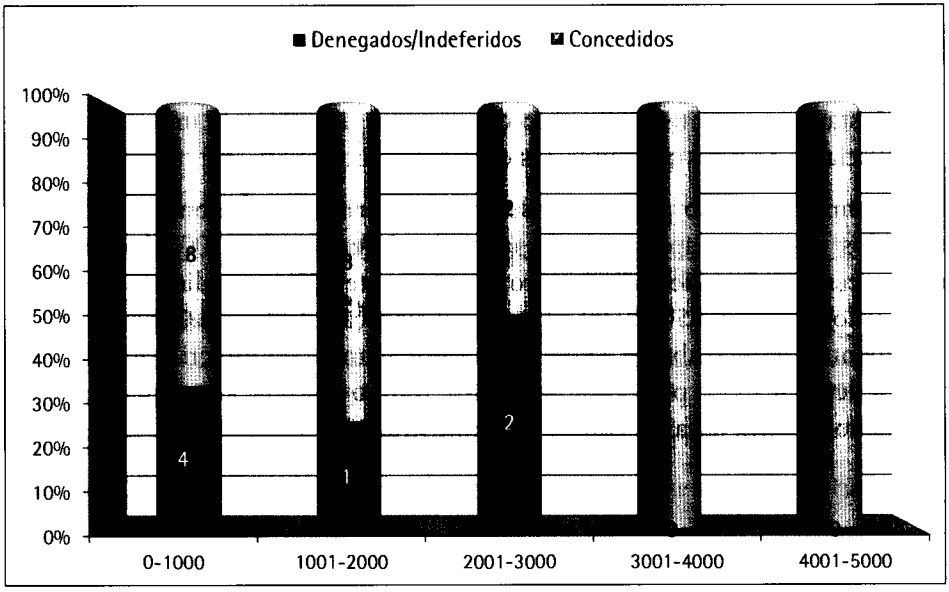


Gráfico 8

Crimes contra ordem econômica
(Percentual e Números Absolutos)



6. ALGUMAS CONCLUSÕES MAIS DESTACADAS: REAFIRMAÇÃO E DESCONSTRUÇÃO DE ALGUNS MITOS SOBRE A INSIGNIFICÂNCIA NO STF

6.1 Insignificância e furto de alimentos

O gráfico abaixo indica a análise da insignificância em relação aos objetos materiais do crime.

Tipo de Bem em relação ao Tipo de Provimento
(Percentual e números absolutos)

	Não reconhecido	Mérito	Liminar	Mérito e Liminar	Total por tipo de bem
Higiene pessoal	2	1	0	2	5
	40,0%	20,0%	0%	40,0%	100,0%
Animais	1	0	0	0	1
	100,0%	0%	0%	0%	100,0%
Alimentos/Bebidas	1	3	0	2	6
	16,6%	50%	0%	33,3%	100,0%
Roupas	2	4	1	1	8
	25,0%	50,0%	12,5%	12,5%	100,0%
Objetos eletrônicos	6	2	0	0	8
	75,0%	25,0%	0%	0%	100,0%
Dinheiro	7	3	0	1	11
	63,6%	27,3%	0%	9,1%	100,0%
Outros	5	3	0	4	12
	41,6%	25,0%	0%	33,3%	100,0%
Total por tipo de provimento	18	19	1	9	44
	40,9%	43,2%	2,3%	20,5%	100,0%

Percentages and totals are based on respondents

Estatisticamente, pode-se observar que a posição do STF é bastante favorável à aplicação do princípio da insignificância nos casos de furto de alimentos. Dentre todos os bens apurados nos delitos patrimoniais, os alimentos aparecem em terceiro lugar, representando 13,6% e, considerando-se apenas este grupo (alimentos), o Supremo reconheceu a insignificância em 83% dos casos, ou seja, na grande maioria dos casos de furto de alimentos, especialmente aqueles de muito pequeno valor, como as tão citadas barras de chocolate, o Supremo decretou o trancamento da ação penal ou a extinção da ação.

Os bens apurados nos delitos patrimoniais são bastante diversificados, sendo que dinheiro em espécie é o bem mais atingido por estes delitos (25%), seguido por aparelhos eletrônicos (aparelhos de celular em sua maioria) e roupas, que representam ambos 18,2%. Sendo assim, é importante ressaltar que há grande pluralidade de bens objeto de crimes patrimoniais,[39] de modo que o índice de 13,6% é significativo no universo de delitos, especialmente se considerarmos que muitos bens surgiram apenas uma vez no grupo de acórdãos estudados, e acabaram agrupados em uma categoria geral, para que fosse possível a apuração de resultados mais expressivos. Assim, o reconhecimento do princípio da insignificância em 83% dos furtos de alimentos pode ser considerada uma amostra fidedigna da forma como o Supremo avalia estes casos.

Dos 75 casos analisados na pesquisa, 44 representam crimes contra o patrimônio, nos quais os relatores identificaram os bens. Destes 44, seis referem-se ao furto de gêneros alimentícios e, dentro deste grupo, em apenas um caso houve a denegação do recurso, pelo não reconhecimento do princípio da insignificância.

Assim, o STF tende a acatar a insignificância quando os objetos do delito são alimentos. A depender das decisões do STF, não há imputação de penas restritivas de liberdade, e muitas vezes nem a consideração de responsabilidade penal, quando se tratam de delitos de bagatela envolvendo alimentos. Esta resposta, no entanto, não é alentadora para os diretamente envolvidos com a aplicação do direito penal. Isto porque, aquele que furta alimentos, no Brasil, na grande maioria dos casos, é preso em flagrante, e aguarda preso, em centros de detenção provisória, por uma decisão judicial favorável, como as observadas no STF.

É importante, portanto, que não se perca de vista o horizonte limitado de atuação do STF, uma vez que nem todos os casos bagatelares em que não foi aceita a alegação de insignificância são objeto de recurso para esta Corte. A julgar pelas considerações acima, pode-se sugerir a conclusão de que no Brasil, bagatelas não são típicas, pois a postura do STF tende para o reconhecimento equilibrado do princípio, ao menos nos delitos patrimoniais. Contudo, a quantidade de casos que chegam a esta instância pode ser um indicativo de que uma parcela muito reduzida de defensores tem condições de levar os casos ao STF, e pode também indicar o exacerbado interesse do Ministério Público em perseguir crimes de pouca relevância.

---

39. Muitos deles entraram na categoria "outros", onde encontramos ferramentas, violão, brinquedo, maços de cigarro etc.

Se há um alto índice de reconhecimento da insignificância nos furtos de alimentos, por outro lado, a posição do STF é bastante diferente quando se tratam dos delitos envolvendo dinheiro e objetos eletrônicos. Quando o delito envolvia objetos eletrônicos, o Supremo negou a insignificância em 75% dos casos, e em 63,6% dos delitos onde dinheiro foi o bem atingido.

6.2 Insignificância e crimes fiscais

Foi a interpretação dos delitos econômicos que permitiu o recorte temporal mais preciso da pesquisa, ao possibilitar uma comparação mais objetiva do tratamento conferido aos crimes econômicos e patrimoniais a partir do referencial de 10 mil reais, indicado pela jurisprudência com base na Lei de Execuções Fiscais, alterada em dezembro de 2004.

Os principais delitos econômicos observados foram as condutas compreendidas no art. 1.º da Lei 8.137/1990[40] que contempla, principalmente, a sonegação de impostos. Este grupo representa 38,6% do total de casos analisados.

O reconhecimento do princípio da insignificância nos delitos econômicos supera largamente o índice de reconhecimento nos crimes patrimoniais, pois, ao considerarmos somente os casos de crimes contra a ordem econômica, verificamos que o STF aplicou o princípio em 72,4% dos casos, enquanto o índice de aplicação do princípio nos crimes contra o patrimônio é de 52,2%.

Esta diferença, no entanto, não está baseada no patamar de valores que estes delitos apresentam, mas na interpretação objetiva dos critérios geralmente suscitados pelos Ministros para o reconhecimento do princípio da insignificância, que é o valor capaz de produzir uma lesão relevante ao bem protegido pela norma penal.

---

40. "Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei 9.964, de 10.04.2000).
I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.
Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa."

Como pudemos observar nos gráficos 7 e 8, há uma discrepância sensível entre os valores considerados insignificantes para os dois grupos de delitos analisados, sendo que as colunas de concessão do recurso se invertem nos patamares acima de R$ 200,00, como também ilustra o gráfico n. 5. Tratando-se dos delitos patrimoniais, o valor máximo que identificamos é de R$ 2.300,00, que envolvem apenas dois,[41] dos 45 casos de crimes contra o patrimônio que chegaram ao conhecimento do STF no período analisado, sendo que em nenhum dos dois houve o reconhecimento da insignificância.

Nos delitos econômicos, por sua vez, verifica-se que grande parte dos casos tem valores compreendidos entre as faixas de R$ 1.000,00 e R$ 5.000,00 e, contrariamente aos delitos patrimoniais, os patamares de valor mais elevados têm sucesso no pleito pelo reconhecimento da insignificância.

O grau de concessão dos recursos destaca-se ainda mais nos delitos econômicos quando voltamos a atenção para os bens objeto dos delitos, capazes de demarcar com maior precisão os casos de sonegação de tributos dos demais delitos, pois nos casos em que o bem foi exclusivamente o tributo sonegado o índice de reconhecimento da insignificância é de 93,7%. Os tributos representam 77,7% dos casos.

A partir destas considerações, é possível confirmar as impressões comuns de que o STF isenta de responsabilidade penal a grande maioria (93%) dos autores de delitos de sonegação de impostos, a indicar a divergência de tratamento conferido quando comparados aos delitos patrimoniais.

Mas não só. O STF apresenta uma jurisprudência bastante uniforme ao tratar da insignificância nos delitos econômicos, tendo como principal referência o valor objetivo sonegado, comparando-o com o patamar estabelecido na Lei de Execuções Fiscais, ao passo que os argumentos utilizados pelos Ministros nos votos proferidos em casos patrimoniais apresentam uma tendência maior de valorizar elementos subjetivos, como a conduta do agente, os antecedentes criminais, e as circunstâncias nas quais o delito foi praticado.

6.3 Inconstância das decisões nos delitos patrimoniais

Como pudemos observar logo no início deste trabalho, a aceitação do princípio da insignificância no Brasil deve-se em grande parte aos esforços dos

41. STF, HC 91.756/PA, rel. Min. Eros Grau, trata de um caso de estelionato, praticado por um oficial do exército que, sob o pretexto de auxiliar seus colegas no caixa eletrônico, transferia valores para sua própria conta corrente que, somados, alcançaram o valor de R$ 1.470,00 e HC 98.149/ES, rel. Min. Cármem Lúcia, refere-se a tentativa de furto, por um soldado, de um laptop do quartel onde atuava, avaliado em R$ 2.229,00.

Ministros do STF no debate deste tema. A incorporação do princípio na pauta dos tribunais nacionais possibilitou a correção de desequilíbrios e injustiças que não podem ser solucionados apenas através dos elementos fornecidos pela norma penal abstrata, pois permite uma resposta mais sensível do julgador diante do caso concreto.

Pudemos observar, no entanto, que a própria jurisprudência do Supremo parece estar ainda em formação, no que diz respeito a este tema de estudos, e acompanha a evolução do número de casos (que aumentam em uma curva acentuadamente ascendente, como demonstrou o gráfico 1).

Como consequência deste processo, especialmente no grupo dos crimes patrimoniais, tornou-se muito difícil identificar um padrão dentro do qual se distribuam os casos que são e que não são considerados insignificantes pelo Supremo.

Ora se reconhece a atipicidade de furto de valores como R$ 75,00,[42] de R$ 20,00,[43] de R$ 96,33,[44] de R$ 220,00,[45] R$ 162,00 (HC 91. 065/SP), R$ 60,00 (HC 94.439/RS), R$ 7,00 (HC 95.174/RJ), R$ 25,00 (HC 92.946/RS), R$ 54,00 (HC 93.388/RS), R$ 100,00 (HC 92.743/RS) e R$ 40,00 (RHC 96.813/RJ), ora se reconhece a incidência da norma penal em furtos de celular no valor de R$ 35,00[46] ou de gomas de mascar no valor de R$ 98,00,[47] sem que haja distinção fática apta a justificar as diferentes decisões.

A diferença no tratamento entre as duas categorias de crime fica ainda mais evidente ao observarmos os valores que foram considerados insignificantes nos delitos econômicos: R$ 227,00 (HC 88.771/PR), R$ 455,00 (HC 87.478/PA), R$ 511,00 (HC 94.502/RS), R$ 1.145,00 (HC 96.976/PR), R$ 1.470,00 (HC 95.749/PR) e R$ 3.607,00 (HC 97.927/RS), todos do STF.

A divergência jurisprudencial no tratamento dos dois grupos de casos evidencia-se não somente no tocante ao valor dos bens, mas também com relação aos argumentos mais mencionados pelos Ministros. É maior o número de argumentos invocados pelos Ministros quando se decidem pelo reconhecimento da insignificância, se comparados ao menor número de argumentos de que se

42. STF, HC 92.634/PE, 1.ª T., j. 27.11.2007, rel. Min. Cármen Lúcia.

43. STF, HC 92.463/RS, 2.ª T., j. 16.10.2007, rel. Min. Celso de Mello.

44. STF, MC no HC 99.054/RS, 1.ª T., j. 13.05.2009, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

45. STF, HC103.657/MS, 2.ª T., j. 15.02.2011, rel. Min. Celso de Mello.

46. STJ, HC 124.904/SP, j. 05.04.2010, rel. Min. Jorge Mussi.

47. STF, HC 98.944/MG, 1.ª T., j. 04.05.2010, rel. Min. Marco Aurélio.

valem para negar os pedidos, de forma que muitas vezes o valor do objeto é suficiente para recusar o princípio, mantendo-se a condenação penal, mas raras vezes é utilizado isoladamente para atestar a insignificância e afastar a pena.

Observa-se um esforço do Tribunal em justificar a sua decisão absolutória à sociedade, colacionando no mesmo voto, por exemplo, elementos de política criminal – como a desproporção entre a pena e o delito praticado, a reparação do dano da vítima – e de teoria do delito – indicando a atipicidade. Dentre os acórdãos que não reconhecem o princípio da insignificância, 93,1% são decididos por unanimidade, mas este índice cai para 78,8% nos casos de aplicação do princípio, o que indica o maior grau de votos divergentes nas decisões absolutórias.

7. ALGUMAS PROPOSTAS

Parece, em verdade, que a ausência de tipicidade nos casos fiscais não decorre da *insignificância* do resultado, mas da *subsidiariedade* do direito penal. O valor de 10 mil reais é *significante*, é *relevante*, mas a fixação desse patamar mínimo para o processo de execução fiscal afasta a razoabilidade da aplicação do direito penal, diante da ausência de sentido lógico em vedar o processo administrativo de cobrança e acionar um instrumento mais solene, mais agressivo e mais caro para apurar o mesmo comportamento e destinar a ele quaisquer consequências jurídicas.

Porém, se reconhecida tal operação para os crimes *fiscais*, também a mesma lógica deve ser aplicada aos demais delitos patrimoniais – *de qualquer valor* – nos quais o bem é devolvido e a vítima não mostra interesse na continuidade da persecução penal. Com isso, é possível superar a discussão sobre o *valor da insignificância* e construir parâmetros mais adequados para enfrentar a questão.[48]

Do contrário, a manutenção da dicotomia entre crimes patrimoniais comuns e fiscais faz valer para o sistema penal brasileiro a crítica de Gracia Matrin para quem a característica principal do controle repressivo estatal atual é "a definição e inclusão no discurso da criminalidade de praticamente a totalidade do sistema de ação social das classes sociais submetidas e privadas de poder econômico, e, por outro lado, a exclusão desse discurso de criminalidade

48. Cabe mencionar, neste sentido, uma proposta de reforma do Código Penal em elaboração pelo Ministério da Justiça, que inclui a extinção de punibilidade do furto pela reparação do dano causado á vítima, bem como a possibilidade de condicionar a ação penal para estes delitos em condicionada à representação.

de praticamente a totalidade do sistema de ação material criminal das classes sociais com poder econômico".[49]

Seria possível questionar, também, as vantagens de positivação do princípio da insignificância, para além do disposto no atual art. 155, § 2.º (que inadequadamente condiciona a diminuição de pena à primariedade do réu, mesclando também elementos objetivos e subjetivos na interpretação do delito),[50] tanto como regra de interpretação genérica do Código Penal, a fim de estimular sua aplicação pelas primeiras instâncias de julgamento, e evitar que casos tão pequenos cheguem ao Supremo. Entende-se, no entanto, que enquanto alternativa viável para o legislador, esta é uma solução dispensável se os critérios de imputação objetiva forem bem analisados pelos julgadores no momento de avaliar a efetiva lesão que a conduta causou ao bem jurídico, e facilmente depreendida dos princípios constitucionais de direito penal.

8. CONCLUSÕES

1. O *princípio da insignificância* – instituto aplicado com frequência pela jurisprudência brasileira para afastar a tipicidade de comportamentos com ínfimo *desvalor de resultado* – tem se mostrado um efetivo instrumento de política criminal para variados fins, mas a ausência de parâmetros mais claros para a fixação de seus contornos tem contribuído para seu reconhecimento de forma desigual e contraditória.

2. O princípio tem fundamento dogmático na *tipicidade material*, no revigoramento do *desvalor do resultado* como elemento do injusto, e no desenvolvimento da *teoria do bem jurídico penal*, mas foi paulatinamente aceito pela jurisprudência brasileira devido à crescente crise do sistema carcerário e ao reconhecimento da necessidade de afastar a prisão de pequenos crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça, que ainda representam um contingente significativo da massa de presos brasileiros.

3. A ausência de reflexões dogmáticas mais profundas sobre os contornos da *insignificância* e de parâmetros para a aplicação levaram a jurisprudência a recorrer a critérios pouco precisos, que ao mesmo tempo em que possibilitam o manejo do princípio para diferentes situações, acabam por permitir interpre-

49. MARTÍN, Luis Gracia. Op. cit., p. 185.

50. Esta, aliás, foi a opção da Comissão de Crimes e Penas, que inclui nos esboços iniciais do projeto a indicação de atipicidade em casos de lesão insignificante ao bem jurídico.

tações muito distintas para casos praticamente iguais, mitigando a isonomia e a segurança jurídica, que merecem especial atenção na seara penal.

4. A ampliação do âmbito de abrangência do princípio para *crimes econômicos* intensificou a dicotomia apontada, vez que os critérios para o reconhecimento da ausência de materialidade típica em crimes fiscais e outros assemelhados são mais amplos do que aqueles reconhecidos para outros crimes, como os delitos patrimoniais comuns.

5. Do levantamento estatístico realizado, pode-se concluir que houve uma mudança significativa do tratamento do princípio da insignificância pelo STF entre os anos de 2004 e 2009, que atuou decisivamente no reconhecimento deste mecanismo de interpretação da norma penal.

6. Observa-se também que a grande maioria dos casos apreciados pelo Tribunal foram trazidos pela Defensoria Pública, em especial nos delitos patrimoniais, pela via do *habeas corpus*, a demonstrar a importância deste recurso constitucional e também a atuação relevante das defensorias na formação da jurisprudência mais favorável à correção de distorções de aplicação das sanções penais.

7. A diferença nas faixas de valores considerados insignificantes pelo Supremo é patente, ao comparar os delitos patrimoniais e econômicos, a sugerir uma reprovabilidade distinta em relação a estes dois grupos, apesar de se tratarem de crimes de cunho eminentemente monetário, onde não há violência.

8. Ressalta-se também a dificuldade encontrada pelo STF em estabelecer critérios equilibrados e seguros na aplicação do princípio da insignificância, ora suscitando apenas elementos de ordem objetiva para reconhecer ou afastar o princípio, ora determinando subjetivamente, com argumentos que muitas vezes fogem da amplitude da discussão da insignificância – como a vida pregressa do agente, ou a sensação social de impunidade –, quais são os casos que merecem ou não a interpretação mais benéfica.

9. Tudo isso revela a necessidade de uma revisitação do *princípio da insignificância*, não para limitar sua incidência, mas para assentar suas bases materiais e permitir o desenvolvimento de critérios de aplicação mais uniformes, mais racionais, que permitam um tratamento isonômico a crimes similares, praticados de maneira semelhante. Nesse sentido, parece válida a ideia de reconhecer a *insignificância* apenas em delitos com valores ínfimos e, nos demais casos, afastar a tipicidade pela *subsidiariedade* no uso do direto penal, seja pela existência de normas que afastem o processo administrativo – caso dos crimes fiscais – ou diante da restituição do bem e do desinteresse da vítima em prosseguir com a persecução, independente do valor patrimonial afetado.

9. BIBLIOGRAFIA

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*. n. 1. p. 16-29. São Paulo: IBCCrim, mai.-ago., 2009.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necessidad de uma lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2010.

BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

_____. *Bases criticas de um nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1994.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. 1.

_____. *Direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico – Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP. *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários: problemas gerais*. vol. 1. p. 347-364. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coord.). 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Barcelona: Atelier, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 82. p. 165. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien juridico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegomenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la critica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MIR PUIG, Santiago. La perspectiva *ex ante* em derecho penal. *Anúario de Derecho Penal e Ciências Penales*. n. 1. t. 36. Madrid: Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado, 1983.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Politica criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Juridica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Anotações aos acórdãos: critérios de aplicação do princípio da insignificância no âmbito jurídico-penal brasileiro, de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – *RBCCrim* 90/403;
- Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, de Luiz Flávio Gomes – *RT* 789/439;
- Estado Democrático de Direito – O direito penal e sua função subsidiária – Princípio da insignificância penal, de Luiz Manoel Gomes Junior – *RT* 819/479; e
- Princípio da insignificância e os crimes ambientais, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 867/470.

Veja também Jurisprudência

- Crime de bagatela em furto tentado: *RT* 854/588;
- Inaplicabilidade do princípio da insignificância na subtração de porco macho em propriedade rural: *RT* 919/933;
- Princípio da insignificância em posse ilegal de entorpecente: *RT* 814/2003; e
- Princípio da insignificância no crime de descaminho: *RT* 840/538.

A IDENTIDADE DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

5

The identity of criminal legal dogmatics

RICARDO ROBLES PLANAS

Professor Titular de Direito Penal na Universidad Pompeu Fabra.

Traduzido por MARÍLIA BASSETTO

Mestre em Direito Penal e Ciências Penais pela Universidad Pompeu Fabra e pela Universidad de Barcelona. Doutoranda em Direito pela Universidad Pompeu Fabra.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O principal objetivo da dogmática jurídico-penal é refletir sobre o Direito Penal em termos abstratos, independentemente da lei positiva, mas não da realidade na qual esta se desenvolve. Nesse sentido, a dogmática jurídico-penal contribui de uma maneira particular e insubstituível à ideia de Justiça e justa alocação de responsabilidade em todas as épocas e sociedades. Assim, tanto a interpretação de conceitos legais quanto sua sistematização e axiomatização dependem do paradigma de legitimidade que se assinala. A influência na prática do Direito Positivo, que pode acontecer em vários graus, também deriva desse mesmo ponto de vista.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática jurídico-penal - Hermenêutica jurídica - Sistema do Direito Penal - Legitimidade do Direito.

ABSTRACT: The main aim of criminal legal dogmatic is the development of criminal law in abstract terms, regardless of positive law, but not of the reality in which it develops. In this sense, it makes a particular and irreplaceable contribution to the idea of justice and fair allocation of responsibility in every age and society. Therefore, both its development in the interpretation of legal concepts as well as its systematization and axiomatization depend on the legitimacy paradigm to which one subscribes. Influence in the practice of positive law, which can happen in various degrees, also flows from this same view.

KEYWORDS: Criminal Law dogmatic - Legal hermeneutics - Criminal Justice System - Law legitimacy.

SUMÁRIO: 1. Dogmática jurídico-penal, hermenêutica e realidade social – 2. A dogmática penal como sistema – 3. Dogmática e legitimidade do Direito – 4. Consideração final.

"A dogmática jurídico-penal é um sistema de enunciados doutrinários (jurídico-penais) resultado de esforços científicos."
Schmidhäuser

1. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL, HERMENÊUTICA E REALIDADE SOCIAL

1. Uma das mais relevantes ocupações tradicionalmente atribuídas ao dogmático em Direito Penal é o trabalho hermenêutico. Neste se busca *fazer compreensíveis* os textos jurídicos, assim como a totalidade dos símbolos e conceitos que a linguagem jurídico-penal utiliza. Hermenêutica é compreensão.[1]

2. A análise hermenêutica que a dogmática jurídico-penal efetua possui duas características. A primeira delas é própria de toda disciplina hermenêutica, enquanto a segunda é exclusiva da dogmática jurídico-penal, na medida em que nesta nunca se trata apenas de solucionar um caso concreto, mas também de impor uma *pena*. Em concreto: por um lado, para que se façam compreensíveis seus conceitos, a dogmática acode a um conjunto prévio de unidades conceituais e de raciocínios (conjunto a que nós denominamos de uma maneira genérica "sistema").[2] Por outro lado, nesta produção de sentido a dogmática não pode limitar-se a oferecer uma mera explicação do conceito, mas, ao mesmo tempo, tem de predicar o correto dessa explicação e responder à pergunta sobre se no caso concreto se deve afirmar ou negar a imposição de uma pena.[3]

---

1. Cf. por todos, *Müller/Christensen*. Juristische Methodik. 9. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. t. 1, p. 35; *Hassemer*, ARSP, 72 (1986), p. 195 e ss.; *García Amado*, Azafea. *Revista de Filosofía*, (5) 2003, p. 191 e ss., com uma iniludível exposição sobre as bases históricas, classes e limites das correntes hermenêuticas atuais.

2. SAVIGNY, Friedrich Karl von. System des heutigen römischen Rechts, 1840, p. XXXVI: "Observo a essência do método sistemático no reconhecimento e exposição da relação ou vinculação interna através da qual os conceitos e regras jurídicas particulares vinculam-se em uma unidade superior. Em geral, sobre a relação entre disposição legal e sistema", ver também, RÖDIG, Einführung in *Eine analytische Rechtslehre*, 1986, p. 89 e ss., p. 90: "construção de unidades de informação cada vez superiores"; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. ed. 1993, 4/38: "se não se quer que as normas jurídico penais sejam arbitrárias, elas devem estar interconectadas e nesse sentido formar um sistema".

3. Assim, *Zaczyk*, em: Hettinger et ali (eds.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, p. 731. Igualmente, *Frisch*, em: Engel/Schön (eds.), Das Proprium der

3. Assim, quando se pergunta à dogmática penal pelo significado de termos que o legislador utiliza nos tipos particulares da Parte Especial, a dogmática responde recorrendo a um *conjunto de enunciados prévios* e examinando as consequências desses enunciados desde o ponto de vista de critérios materiais de legitimação, isto é, de critérios do correto. O mesmo ocorre de forma muito mais evidente na Parte Geral e na compreensão dos muitos conceitos mais abstratos e fundamentais desta disciplina, como os de "delito" e "pena".[4]

Em verdade, o trabalho da dogmática jurídico-penal, assim como todo trabalho hermenêutico, não se limita a descobrir um sentido, mas sim se esforça por *atribuir um sentido ou sentidos*[5] desde um aparato conceitual próprio e preexistente, assim como desde uma própria teleologia a partir da qual a dogmática jurídico-penal se define e da qual não pode evadir-se (em nosso caso, aquela que exige a instituição "pena"). Dessa maneira, afirmou-se com razão que "pré-compreensão a respeito de qual seria a solução correta de um determinado conflito social, de um lado, e interpretação metodológica de um texto, de outro, não são questões distintas. Pelo contrário, toda interpretação se realiza sobre a base de uma pré-compreensão".[6] Entre as poucas tentativas que se produziram na dogmática penal dirigidas a concretizar este processo, resulta destacável a de *Langer*[7] quando especifica que a dogmática jurídico-penal, em sua tarefa de explicação de conceitos, opera em primeiro lugar *identificando os fenômenos* da realidade (análise) com conteúdo de sentido próprio, para posteriormente submetê-los a um processo de abstração conceitual – marcado pelo valorativo e pelo teológico – no qual se depuram os elementos relevantes e se obtém uma *definição*. Finalmente, gera-se uma *denominação*, isto é, uma

---

Rechtswissenschaft, 2007, p. 159, para quem determinadas interpretações devem ser excluídas do contexto de compreensão de textos jurídicos, especialmente do contexto das normas jurídico penais, por razão dos limites do que é possível legitimar nele mesmo. Naturalmente, cabe acrescentar que esta apreciação pressupõe que a eleição de uma interpretação dentre várias possíveis tem lugar conforme a um conjunto de critérios que está além de toda teoria da interpretação em sentido estrito. Em linhas gerais, pode-se ler em *Vives Antón*, Fundamentos del sistema penal, 1996, p. 468 que "uma dogmática jurídica expressa nosso modo de *compreender* e *valorar* a sociedade".

4. Destaca insistentemente que na análise de correção e legitimação material reside o "próprio" da dogmática jurídico-penal, *Frisch* (n. 4), p. 156 e ss.

5. Cf., Silva Sánchez, em: Pawlik et alii (eds.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, 2007, p. 646.

6. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. ed. 2004, § 2.° Rn. 67.

7. *Langer*, GA 1990, p. 438.

fórmula linguística que se utilizará no futuro para referir-se à definição anterior. O próprio *Langer* conclui que para explicar *conceitos legais* também têm lugar estas três fases, mas neste caso inicia-se o processo pela *denominação* que impõe o legislador, sendo, então, a *identificação dos fenômenos* da realidade e sua *definição* os passos seguintes, que ficam a cargo da dogmática (ou do intérprete, pois isto é o que se denomina interpretação) e que "conduzem a uma determinação precisa e correta do objeto que menciona o elemento legal e que, ao início era compreendido apenas superficialmente".[8]

Além de representar *uma* descrição audaz, mas altamente transparente do *modus operandi* dogmático, esta reconstrução permite trazer à colação ao menos dois aspectos: por um lado, que a aplicação de uma lei ao caso concreto não pode ser entendida como mera interpretação de um texto,[9] pelo contrário, trata-se de um processo de *concretização* de uma decisão na qual confluem de maneira indissolúvel elementos descritivos, cognitivos e normativo valorativos[10] de diversas índoles. Por outro lado, que o vínculo existente entre aquele que deve colocar em relação o geral (uma norma), o singular (um caso) e a realidade, possui uma característica especial no âmbito do Direito (Penal): os conceitos jurídicos (penais) não podem surgir desde uma fria distância em direção às pessoas e à sua práxis vital.[11] Isto é, a fundamentação das soluções a que chega a dogmática não pode basear-se somente no poder fático do Ordenamento,[12] porque a legitimidade dessas soluções depende de elementos (princípios) que estão além da mera positividade. Por esta razão o destacado a respeito do valorativo e do teleológico. Sobre esta última questão se voltará posteriormente.

4. Assim, a tensão entre dogmática e lei, especialmente intensa na Parte Especial, deve relativizar-se em tanto que se reconheça que a dogmática juri-

8. *Langer*, GA 1990, p. 439, colocando como exemplo a interpretação do termo "agressão" ('Angriff') da disposição legal que regula a legítima defesa.

9. Cf., por exemplo, *Müller/Christensen* (n. 1), p. 236 e ss.; *Hassemer*, ARSP, 72, 1986, p. 202 e ss.; *Schroth*, em: Kuafmann/Hassemer (Ed.), El pensamiento jurídico contem-poráneo, 1992, p. 301.

10. Algo destacou a propósito de e desde a irrupção do neokantismo; recorda-o *Sanz Morán*, em: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, t. 1, 2008, p. 646 com uma magnífica citação de *Grünhut*.

11. Assim, *Zaczyk* (n. 4), p. 728.

12. Assim, *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, p. 14, acrescentando que do contrário o dogmático ou o aplicador do Direito se converteria em um funcionário esquizofrênico enquanto sujeito moral.

dico-penal, ao interpretar, está, em verdade, definindo o campo semântico dos conceitos jurídicos, isto é, fixando o significado que se deve dar aos termos legais que fundamentam a imposição de deveres jurídico *penais*.[13] Trata-se, então, mais que de interpretação em sentido estrito, de *argumentação dogmática*. Nessa medida, a lei quase nunca aparece *primariamente* como "a solução do caso".[14] A esta se chega somente a partir da exata alocação do problema no sistema e da inevitável reflexão a respeito da legitimidade material da decisão. Que posteriormente seja imprescindível vincular esta decisão à letra da lei[15] – se é que a solução dogmática quer produzir efeitos em uma práxis regida pelo princípio da legalidade[16] – é algo que está fora de qualquer questionamento.

5. Por conseguinte, se ao compreender um conceito ou ao interpretar um texto a dogmática procede de modo diametralmente contrário ao que habitualmente se descreve, isto é, outorgando sentido a si mesma a partir de um conjunto de axiomas ou princípios que se encontram em unidades de sentido superiores e legitimando materialmente tal sentido à luz de uma compreensão prévia sobre o que é o Direito correto, então cabe concluir que a dogmática

13. Cf., *Jakobs* (n. 3), 4/37: "o limite da interpretação não é o sentido que *têm* os conceitos do Direito, senão aquele que se lhes quer *atribuir*; *Schmidhäuser* (n. 1), 5/42; para a aplicação do Direito não é decisivo o tipo do teor literal (*Wortlautstatbestand*), senão o tipo da interpretação (*Auslegungstatbestand*)". Em relação à Parte Geral, *Hruschka*, em: Imputación y Derecho penal, 2005, p. 270: "a doutrina geral do delito se ocupa certamente de algo muito distinto do código penal e, por isso, as disposições da lei, consciente ou inconscientemente, suficiente ou insuficientemente, acabam *adaptando-se* ao que constitui realmente o objeto da doutrina jurídico-penal" (sem itálicos no original).

14. Conclusão forçosa se se levam a sério os posicionamentos da hermenêutica. Cf. *Mir Puig*, em: El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, p. 22: "o teor literal não expressa por si só nem de forma acabada o conteúdo da norma a aplicar" (aludindo ao pensamento de *Friedrich Müller*, exposto em 1971 na primeira edição da obra citada *supra* na nota n. 2). *Rüthers* considera que "o sistema desenvolvido pela dogmática é mais expressivo (*aussagekräftiger*) e mais "válido" ("*gültiger*") que a determinação legal isolada, sempre carecedora de interpretação, porque aquele manifesta o sistema interno da totalidade do ordenamento jurídico", Rechtspolitisches Forum, 2003, p. 12 (entre aspas no original). Em uma linha similar, recentemente, *Riggi*, El problema del "fraude de ley" en Derecho penal, a ser publicado, sustenta que o limite à interpretação não é o sentido literal possível, senão a semântica paradigmática ou exemplar do texto legal, segundo a qual este somente resultaria decisivo para os casos claros, enquanto os difíceis – em minha opinião a maioria – resolver-se-iam mediante considerações analógicas e axiológicas.

15. De "*rückbinden*" (literalmente: religar, voltar a atar) fala *Zaczyk* (n. 4), p. 732.

16. Ou a vinculação com uma tradição jurisprudencial metodologicamente assegurada, como sucede na *common law* (precisa-o, *Zaczyk* (n. 4), p. 732, n. 41).

realiza uma *aproximação própria e independente ao objeto da regulação legal.* Naturalmente, a dogmática não pode suplantar a legitimação formal,[17] mas ela tampouco o pretende. Por isso, o dogmático deve vincular sua argumentação à letra da lei, em uma relação ou nexo de suficiência normativa. *Silva Sánchez* expôs e desenvolveu convincentemente esta ideia em relação à chamada interpretação teleológica.[18]

Como excurso cabe acrescentar que o anteriormente afirmado repercute no que concerne às *relações entre dogmática e política criminal.* Basta recordar que *Mir Puig* alegou há vários anos que a preferência pela contribuição político criminal do penalista, tão comum nas últimas décadas, explica-se pela questionável identificação da dogmática com a pura exposição da legalidade vigente, de maneira que se percebe a necessidade de ampliar os horizontes do penalista em direção a terrenos que ofereçam maiores possibilidades de criação material (a política criminal) como única via para o aperfeiçoamento do Direito vigente.[19] Entretanto, se se concebe a dogmática em sua secular função "como meio de *participação na criação do Direito*"[20] e se reconhece que "à ciência não compete somente a *reprodução* da lei, mas sim sua *elaboração racional*",[21] então se compreenderá também a utilidade da dogmática para o mencionado objetivo de aperfeiçoar o Direito: "para reformar as leis é preciso haver penetrado no significado profundo e nas exigências inerentes à instituição jurídica objeto da regulação, missão que caracteriza à melhor dogmática".[22]

6. Se a função de fixar sentido aos conceitos se leva a cabo porque e na medida em que existe um sistema, e se este sentido e o próprio sistema vêm determinados por aquilo que se considera materialmente legítimo, então convém agora deter-se na dogmática penal como sistema e, posteriormente, na dogmática penal com relação à questão de legitimidade do Direito.

---

17. *Jakobs* (n. 3), 191, 4/33: "o princípio da legalidade não impede tanto a punição sem razão fundada como a punição sem lei".
18. *Silva Sánchez* (n. 6), p. 660: "objektiver Zurechnungszusammenhang zwischen richterlicher Entscheidung (bzw. dogmatischem Vorschlag) und Gesetzestext". Sobre a interpretação teleológica em direito penal, ver também *Gimbernat Ordeig*, Concepto y método de la ciencia del derecho penal, 1999, p. 77 e ss.
19. *Mir Puig* (n. 15), p. 14.
20. *Mir Puig* (n. 15), p. 13.
21. *Mir Puig* (n. 15), p. 19.
22. *Mir Puig* (n. 15), p. 20, precisando que "instituição jurídica não se entende, pois, como uma figura puramente resultante da concreta regulação jurídico positiva, mas sim como relações da vida típicas conhecidas em sua significação jurídica" (n. 19).

2. A DOGMÁTICA PENAL COMO SISTEMA

1. É comum afirmar que uma das missões da dogmática jurídica é a de sistematizar e ordenar o Direito através da descoberta de princípios e enunciados teóricos abstratos que permitam criar um aparato conceitual reduzido, ao qual se remetam as decisões jurídicas concretas.[23] Entre outras vantagens deste proceder, a sistemática permite dar resposta a questões não pensadas até o momento, oferecendo assim uma maior segurança jurídica em comparação a outros métodos que não procedem sistematicamente. Sem desconhecer a enorme relevância desta contribuição, cabe acrescentar que a particularidade da análise sistemática efetuada pela dogmática jurídico-penal vai além do mero ideal de redução de complexidade – presente e futura – do positivo.

2. Desde logo, a sistemática na dogmática penal nasce com anterioridade à lei positiva e, especialmente na *Parte Geral*, quase nunca resulta influenciada por esta. Precisamente se recusa à letra da lei toda capacidade de configuração e influência sistemática (p. ex. em questões como a distinção entre injusto e culpabilidade, a localização do dolo ou o tratamento do erro). De forma mais evidente do que nas questões hermenêuticas, o principal objeto de trabalho do dogmático penal não é o material advindo do legislador, mas sim problemas, conceitos, grupos de casos etc. A atividade sistemática contempla o conjunto de enunciados dogmáticos como um instituto responsável também por facilitar o trabalho do aplicador real do Direito e, nessa medida, as leis positivas tem de ser integradas ao sistema, pois, de outro modo, a dogmática não poderia influenciar a práxis. Pois bem, ao sistema tais leis resultam-lhe contingentes.[24]

A *Parte Especial* também trata de sua própria axiomatização. Do contrário surge o risco da tópica.[25] O sistema da Parte Especial não difere substancial-

23. *Rödig*, Einführung in eine analytische Rechtslehre, 1986, p. 89: "axiomatização". Sobre isso, em geral, *Gimbernat Ordeig* (n. 19), p. 51 e ss. e 102 e ss.; *Schünemann*, em: El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, 1991, p. 31 e ss.; *Silva Sánchez*, Aproximación al derecho penal contemporáneo, 1992, p. 72 e ss.

24. *Hruschka* (n. 14), p. 272: "indubitavelmente as leis são necessárias; sem elas às vezes não poderíamos operar; pense-se no caso em que se tem de tomar certas decisões. Mas a doutrina geral do delito poderia seguir seu curso também sem as leis". Contundente, *Silva Sánchez*, GA 2004, p. 680, afirmando que um concreto Ordenamento penal nacional positivo não constitui o objeto da dogmática jurídico-penal, mas somente os limites de sua construção de *lege lata*.

25. Advertindo sobre os efeitos catastróficos do trabalho no sistemático, *Rödig* (n. 24), p. 91-92. Cf., ademais, *Gimbernat Ordeig* (n. 19), p. 90-91: "a falta de abstração, pelo contrário, implica a impossibilidade de distinguir onde se encontram as caracterísi-

mente daquele da Parte Geral, mas sim o prolonga e concretiza em determinados âmbitos.[26] O sistema de delitos patrimoniais pode incluir elementos ou princípios distintos daqueles do sistema de delitos contra a vida, como, por exemplo, a disponibilidade do bem jurídico patrimônio ou a ausência de deveres de solidariedade com relação ao patrimônio alheio. Tampouco neste caso a lei positiva afirma alguma coisa sobre o sistema. No entanto, se é que quer ser útil na prática, o sistema tenderá a compatibilizar-se com a maioria das leis positivas em um tempo dado.

3. Em verdade, não se começa a formar o sistema dogmático a partir da redução de complexidade da letra da lei positiva, mas precisamente de modo inverso, isto é, mediante a *multiplicação de complexidade* com relação ao caso ou casos regulados. Trata-se, como destacou *Hruschka*, de "reunir os grupos de casos imagináveis, tanto os problemáticos como os aparentemente não problemáticos, tanto os discutidos como os indiscutidos, ordená-los e estabelecer variantes de maneira sistemática, para conseguir sistemas completos, de casos e de sistemas de casos".[27] Somente assim poder-se-á expressar as diferenças relevantes que existem entre as diversas constelações, harmonizar-se-ão entre si as soluções, evitando-se contradições lógicas ou axiológicas, e delimitar-se-á ulteriormente o âmbito dentro do qual as propostas de solução de casos serão racionais.[28]

Naturalmente, na formação dos sistemas de casos e em sua posterior depuração intervêm considerações de diversas índoles, sem que se possa encontrar um método claro para dita formação e depuração. O certo é que o dogmático trabalha habitualmente com regras da lógica e da teoria da argumentação, mas não se exclui que possa utilizar também outros métodos para formar um material relevante sobre o qual deverá projetar suas valorações.

4. Contudo – e isto é algo que a meu entender desatende-se, em boa medida, no pensamento de *Hruschka* –[29] o método sistemático na dogmática penal tem uma segunda manifestação de caráter material, a meu juízo tanto ou mais

---

cas comuns que permitem subsumir sob um conceito geral toda uma série de casos concretos; sua consequência é uma prática contraditória que trata desigualmente casos de fato juridicamente iguais".

26. Assim, *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, p. 65; *Jakobs*, em: Schünemann et alii (eds.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, p. 810.

27. *Hruschka* (n. 14), p. 267.

28. Idem, ibidem.

29. Que inclusive chega a ridicularizar o valorativo, *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. ed., 1988, p. XXI: "para as valorações rege frequentemente o princípio 'tantas cabeças, tantas ideias'".

importante que a primeira e que distingue a dogmática de aproximações analíticas com outras possíveis disciplinas. Com efeito, basta observar a própria evolução da construção da teoria do delito para constatar que, junto à sistematização lógico estrutural do material relevante, trata-se também na dogmática jurídico-penal da elaboração de conceitos operativos – categorias – que sejam portadores de *valorações fundamentais*.[30] Deste modo, junto à dimensão analítica caberia destacar a dimensão ético normativa da dogmática, dado que, em última instância, a grande pergunta que a dogmática empreende é a relativa ao sentido de uma conduta desde o ponto de vista da *correta* atribuição de responsabilidade. Uma dimensão, por certo, que assim como de natureza lógico analítica, caracteriza-se também por sua supranacionalidade.[31]

Assim, por exemplo, o nascimento do conceito de tipo e a classificação entre elementos objetivos e subjetivos do delito foram importantes avanços na sistematização da dogmática penal, mas excessivamente orientados ao formal.[32] Por outro lado, a tendência na reflexão jurídico-penal de inspiração germânica é, há bastante tempo, a *sistematização de caráter material*.[33] A elaboração das categorias dogmáticas do injusto e da culpabilidade ou a separação entre imputação e desvaloração como pressupostos do delito são processos sistemáticos que pouco tem a ver com a ordenação de alguns elementos positivos, senão com teorias sobre a essência do delito e sobre a legítima qualificação de um acontecimento como delito.[34] Em verdade, a análise sistemática da dogmática penal é particular porque se projeta sobre enunciados de dever que afetam as relações entre cidadãos ou as relações entre os cidadãos e a comunidade, tendo como horizonte a consequência jurídica *pena*. A sistemática a que se devem submeter estes enunciados fica condicionada, novamente, pela *pretensão de legitimidade* e o caráter qualificadamente coativo destes enunciados no Direito Penal.

5. Cabe acrescentar que, segundo acredito, reside aqui a principal diferença entre o sistema de delito de cunho germânico e o anglo americano. A superioridade do primeiro com respeito ao segundo surge de que a teoria do delito da

30. Assim já *Radbruch*, em: Hegler (ed.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 1930, p. 158.

31. Assim, *Silva Sánchez*, GA 2004, p. 681: uma "gramática internacional que seria um erro abandonar.

32. Ver, por exemplo, o sistema classificatório dos pressupostos do delito nas categorias de "sujeito", "objeto" e "meio" de *Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. ed., 1872, p. 118.

33. Destaca-o, *Frisch* (n. 4), p. 165.

34. Assim, *Frisch* (n. 4), p. 165.

common law molda uma estrutura destinada a ordenar os pressupostos e efeitos da ocorrência de circunstâncias do fato e do autor, em um código de caráter binário e formal, requerendo simplesmente alguns pressupostos objetivos e subjetivos por um lado, e contemplando um conjunto de circunstâncias excludentes do castigo, por outro. Entretanto, o sistema de delito de nossa tradição cultural, ao construir-se sobre a base de conceitos materiais como injusto e culpabilidade ou como comportamento passível de proibição e sancionável ou, ainda, como conduta que merece e necessita pena, permite uma vinculação direta do sistema com as questões de legitimação. Naturalmente, o último somente foi possível graças à elaboração dogmática de alguns conceitos jurídicos abstratos, complexos e fundados em profundas valorações que contém um potencial teórico crítico do qual estão muito distantes os conceitos descritivo instrumentais que utiliza o Direito Penal de *common law*.[35]

6. Deve-se destacar que a sistematização axiológica ou teleológica não é incompatível com a sistematização lógico estrutural, pelo contrário, são duas formas complementares e necessárias para o dogmático. A primeira parte de princípios legitimadores do Direito Penal e trata de desenvolvê-los em um sistema articulado onde estes princípios possam ser verificados no caso concreto. A segunda parte da agrupação dos casos em estruturas relevantes. Pois bem, um sistema de categorias axiológicas operativas não pode estabelecer as estruturas relevantes sem antes haver imaginado uma grande quantidade de casos com estruturas semelhantes entre si e distintas às de outros grupos de casos. Um sistema de casos somente poderá encontrar estruturas relevantes (isto é, não inúteis aos efeitos de imposição de pena) se antes tiver identificado quais são as diferenças valorativas essenciais. Dito com dois exemplos: por que se valoram de maneira diferenciada as hipóteses de erro de tipo e as de erro de proibição? Por que se erigem os princípios de referência e simultaneidade como princípios analítico estruturais em matéria de dolo e erro?

35. Similar, *Schünemann* (n. 27), p. 4. *Ambos*, Principios e imputación en el derecho penal internacional, 2008, p. 22, para o âmbito do Direito penal internacional, considera que o sistema continental, ao ser mais sofisticado, redunda em benefício da equidade e da justiça. *Silva Sánchez*, GA 2004, p. 682, também destaca a ausência de um sistema dogmático estruturado no âmbito anglo saxão. De minha parte acrescentaria, tal e qual se afirma no corpo do texto, que a tradição dogmática continental molda um sistema estruturado mais estável e compacto em razão da consciência sobre a necessidade de legitimação das decisões que se produzem em seu seio. Isso faz que também as estruturas valorativas fundamentais sobre a responsabilidade penal escapem à pura contingência ou a "intuicionismos" e adquiram um nível de abstração e, por fim, de racionalidade, muito mais elevado e firme.

7. A sistematização, não somente compreendida como mera redução da complexidade das leis, é o núcleo do pensamento dogmático e é precisamente o que o faz tão potente e superior a outras formas de análise da realidade. A sistematização é, em definitivo, algo constante na ciência do Direito Penal. Por isso não é de se estranhar que a frase inicial do *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* de v. *Liszt*, a saber: "a ciência do Direito Penal é o conhecimento desenvolvido em um todo ordenado (em um sistema) sobre o delito e a pena em suas conexões internas",[36] não só manteve sua vigência em qualquer reflexão sobre a dogmática penal desde há quase 140 anos, senão que seu conteúdo elevou-se a elemento irrenunciável de um Direito Penal próprio de um Estado de Direito.[37] Quanto ao mais, constatado que a ciência jurídico-penal encontra seu maior desenvolvimento na dogmática continental de cunho germânico, resultaria grotesco identificar este modo de proceder com uma determinada realidade nacional:[38] há tempos que a dogmática penal carece de fronteiras.

Nas contundentes palavras de *Schünemann*: "atar-se ao sistema continental europeu em sua versão científica mais elaborada, que é a que encontrou diálogo em alemão-espanhol, constitui a defesa necessária de um Estado de Direto Liberal contra tendências erosivas seja por parte das ditaduras, seja por meio da decadência das democracias. Seu contínuo aperfeiçoamento (do sistema) não constitui, então, um jogo de bolas de gude sem importância prática que somente tem lugar dentro de círculos científicos".[39]

---

36. *Von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, 3. ed. 1889, p. 1.

37. Havendo acordo absoluto, desde as mais diversas perspectivas, por exemplo: *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. 1969, p. 1; *Hruschka*, GA 1981, p. 241 e ss.; *Schmidhäuser* (n. 1), 1/10; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. ed. 2006, § 7.º n. marg. 3; *Frisch*, em: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausandwende, 2000, p. 161 e ss.; *Zaczyk*, em: Widmaier et ali (eds.), Festschrift für Hans Dahs, 2005, p. 41; *Pawlik* (n. 6), p. 472. *Hassemer*, em: Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio, 2004, p. 27, com acerto, enxerga na sistematização, na generalização e na orientação ao descobrimento da verdade, dados suficientes para poder falar de uma autêntica "ciência do direito penal".

38. Assim, *Silva Sánchez*, GA 2004, p. 680, advertindo sobre o desafortunado das perspectivas que pretendem ver a dogmática jurídico-penal de cunho germânico como um produto nacional. Igualmente, *Roxin*, em: Esser/Hassemer/Burkhardt (n. 38), p. 402: "a ciência do direito penal, sem prejuízo de regulações em parte diferentes também das modernas codificações, é somente uma, em cuja elaboração colaboram investigadores de todos os países".

39. *Schünemann*, InDret 1/2008, p. 9. Muito cético, sem embargo, mostra-se ultimamente *Quintero Olivares*, em: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, t. 1, 2008, p. 623 e ss. ("atitude prudente em direção à dogmática").

8. Em síntese: a potência do sistema da teoria do delito não surge por casualidade. Se a teoria do delito é uma teoria dos pressupostos gerais a partir dos quais uma pessoa pode ser declarada responsável pela comissão de um fato que então se define como delito e permite a imposição de uma pena, é necessário que as categorias ou instituições deste sistema pretendam expressar partes ou elementos daquilo que se considera como a essência de um delito e daquilo que se pode qualificar legitimamente como um fato punível:[40] a grande força da atividade dogmática reside precisamente em vincular os pressupostos gerais do delito, isto é, vincular a teoria da responsabilidade penal à teoria sobre o fim e sentido da pena, ao fundamento de legitimação desta.[41] Por essa razão, pode-se afirmar que a sistematização realizada pela dogmática penal pressupõe uma determinada concepção acerca da legitimidade do Direito Penal.[42] Isto é o que explica que não exista uma única teoria possível – correta! – sobre a sistemática do Direito Penal.[43] Nem sequer se pode afirmar que exista um único modo de derivar de um fundamento de legitimação comum às categorias ou pressupostos do delito. Neste ponto a "função criadora" da dogmática está especialmente presente.[44] A estabilização dos elementos do sistema mediante a existência de uma comunidade dogmática é pressuposto e garantia de funcio-

40. Assim, *Frisch* (n. 4.), p. 166.

41. Cf. *Frisch* (n. 4), p. 171: "nesse sentido, as teorias gerais do direito penal constituem com toda segurança a parte mais científica do Direito Penal". Igualmente, *Jakobs*, El derecho penal como disciplina científica, 2008, p. 15: "o que distingue o trabalho científico da elaboração erudita da matéria jurídica é que aquele começa pela questão da legitimidade do ordenamento jurídico respectivo". Veja-se, ademais, a resenha de *Sánchez Lázaro*, InDret 3/2009.

42. Assim também *Pawlik* (n. 6), 2007, p. 477: "porque delito e pena estão referidos um ao outro como pressuposto e consequência, a configuração do conceito de delito depende decisivamente da forma e maneira da legitimação da pena".

43. Cf. as considerações de *Vives Antón* (n. 4), p. 483.

44. Continuam parecendo-me atuais as palavras de *Mir Puig* (n. 15), p. 21 quando afirmava que a gênese do Direito romano, obra dos Juristas, poderia tomar-se como exemplo hoje "para opor um freio ao crescente apriorismo de uma legislação pensada "de cima para baixo", por um Estado monopolizador que tende a suprimir a força criadora da Sociedade. Com efeito, se as reformas legislativas fossem sempre o resultado e a manifestação de posições que conseguiram a aprovação da doutrina dominante, após o tranquilo processo de discussão que supõe a evolução histórica da ciência jurídica, reflexo da evolução social geral, assegurar-se-ia melhor a adequação do Direito ao ritmo da sociedade e aos problemas efetivos que cada instituição apresenta ao largo do tempo e que devem servir de base ao trabalho dogmático, que mediante o isolado recurso a um legislador geralmente demasiado coagido e distante

namento do sistema. Na medida em que esta comunidade exista e compartilhe alguns pressupostos, aparecerá a evocada função crítica da dogmática frente ao legislador e à jurisprudência.[45] Mediante a formulação de teorias e a demonstração de sua plausibilidade, chegou-se a combater convincentemente e, em ocasiões, a modificar uma práxis jurisprudencial assentada ou um desenvolvimento dogmático anterior amplamente compartilhado. O melhor exemplo disso representa, com toda certeza, a superação do dogma causal mediante a denominada teoria da imputação objetiva.[46]

Da existência de um método sistemático aceito na comunidade jurídica surge o que um teórico do Direito denominou a "proibição de negação": os enunciados dogmáticos não podem ser simplesmente negados pelos aplicadores do direito (se que estes desempenham suas funções de maneira racional), de forma que quando se quer discrepar de uma determinada solução dogmática, têm-se a obrigação de contribuir com "melhores argumentos". Nesse sentido, o argumento da segurança jurídica não se mostraria suficiente para justificar um distanciamento em relação a enunciados dogmáticos assentados.[47] Por isso, chegou-se a afirmar que a "dogmática limita a liberdade dos juristas na aplicação do direito (...), define as condições e os limites do espaço de liberdade de ajuizamento e a admissibilidade de novas construções e modelos argumentativos para a solução de problemas jurídicos".[48]

Quanto ao mais, o anteriormente afirmado deveria conduzir a desativar uma – em minha opinião não ambiciosa – contraposição entre democracia e método científico. Em verdade, como lembrou *Silva Sánchez*, é questionável que o pensamento da democracia possa desempenhar algum papel em uma ciência, dado que aqui não se trata das maiorias, senão da força do melhor argumento.[49] Certamente, no âmbito do Direito e diferente de outras ciências,

---

das necessidades da matéria a regular. Assim se evitariam, por exemplo, os constantes desacertos que na Espanha constituíram as reformas do vigente Código".

45. Cf., por exemplo, a decidida postura de *Muñoz Conde* nesse sentido (MUÑOZ CONDE, Francisco em: Eser/Hassemer/Burkhardt [n. 38], p. 243, com referências a suas numerosas contribuições na n. 34).

46. Cf. somente a obra pioneira nesse sentido de *Gimbernat Ordeig*, Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik, 1962, passim.

47. Assim, *Rühters*, Rechtspolitisches Forum, n. 15, 2003, p. 28.

48. *Rühters*, Rechtspolitisches Forum, n. 15, 2003, p. 29, citando no mesmo sentido a *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, p. 24.

49. *Silva Sánchez*, GA 2004, p. 684.

os cidadãos se encontram em disposição de participar nas decisões, pois o Direito acabará determinando suas próprias vidas. Sem embargo, o Direito pode exigir que esta participação aconteça somente uma vez adquiridos uma série de conhecimentos elaborados sobre o tema em discussão: a dogmática impede assim que se adotem decisões *ad hoc*.[50]

3. DOGMÁTICA E LEGITIMIDADE DO DIREITO

1. A preocupação com questões de legitimidade surge na dogmática jurídico-penal a partir do momento em que ela é autoconsciente a respeito da essência do Direito Penal: a coação mediante pena. Como a coação de um *dever ser concreto* que se impõe mediante pena é exercida sobre pessoas individuais, todo sistema que não busque responder à pergunta sobre a legitimidade deste dever deixará sem explicação uma parte fundamental do Direito. Já se aludiu à legitimidade estritamente formal outorgada pela lei. Sem embargo, o trabalho dogmático caracteriza-se pela busca de outra classe de razões que, junto à razão derivada da autoridade da lei, legitimem a imposição de coação. Que se trate de uma coação por parte de uma vontade alheia – o Estado – é precisamente o que torna tão difícil o trabalho de justificar a operação básica do Direito penal.[51]

Naturalmente, esta legitimação não pode ser separada com nitidez da sistemática, seja porque na sistematização apareça a necessidade da crítica, seja porque a crítica tem sempre repercussões sistemáticas.[52]

Neste ponto surge a necessidade de referência às *teorias da pena* como unidade de sentido última em virtude da qual se forma o sistema de delito e se pode valorar a legitimidade de uma série de aspectos concretos (entre eles o da argumentação sobre a lei). É evidente que também na fundamentação da pena existem particularidades próprias do método dogmático.

A perspectiva dogmática não contempla a pena simplesmente como um *factum*, como o fazem as ciências empíricas.[53] Inerente à reflexão dogmática também ao fundamentar a pena é a perspectiva de justificação e legitimidade (e nessa medida falam alguns inclusive de um discurso "verdadeiro").[54] Este aspecto é também o que distingue a dogmática jurídica de outras disciplinas,

---

50. Assim *Zaczyk* (n. 4), p. 728, n. 27.

51. Destaca-o, especialmente, apelando a *Kant*, *Pawlik* (n. 6), p. 476.

52. *Maiwald*, em: Behrends/Henckel (eds.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, p. 122: "a sistematização transformar-se-á de improviso em crítica".

53. Nesse sentido, *Frisch* (n. 4), p. 174.

54. *Jakobs* (n. 42), p. 22.

como a sociologia jurídica, que tratam o Direito como um fato dado,[55] isto é, desde uma perspectiva completamente externa.[56]

2. Como é possível falar do correto e legítimo a respeito dos postulados dogmáticos? Isto será possível somente quando não se permaneça no âmago do Direito Positivo, mas sim se adote uma perspectiva mais ampla, a partir da qual este e outros Direitos Positivos possam ser julgados. Para isso, sem dúvida, é necessário reconhecer que "no trato com a lei se entrevê algo que está detrás dela e que (precisamente a isso é ao que – R.R.) chamamos de uma maneira geral e indeterminada 'direito'"[57] ou que "a ciência do Direito Penal não se refere somente à ordenação e interpretação do correspondente Direito vigente, senão também à sua determinação crítica pré positiva"[58] ou que "na teoria da Parte Geral do Direito Penal a dúvida não reside nas regulações positivas, mas sim na *matéria* da regulação. Em outras palavras, não se trata das respostas a determinadas perguntas oferecidas pela lei em suas proposições legais, senão dessas perguntas em si mesmas. Não se trata de soluções de problemas, senão de problemas".[59] Em definitivo: "da questão do *Direito no Direito*".[60]

Sem embargo, tal perspectiva não é externa o suficiente ao ponto de considerar aquilo que acontece no mundo das leis simplesmente como um *factum*, desmerecedor da análise de legitimidade ou ilegitimidade *jurídica*. Tampouco se trata da perspectiva da autoridade, da *verdade revelada*, como acreditaram os juristas medievais. Os finalistas, por sua parte, entenderam que a afirmação sobre o Direito verdadeiro somente surge a partir da *determinação do objeto da*

55. *Luhmann*, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1993, p. 5: "os juristas (e o mesmo vale *mutatis mutandis* para os éticos) pressupõem no conceito de norma uma forma especial de existência, que desde o século XIX denominam também como "validez" e distingue-se do ser fático. Trabalham com este pressuposto porque o essencial para o sistema jurídico é atribuir feitos a normas e decidir se uma conduta corresponde à norma ou a infringe. Por isso o sistema jurídico encontra na distinção entre normas e fatos o fundamento da própria maneira e forma de observar o mundo. Ao contrário, a sociologia é livre para tratar também as normas como fatos".

56. *Luhmann* (n. 56), 1993, p. 2: "não é competência dos sociólogos encontrar uma solução, nem sequer recomendar uma determinada solução".

57. *Engisch*, Introducción al pensamiento jurídico, 2001, p. 218.

58. *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, p. 65.

59. *Hruschka* (n. 30), p. XVI. Igualmente, *Sanz Morán* (n. 40), p. 642-643, que recorda que nesta mesma direção se moveram os pensamentos de autores como *Torío López*, *Bacigalupo Zapater*, *Mir Puig* ou *Silva Sánchez*.

60. *Henkel*, Introducción a la filosofía del Derecho, 1968, (trad. *Gimbernat Ordeig*), p. 17 (itálico no original).

regulação: a missão da dogmática é descobrir e a apreender conceitos da realidade à qual o Direito se refere.[61] Estas perspectivas – e outras que ultrapassam o objeto deste estudo – têm em comum a adoção de um ponto de vista superior ao Direito Positivo para afirmar o caráter correto ou verdadeiro deste, mas erram ao situar *o discurso fora do próprio Direito – em sentido meta-positivo.*[62] Como *Neumann* formulou graficamente: "a ciência do Direito tem sua própria física".[63] A estas questões a doutrina mais recente costuma referir-se quando reclama a adoção de pontos de vista estritamente *normativos.*[64]

3. Menção à parte merecem os pontos de contato entre a dogmática jurídica e a *filosofia*. Certamente, determinados pontos de vista filosóficos tratam o direito como um acontecimento, como uma realidade que deve ser explicada. Nessa medida, estas tradições filosóficas não pretendem afirmar coisa alguma acerca do correto ou do justo, muito embora exista também uma longa tradição filosófica que se ocupa da reflexão em torno do Direito correto ou justo.[65] As diferenças, então, entre filosofia e dogmática jurídica são escassas. No entanto, pode-se afirmar que enquanto a primeira detém-se diante de concepções fundamentais em um elevado nível de abstração,[66]a segunda começa precisamente neste ponto a trabalhar e daí trata de extrair consequências. A dogmática constrói a teoria do Direito correto para âmbitos concretos da vida e para a solução de determinados problemas.[67]

---

61. *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, p. IX.
62. Assim, por exemplo, contra as "estruturas lógico objetivas" de *Welzel*, *Stratenwerth* (Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", 1957, p. 13 e ss.) advertiu prontamente que, por pertencerem ao mundo do ser, não podem predeterminar o mundo do jurídico, e sim somente adquirem significado no marco dos princípios valorativos superiores de que parte o Direito. Brevemente: é o Direito que se vincula às estruturas do ser e não ao revés.
63. *Neumann*, em: Prittwitz/Manoledakis (eds.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 1999, p. 121.
64. O credo do normativismo rezaria assim: "as regras e conceitos do Direito penal e da dogmática penal não se determinam desde fora, senão que se configuram autonomamente" (*Neumann* (n. 64), p. 121).
65. Vejam-se, por exemplo, *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. ed., 2007, p. 56 e ss.; *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 4. ed., 2007, p. 99 e ss. Desde outra perspectiva, veja-se, igualmente, *Vives Antón* (n. 4), p. 468 e ss., que, em todo caso, destaca especialmente os critérios de justiça.
66. Vejam-se as considerações a respeito de *Loos*, em: Loos/Jehle, Bedeutung der Rechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart, 2007, p. 155 e ss.
67. Com claridade, *Frisch* (n. 4), p. 175.

4. Mas então a pergunta é: como pode situar-se o jurista em uma perspectiva superior a do Direito Positivo e manter-se, ao mesmo tempo, dentro do discurso jurídico? Onde está este "limbo dogmático"? Provavelmente tenha grande parte de razão *Jakobs* quando afirma com precisão que este espaço é o da "pergunta acerca das conexões e interações do Direito com a sociedade"[68] e também quando assevera que "a atividade científica se ocupa principalmente da legitimação do Direito Penal: a ciência do Direito Penal deve dar resposta à pergunta acerca de qual Direito Penal é legítimo em uma época determinada e qual não o é. Em outras palavras, a ciência do Direito Penal deve assinalar qual discurso acerca do justo e do injusto em uma época determinada é um discurso verdadeiro, a verdadeira expressão da constituição normativa da sociedade".[69] Isto é algo que *Engisch* já havia afirmado em termos similares: "o jurista, se é que quer dar validade à ideia do direito, tem de escutar a voz do 'espírito objetivo'. Há de saber o que é que está na ordem do dia, que ideias supralegais exigem consideração e quais estão maduras para serem aplicadas juridicamente. Sem egoísmo, tem-se que sentir servidor das concepções sociais, morais e culturais dominantes. Não se pode ser reacionário nem revolucionário".[70]

5. O "limbo dogmático" se caracterizaria, por conseguinte, tanto pela autonomia da dogmática (a ciência jurídico-penal) para colocar "em relação o Direito com o espírito de seu tempo", de maneira que "reconhece ou desconhece legitimidade ao Direito a partir desse espírito",[71] como por seu vínculo, como se expressou por algum autor de confessada orientação analítica, com uma "determinada práxis social" que determina "se é justo ou injusto fazer responsável ao autor".[72] Por essa razão que "os limites da responsabilidade se determinam mediante regras sociais, não mediante fatores ontológicos".[73] A questão, no entanto, vai muito mais longe, sendo, então, a de se com o reconhecimento da existência de "critérios do correto aceitos socialmente",[74] não se está manifestando, ao mesmo tempo, que além do consenso (necessariamente concreto e contingente) existe em (e é pressuposto de) toda sociedade uma presença estável das *ideias abstratas* de justiça e de Direito, ideias

68. *Jakobs* (n. 42), p. 17.
69. Idem, p. 22.
70. *Engisch* (n. 58), p. 232.
71. *Jakobs* (n. 42), 2008, p. 23.
72. *Neumann* (n. 64), p. 123: "consenso".
73. Idem, p. 124.
74. Detém-se nesse ponto *Neumann* (n. 64), p. 124.

que alimentam diretamente a dogmática.[75] Se a resposta é afirmativa, então se pode concluir que os limites e sujeições da dogmática jurídico-penal não são outros que os derivados das próprias ideias de justiça e Direito[76] e que as competências da dogmática terminam ali onde começam a irracionalidade das premissas.[77]

4. CONSIDERAÇÃO FINAL

As considerações precedentes requereriam uma infinidade de esclarecimentos metodológicos que estão além do marco deste estudo. Unicamente, em relação à dogmática como ciência do Direito: o objeto fundamental da dogmática não é o Direito positivo, mas sim o Direito desde um ponto de vista abstrato.[78] Cabe à dogmática elaborar o teórico, operando dedutivamente mediante a eleição de algumas premissas e formulando enunciados prescritivos dentro de um sistema. Enquanto o jurista formalista somente incluirá entre suas premissas o Direito positivo, outros poderão acudir a um conjunto de argumentos que vão mais além (fundamentalmente os que giram em torno da ideia de justiça). Dado que existem certas particularidades no Direito penal (os enunciados prescritivos e o próprio sistema devem ser legitimados à luz da justificação

75. E cabe acrescentar, com *Zaczyk*: ideias às que a dogmática contribui de uma forma que nem a legislação nem a jurisprudência no desempenho de suas funções podem realizar (*Zaczyk* [n. 4], 2007, p. 732).

76. Por isso, diferente do que opina *Neumann* (vid. as notas anteriores), não se trata somente dos critérios do correto de uma "práxis determinada", isto é, não – como acertadamente advertiu *Gimbernat Ordeig* ("¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", em: Estudios de Derecho penal, 3. ed., 1990, p. 161) – de "verdades parciais", senão da "verdade como totalidade". A algo similar, segundo acredito, apontava *Henkel*, Introducción a la filosofía del Derecho, 1968, (trad. *Gimbernat Ordeig*), p. 737, quando afirmava que "força jurídica obrigatória tem toda regulação que apresente a tendência a realizar o valor jurídico (...) a *base material de vinculabilidade* da norma jurídica está em que aquilo que ela exige *corresponda à substância essencial ou essência do Direito*" (itálico no original). Quando não se dá esta correspondência então se "corrói a confiança no caráter geral no Direito" (*Maiwald* [n. 53], p. 135) e se produzem "leis de ocasião" (*Jakobs* [n. 42], p. 23).

77. Similar, *Maiwald* (n. 53), p. 137: "suas competências terminam – *somente* [R. R.] – ali onde começa a indemonstrabilidade das premissas".

78. Veja-se, recentemente, nesta mesma direção, *Schuhr*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, 2006, p. 31 e ss. e 45 e ss., que põe de manifesto a similitude entre a forma de operar da ciência jurídica (elaboração de teorias sobre um objeto abstrato) e a da matemática ou da física.

e do sentido das instituições pena e delito), sendo precisamente aqui onde se encontram a especificidade e a identidade da dogmática jurídico-penal, ao mencionado formalista faltará uma teoria para a legitimação da norma. Ao positivista (metodológico),[79] muito embora seja capaz de legitimar a norma, faltarão argumentos para negar a validade daquelas normas positivas que se manifestam contrárias as suas próprias premissas. A dogmática jurídico-penal, entretanto, pode atuar coerentemente e, entre outras coisas, qualificar a operação pretendidamente jurídica em questão como mero ato de poder.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Vide também Doutrina

- A função da pena numa dogmática jurídico-penal normativista, de André Luís Callegari - *RT* 825/481;
- Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional, de Jesús-María Silva Sánchez - *RBCCrim* 12/34; e
- Considerações críticas acerca da teoria funcionalista na dogmática penal: "monismo" de Jakobs e "dualismo" de Roxin, de Alcides Marques Porto Pacheco - *RT* 914/201.

79. Sobre as diversas classes de positivismo e sua relação com a dogmática penal, veja-se *Ortiz de Urbina Gimeno*, La excusa del positivismo, 2007, p. 31-113.

SOBRE O RECONHECIMENTO INCOERENTE DO DOLO EVENTUAL NO ÂMBITO DO FINALISMO

6

About the inconsistent acknowledgment of eventual intent in the realm of finalism

WILSON FRANCK JUNIOR

Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS.

JULIANA FRANCK

Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: O autor analisa os postulados do finalismo e retira suas consequências para a delimitação do conceito de dolo. Dentre estas consequências, defende que o reconhecimento do dolo eventual na estrutura finalista do delito acontece de forma incoerente, devido, sobretudo, aos postulados que fizeram do finalismo uma das teorias mais aceitas pela doutrina, a saber: o respeito às estruturas lógico-objetiva e a inclusão do dolo no tipo subjetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da ação final - Dolo eventual - Finalismo - Ontologia.

ABSTRACT: The authors examine the postulates of finalism and evidence implications for the delimitation of the concept of intent. Among these consequences we argue that the recognition of eventual intent in the finalist structure of crime is done on an inconsistent manner especially because of the principles that made Finalism one of the most widely accepted theories by doctrine, namely: the respect to logical-objective structures and the inclusion of intent in the subjective type.

KEYWORDS: Final action theory - Eventual intention - Finalism - Ontology.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Introdução à dogmática finalista do delito: 2.1 O respeito às estruturas previas ao direito: a lógica do objeto; 2.2 Ação final enquanto conceito superior (*Oberbegriff*)?; 2.3 Ação final e dolo: relação de identidade; 2.4 Dolo e finalidade em relação de correspondência; 2.5 Dolo como "fim tipificado": redução drástica do âmbito dos crimes dolosos? – 3. Reconhecimento incoerente do dolo eventual: 3.1 Dolo eventual como "contar com" as possíveis consequências secundárias?; 3.2 Dolo como ausência de vontade de evitação idônea (*tatmächtiger Vermeidewille*)?; 3.3 Dolo eventual como "aceitação" de consequências secundárias? – 4. Dolo eventual e elemento volitivo: ética realista do razoamento e dados ônticos na dogmática – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina penal afirma de maneira consensual que os problemas advindos dos delitos omissivos e culposos representam as principais dificuldades dogmáticas enfrentadas pelo finalismo em sua tentativa de arvorar-se como teoria geral do delito. Entretanto, apesar de se dizer, comumente, que Welzel pensara sua teoria preocupado sobretudo em conformar os delitos comissivos dolosos, tentaremos demonstrar que é justamente o conceito de dolo eventual que impõe – juntamente com os supostos práticos que o subjazem – os principais problemas obstados à teoria final da ação enquanto estrutura básica do aparecimento do delito, isto é, enquanto conceito ontológico e pré-típico de conduta.

Assim, tendo em vista que os postulados finalistas, juntamente com o dogma do elemento volitivo do dolo, deixaram um legado teórico que ainda suscita discussões em âmbito doutrinário e especialmente jurisprudencial, cremos que se faz necessário algumas ponderações, quer a respeito do finalismo, quer a respeito do dolo (eventual). Por isso, abordaremos neste artigo, pontualmente, a questão do dolo à luz da teoria finalista do delito. Limitar-nos-emos, especificadamente, ao estudo da incompatibilidade dogmática entre ação final e dolo eventual, ainda que de forma geral teçamos algumas considerações sobre os postulados gerais da doutrina finalista da ação que influenciam nos resultados que se quer observar quanto à estruturação do dolo. E à luz destes postulados extrairemos as consequências que pretendemos criticar: o incoerente reconhecimento do dolo eventual na estrutura finalista da teoria do delito. Intentar-se-á demonstrar que a incoerência interna que o reconhecimento do conceito de dolo eventual gera no seio da dogmática finalista deve-se, sobretudo, ao acolhimento de dois postulados que fizeram do finalismo uma das teorias mais aceitas pela doutrina, a saber: o respeito às estruturas lógico-objetiva (*sachlogische Strukturen*) e a inclusão do dolo no tipo subjetivo (*subjektiver Tatbstand*).

2. INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA FINALISTA DO DELITO

A ideia de formular conceitos jurídicos através da referência a dados da realidade – própria da ontologia finalista – influenciou gerações de penalista no mundo todo. Exatamente por isso, Welzel é reconhecido como um dos – senão o maior – penalista do século passado. De fato, Welzel merece os louros que lhe são concedidos, e não poderia ser diferente, pois o finalismo proporcionou significativos avanços na doutrina do direito penal, especialmente no que concerne à teoria do delito. A orientação segundo valores da vida em sociedade, que representam garantias contra o positivismo e às arbitrariedades estatais; a relevância da adequação social como critério limitador do tipo penal; a análise da conduta humana como algo invariável e ontológico; e por derradeiro – e o que aqui nos interessa – a inclusão do dolo no tipo penal, são talvez as maiores contribuições que o finalismo pôde proporcionar.[1]

Para além da superação dos problemas relacionados com o conceito de tentativa – que representava um genuíno tormento para os adeptos do causalismo – a praticidade e a inovação proporcionada pela inclusão do dolo no tipo gerou, sem dúvida, um notável entusiasmo entre os penalistas, acarretando em seu acolhimento pelos modernos ordenamentos jurídicos. Não por outra razão, as ideias que subjazem a escola finalista ainda se fazem sentir e influenciar no âmbito da teoria do delito e do direito penal, e, consequentemente, não longe estão de influenciar as decisões judiciais pátrias – em que pese os muitos anos desde a sua formulação original.

Aqui, no Brasil, a teoria finalista obteve aceitação pela doutrina e jurisprudência majoritária, e encontrou, por excelência, um campo fértil para a sua proliferação. Vejamos, então, as principais características que fizeram do finalismo uma das teorias mais difundida entre os penalistas.

---

1. Um panorama dessas discussões, na atualidade, pode ser obtido nos seguintes trabalhos: ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *RBCCrim* 65/9-25. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2007. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo". *RBCCrim* 65/77-104. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2007; HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *RBCCrim* 43/11-30. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003; HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. *RBCCrim* 58/64-84. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2006. BACIGALUPO, Enrique. Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal. *RBCCrim* 52/135-157. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2005. CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría final de la acción e imputación objetiva. Considerações sobre la teoría de la adecuación social. *RBCCrim* 55/135-161. São Paulo: jul.-ago. 2005.

2.1 O respeito às estruturas previas ao direito: a lógica do objeto

A teoria finalista do delito, segundo Hirsch, sustenta-se sobre alguns fundamentos estruturantes, os quais se dividem em dois objetivos principais, um geral e outro especial. O fundamento geral, de cunho metodológico, dirige-se à apreensão de *estruturas prévias ao direito*, que serão objetos de valoração em sede jurídica pelo legislador, que deverá, portanto, respeitar tais estruturas e fenômenos da realidade. Em razão desse respeito à natureza ontológica dos conceitos jurídico-penais, não poderá o legislador concebê-los ou criá-los a partir da própria norma penal (neokantismo), eis que estará de antemão limitado pela realidade imutável e a-histórica que os conforma. Se porventura não forem respeitadas as estruturas prévias ao direito, conceitos como o de ação, omissão, dolo etc., podem ser convertidos – afirma Hirsch – em "*productos jurídicos artificiales*".[2] Em última análise, a preocupação fundamental é de que a criação destes conceitos "artificiais", exatamente por não se adequarem às estruturas "prévias ao direito", possa conduzir a um uso arbitrário e indiscriminado do poder punitivo estatal, pois já haveria referenciais (seguros) que impusessem limites ou garantissem uma relativa estabilidade das decisões judiciais.

No que concerne ao objetivo especial, este, por seu turno, não é mais do que a própria aplicação do objetivo geral, isto é, a criação de um conceito central do direito penal: o conceito de *ação*. Conceito "central" porque deve perfazer-se, em uma lógica sistemática, como único objeto de valorações jurídicas, pois apenas ações podem ser proibidas ou exigidas pela norma penal: eis o motivo pelo qual, portanto, os finalistas rechaçam a criação de conceitos sem levar em conta o "conteúdo final" da ação.[3] Conteúdo final este que, segundo Welzel, é próprio de toda a ação, pois esta sempre é uma atividade dirigida conscientemente em função do *fim* perseguido, diferentemente de um acontecer meramente causal, em que o *fim* não é relevante.[4] Nas palavras do autor, a "voluntad final, como factor que configura objetivaniente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción".[5] Nesse sentido, continua Welzel:

---

2. HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al "finalismo"* cit., p. 79.
3. Idem, p. 81.
4. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: BdeF, 2004. p. 41-42. Nesse ponto não custa relembrar a célebre frase de Welzel, em que afirma, metaforicamente, que a finalidade é *vidente*, e a causalidade, *cega*.
5. Idem, p. 42.

"(...) la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo corivierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaria destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego."[6]

E se assim é, se o legislador só poderá proibir e exigir ações respeitando o conteúdo ontológico que as mesmas exprimem, a ação final deverá figurar numa posição privilegiada na teoria do delito: a posição de *conceito superior* (*Oberbegriff*).

2.2 *Ação final enquanto conceito superior* (Oberbegriff)?

A doutrina da ação final jamais se furtou, assim como as demais teorias, à difícil – senão porventura impossível – tentativa de arvorar-se como estrutura básica do aparecimento do delito, isto é, como base autônoma e unitária da construção do delito capaz de suportar, sem contudo pré-determinar, os posteriores predicados da tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Nesse intento se faz necessário que este supraconceito de ação pré-típico cumpra, sem prejuízos, a uma multiplicidade de funções no sistema, nomeadamente, as funções de *classificação*, *ligação* e *delimitação*. Requisitos estes exigidos para que a ação possa figurar como estrutura pré-típica relevante na construção teórica do delito, eis que uma vez não cumpridos, se poderia dizer que o conceito de ação já não seria outra coisa senão uma verdadeira *flatus vocis*, cuja função seria a mera figuração teorética.

Assim, diz-se que o conceito de ação deve constituir-se, para o cumprimento da função de classificação, como conceito superior (*Oberbegriff*), abrangendo todas as formas em que se manifeste o delito – modalidade dolosa e culposa, tanto nas formas comissivas e omissivas, representando um elemento comum a todas elas.

Denomina-se função de enlace ou ligação a capacidade de vincular ou entrelaçar entre si todas as concretas categorias do delito, isto é, introduzindo-se em cada elemento da estrutura do delito (ação típica, ilícita, culposa, punível), a ponto de atravessar todo o sistema jurídico penal e constituir-se como seu sustentáculo, ou, nas palavras de Roxin, como "coluna vertebral do delito". Todavia, deve ainda perfazer-se neutro frente ao tipo, à antijuricidade e à culpabilidade. Neutralidade esta que, se inexistente, já pressuporia uma

6. Idem, ibidem.

valoração tipificante, antijuridicidante ou culpabilizante, o que conduziria, evidentemente, à perda da função de ligação, com sua respectiva inoperância funcional. Mas se tal assertiva é verdadeira, o conceito de ação não deve, por óbvio, invadir o campo do tipo, mas por outro lado não pode estar vazio de conteúdo, pois deverá ter suficiente força expressiva para suportar os predicados dos elementos valorativos que a ele se ligam.

No que diz respeito à função de delimitação – de notável significado prático –, o conceito de ação deve servir – independentemente da efêmera natureza modificativa a qual os tipos penais se veem a compartilhar – como instrumento que exclua da apreciação jurídico-penal, *ab initio*, todos os demais comportamentos que não podem constituir-se ações relevantes para o direito penal, respectivamente, os meros pensamentos e atitudes internas, os atos não submetidos ao controle do *Eu* e sem direção do aparato psíquico (como os que acontecem nos ataques convulsivos e nos delírios), bem como, por óbvio, os atos de pessoas jurídicas e dos animais.[7]

Com efeito, se é verdade que muitas são as exigências para que a conduta se estabeleça como elemento estrutural primário, também deve ser verdade que muitas são as dificuldades que se impõem em tal tentativa. Nesse sentido, aduz D'Ávila:

"Os problemas enfrentados em tal intuito, todavia, têm sido proporcionais à multiplicidade de funções que lhe são atribuídas. Funções consideradas necessárias à justificação da existência da ação como elemento estrutural primário e, por este exato motivo, dificilmente afastáveis. Afinal, ou obtém fundada justificativa na relevância das funções por ela exercida ou assistirá à ação um papel meramente figurativo da construção teórica do crime."[8]

Uma dessas dificuldades que se vê a enfrentar o conceito de ação final – e porventura a mais significativa – concerne à falta de conteúdo material suficiente ao abarcamento em âmbito pré-típico de ações e omissões, conduzindo, inexoravelmente, a uma bipartição na estrutura do delito – o que há muito já assinalara Radbruch – tendo em vista que "el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final".[9] No mesmo sentido é a conclusão de D'Ávila:

---

7. Vide, nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general – Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 234-235.

8. D'AVILA, Fabio Roberto. O conceito de ação em direito penal. Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime. p. 1. Disponível em: [http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/apenal.pdf]. Acesso em: 13.03.2012.

9. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 240.

"Ao exigir a existência de causalidade na ação – causalidade, destaca-se, ontológica –, a teoria final da ação tornou absolutamente insustentável o atendimento à pretendida função classificatória através da compreensão do fenômeno omissivo. Não há causalidade ontológica na omissão e, por isso, menos ainda, possibilidade de controlar o curso causal no sentido de atingir os fins planeados. Logo, não há na omissão uma ação em sentido final."[10]

Exatamente por isso, diante da inexistência de um curso causal lesivo na omissão, e, no intento de conformar os delitos imprudentes, Welzel recorreu ao conceito de "*capacidade de ação*" –[11] isto é, ausência de ação final devida – como forma de superação dos problemas impostos. Assim, no que concerne á conformação dos delitos imprudentes, Welzel, ao tratar deste tema, aduzira que:

"El disvalor específico de acción de los delitos culposos, no radica, por tanto, en la dirección finalista que ha desplegado realmente el autor (...), sino en la dirección finalista impuesta, que va más allá, y que el autor no ha impreso a su actividad; por lo tanto, en la falta de una acción finalista real, de acuerdo con la dirección finalista impuesta."[12]

Não por outra razão, nos delitos culposos os finalistas não prescindem do elemento *finalidade*, mas este já não está orientado à concreção do tipo objetivo, pelo contrário, tratar-se antes de uma atividade final que existe apenas hipoteticamente, logo *finalidade potencial*, imposta pela norma e, por óbvio, inexistente desde o plano da realidade. É o caso, por exemplo, do autor que limpa um fuzil de forma descuidada e causa um disparo fatal contra outrem: limpar o fuzil é uma ação final *real*, mas lhe era exigida outra ação final *real*, isto é, uma ação final prudente que deveria ter sido levada a cabo (*finalidade potencial*).

O conceito *capacidade de ação* representou a tentativa que Welzel empenhou para a superação dos problemas advindos do conceito até então defendido por ele próprio, isto é, a *finalidade* enquanto objetivo final e real da conduta. Nem por isso, porém, se poderia dizer superadas as dificuldades obstadas. Ainda permaneceu a incapacidade de se obter um conceito comum de conduta, eis que somente pode existir tal *capacidade de ação* ou *finalidade potencial* em sede hipotética, quando inexistir, no plano da realidade, uma efetiva ação final que,

10. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 10.

11. WELZEL, Hans. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 135-137. Acolhe também o conceito de capacidade de ação, dentre outros, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Acción, capacidad de acción y dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 1, n. 36, p. 77-101. Madri, jan.-abr. 1983.

12. WELZEL, Hans. *Derecho penal – Parte geral* cit., p. 136.

conquanto possível ao agente, não fora levada a cabo.[13] Nesse sentido, com razão, D'Ávila, ao afirmar ser "absolutamente impossível retirar da 'capacidade de ação' o elemento básico comum das manifestações comissivas e omissivas do ilícito-típico: capacidade de ação, de fato, não é ação".[14]

Portanto, outro não pode ser o entendimento senão de que o conceito *capacidade de ação* está, de antemão, eivada do axiologismo próprio da norma penal, uma vez que se trata de uma finalidade potencial *imposta*: logo obedecendo às exigências normativas. Em outras palavras, no mesmo sentido de D'Ávila, a omissão só adquire relevo quando informada pela norma penal, pois, em sua essência, ela não existe: omissão será sempre a inexistência de uma ação devida (imposta).[15] Se este raciocínio estiver correto – e o julgamos estar –, cremos que o mesmo deveria ser também estendido aos delitos comissivos, pois em sua essência a ação final é tão vazia de conteúdo quanto o omitir, eis que aquela só adquire relevo quando proibida pelo tipo, e este quando exigida. Em outras palavras, a ação final comissiva só adquire relevo quando se refere aos sentidos que o tipo penal exprime.

Ademais, como afirma Herzberg, se se partir dos postulados finalistas, a tentativa de encontrar na omissão uma finalidade resultará sempre frustrada, sobretudo quando se tratar de omissões dolosas. Se para os finalistas o dolo é finalidade, e o cerne da ação final é o controle do processo causal pela vontade (*Kausalverlauf steuernd Wille*), logo – nos diz Herzberg – se inexistir esta, não há de haver finalidade, nem dolo, nem delitos comissivos dolosos: tampouco poderia haver omissões dolosas! Na omissão não se controla o processo causal, por isso a vontade é irrelevante.[16] Igualmente – continua Herzberg –, o modelo de omissão como *ação potencial* é contraditório. Para que exista uma *ação final imposta*, não é necessário controle causal pela vontade, apenas conhecimento do fato que gera o dever de agir normativo.[17]

Por isso que exigência de uma finalidade potencial conduz, necessariamente, a uma contradição estrutural.[18] Ao se afirmar uma finalidade potencial, já

13. Assim, também, D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 11.

14. Idem, ibidem.

15. Entre nós, mais uma vez – idem, p. 11.

16. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1972. p. 222.

17. Idem, p. 222 e ss.

18. Nesse ponto, julgamos correta a crítica formulada por Roxin, que afirma que uma finalidade potencial não é, e nem poderia ser, uma verdadeira finalidade. Pois, se em

não importa que o agente tenha agido em busca de um fim predeterminado, senão que tenha "querido algo", portanto, agido apenas voluntariamente. Em verdade, não pode ser objeto de valoração nos delitos imprudentes a finalidade a que se dirigia a vontade do agente, uma vez que a mesma é, em sede de ilícito penal, irrelevante. Quer seja uma finalidade real ou potencial, o que se está a valorar são os meios utilizados. A finalidade, por si só, poderia ser lícita – voltar do trabalho –, e ainda assim se poderia punir o agente por imprudência, pois os meios utilizados seriam objeto de valoração – quando estes violarem, por óbvio, o dever objetivo de cuidado, como, v.b., fazer uso imoderado de velocidade no trânsito. Logo, se o uso imprudente dos meios para a obtenção de certos fins for o elemento objeto de valoração, já não se terá espaço para discutir o fim pretendido pelo agente. Ademais, sempre que se fizer alusão aos meios adequados ou inadequados para obtenção de determinadas finalidades, se estará a falar de elementos de cunho normativo-valorativo. Assim, por exemplo, quando um *impulso da vontade* desencadeia um movimento corporal, como girar o volante ou flexionar o dedo no gatilho, por meio destes movimentos o agente *quer* alguma coisa – v.g., girar a direita –, com independência de qual seja e, portanto, o processo externo está *finalisticamente predeterminado*, ainda que apenas em parte, e não a respeito de todas as consequências que o movimento causa.[19] Por isso, o correto é se falar em *vontade de ação* (ou voluntariedade), e não, como se assinalou, em finalidade. Não por outra razão, Herzberg questiona os postulados finalistas, ao perguntar, precisamente, qual o fundamento da pretensão dos partidários do finalismo de haver captado com maior profundidade e haver definido mais satisfatoriamente "a essência do atuar humano", ou seja, questiona por que eles reprocham aos causalistas, que, ao não valorarem o conteúdo da vontade, tornaram a ação um "produto penal artificioso".[20]

Portanto, essas dificuldades na edição do conceito de ação final logo demonstram sua incapacidade de arvorar-se como *supraconceito*, o que levou, de fato, a posteriores correções sistemáticas e lógico-conceituais em sua estrutura. Para tanto, Stratenwerth propôs um conceito de *finalidade inconsciente* (*Um-*

---

um comportamento imprudente apenas existe uma finalidade potencial – e portanto não real –, já não poderia ser considerada, consequentemente, nem ação final nem ação em absoluto (ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 241).

19. HERZBERG, Rolf Dietrich. Reflexiones sobre la teoría final de la acción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 10-01/5. 2008. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-01.pdf]. Acesso em: 13.03.2012.

20. Idem, ibidem.

bewußte Finalität) – em que o controle se produz desde o inconsciente – para encontrar uma solução aos delitos imprudentes produzidos por movimentos reflexos ou automáticos – movimentos em que não se elege os meios para alcançar o fim conscientemente.[21] Por outro lado, Jakobs postulou um conceito negativo de ação, introduzindo na finalidade o conceito de *evitabiliadade*.[22] Recentemente, Struensee, por seu turno, caracterizou a finalidade como violação às características fundamentadoras do risco não permitido.[23] Se estes intentos, em sua maioria, já demonstram os problemas que um conceito estrito de finalidade pode gerar, também em muito se distanciam dos postulados de cunho ontológicos que Welzel propusera originariamente. Pois uma vez trazido à ação elementos de cunho axiológico, isto é, elementos que integram ou deveriam integrar a estrutura típica, ou que detenham em si qualquer espécie de valoração, ela já perderia toda e qualquer possibilidade arvorar-se como conceito ontológico e pré-típico capaz de conformar as categorias do delito. Portanto, há que se perceber que as dificuldades impostas à obtenção de um conceito superior de ação exigem requisitos/funções muito além de suas possibilidades de alcance. Dificuldades estas pouco afastáveis, se bem vemos, pelas demais teorias da ação – conceito social, pessoal e negativo –, a tal ponto de, na atualidade, alguns autores optarem pela renúncia a um conceito ação como *Oberbegriff*, em favor de uma resistematização da teoria do delito, em que o conceito de ação perde espaço e cede a privilegiada posição de "pedra angular" do sistema da teoria do delito ao tipo penal, mais precisamente, ao conceito de *ação (realização) típica*.[24]

Ainda assim, por seu turno, os finalistas – ao menos os já nem tão fiéis ao exagerado ontologismo dos primeiros trabalhos de Welzel – rebatem as objeções opostas, argumentando que as mesmas não são mais do que uma

---

21. Para maiores detalhes, vide STRATENWERTH, Günter. Umbewußte Finalität? In: _____ (org.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974. p. 289-306.

22. Vide JAKOBS, Günther. Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem. In: STRATENWERTH, Günter (org.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974. p. 307-326.

23. STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. n. 4. Barcelona, out. 2009. Disponível em: [www.indret.com/pdf/673.pdf]. Acesso em: 13.03.2012.

24. Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 245 e ss. Entre nós, D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 1 e ss.

incorreta e exagerada sistematização. Muito embora alguns admitam a incapacidade de cumprimento da função de elemento unitário do sistema, ainda creem que a ação final detém capacidade e substrato material suficiente para estruturar-se como elemento *básico* do sistema. Pois neste, diferentemente daquele, não é preciso, para o seu correto funcionamento, que os elementos dos tipos dolosos e culposos pertençam à ação. Segundo afirma Cerezo Mir, basta apenas que o conceito de ação ou omissão permita "una interpretación satisfactoria, convincente, de todos los tipos de lo injusto".[25] Logo – continua Cerezo Mir – o "concepto de la acción finalista, al incluir el contenido de la voluntad en la acción permite una comprensión mas correcta de to injusto de los delitos dolosos y culposos, aunque en estos el resultado causado quede fuera de la acción".[26]

Como se pode perceber, houve uma nítida tentativa de salvaguardar o finalismo das severas críticas que vinha recebendo ao longo de sua hegemônica e tradicional ascensão teorética. Tentativa esta, porém, frustrada. A rigor, a exagerada ontologização das categorias penais, aliada à falta de critérios políticos criminais, conduziu ao seu abandono entre os penalistas alemães. Hoje se diz que, a todas as luzes, a "natureza da coisa" apenas pode proporcionar uma resistência ao normativismo, portanto jamais poderia ser o próprio fundamento das categorias do delito. Exatamente por isso, os finalistas ortodoxos tomaram uma postura reservada, limitando-se a criticar as novas concepções funcionalistas, as quais, segundos eles, não representam mais do que uma exagerada generalização.

De qualquer sorte, é realmente duvidoso que a natureza a-histórica, eterna e imutável da conduta final possa ainda proporcionar profícuas soluções jurídicas. Nesse sentido se pode afirmar – como bem fizera Zaffaroni – que o finalismo desconheceu o próprio dado ôntico de que não há, a rigor, conceitos jurídico-penais que não sejam politicamente funcionais, eis que se produzem em agências que exercem poder sobre elas e sobre outras agências do sistema penal.[27] Assim, o finalismo – ou ao menos boa parte de seus defensores – "fue mucho más allá de lo debido, al sobrepasar el asentamiento de sus conceptos sobre datos ónticos y pretender que los conceptos mismos eran impuestos des-

25. CEREZO MIR, José. El finalismo, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 46/11. Madri, 1993.

26. Idem, ibidem.

27. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 386.

de ese plano".[28] Portanto, os autores finalistas equivocaram-se ao pretender considerar ôntico o que na realidade era apenas uma nova construção jurídica, logo, funcional. Por isso, pensar os problemas jurídicos inteiramente submetidos à natureza finalista da conduta, e ainda acreditar que uma metodologia assim formulada possa resolver inteiramente os problemas jurídicos que se impõem, não é senão um genuíno *wishful thinking* acadêmico.[29]

2.3 Ação final e dolo: relação de identidade

À luz das objeções supra-aludidas, procuramos demonstrar, ainda que sucintamente, as dificuldades dogmáticas[30] que se vê a enfrentar o conceito de ação final enquanto elemento básico do aparecimento do crime. Entretanto, se esses problemas até então citados já representam uma profunda crítica deste conceito, cremos que as dificuldades que derivam de sua relação com o dolo eventual sejam também muito significativas. Todavia, se bem vemos, estas dificuldades não são exclusivas do finalismo, senão também de toda construção jurídica que queira compreender o dolo como vontade em sentido psicológico. Por isso, além do finalismo tradicional, pretendemos demonstrar outros sistemas teóricos, como o funcionalismo redutor de Zaffaroni, incorrem na mesma contradição: pois a compreensão de que o dolo é uma vontade descritivo-psicológica pressupõem um reconhecimento incoerente do dolo eventual. Contudo, para o correto entendimento da questão, se torna imprescindível observar o necessário condicionamento da solução a que chegam os finalistas por meio

28. Idem, ibidem.

29. Nesse sentido, nos diz Gimbernat Ordeig: "El método que sigue Welzel es –expresándolo de una manera algo exagerada y polémica– el siguinte. Previamente y antes de tomar contacto com la realidad juridico-penal, examina la estructura ontológica de la acción, afirma que el dolo pertenece al tipo (...) y, en una asombrosa supervalorición del pensamiento sistemático, decide que ya está todo solucionado" (ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 101).

30. Sobre os argumentos contrários defendidos pelos finalistas no que concerne ao injusto dos delitos imprudentes, vide: HIRSCH, Hans Joachim. Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts. In: DÖLLING (org.). *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Erns-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker&Humblot, 2003. p. 515-536. Há tradução para o espanhol em HIRSCH, Hans-Joachim. El injusto en el delito imprudente. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 16/207-231. Madri, jul. 2005.
CEREZO MIR, José. El tipo de injusto de los delitos de acción culposos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 3, n. 36, p. 471-504. Madri, set.-dez. 1983.

do pressuposto construtivo e sistemático de que partem: a relação entre dolo e conduta final. Vejamos, então, estas premissas.

A título de pressuposto básico, Welzel afirma que o dolo é a *vontade de ação orientada à realização do tipo*,[31] isto é, um "momento *final* da ação"[32] ("*der Vorsatz als Moment finaler Zwecktätigkeit*"),[33] confundindo dolo e finalidade como se conceitos idênticos fossem. No mesmo sentido, corroborando a relação de identidade entre ambas as categorias, outro finalista, Hirsh, afirma que: "en el delito doloso esta concreta voluntad individual de la acción y el dolo dirigido a la realización de los elementos objetivos del tipo son idénticos".[34]

A respeito da relação de identidade, entretanto, não se furtou a doutrina de formular inúmeras críticas, que tiveram notável expressão nos trabalhos de Bockelmann.[35] Eis a premissa deste autor: se o dolo é finalidade, os casos em que o autor realiza um delito de atividade sem dolo devem restar não abarcados pelo conceito de ação. Usemos o próprio exemplo de Bockelmann. Ei-lo: "alguien seduce a una muchacha honesta de quince años creyendo que tiene dieciséis".[36] É evidente neste caso que o autor atua finalisticamente, pois quer

---

31. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman – Parte general*. 4. ed. Santiago: Juridica de Chile, 1997. p. 77.

32. Idem, p. 77. Também em WELZEL, Hans. La doctrina de la acción finalista, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 2, n. 21, p. 225. Madrid, maio-ago. 1968.

33. WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht un zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975. p. 146. Exatamente pelo fato de considerar o dolo um momento final da ação, Welzel conclui que o mesmo deve estar contido no tipo subjetivo: "der Vorsatz als Moment finaler Zwecktätigkeit gehört zum Unrechtstatbestand" (WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum...* cit., p. 143). Cremos, entretanto, que a inclusão do dolo no tipo ocorreu muito mais em decorrência do descobrimento dos elementos subjetivos do tipo do que propriamente do conteúdo ontológico da ação.

34. HIRSCH, Hans Joachim. *El injusto...* cit., p. 9. No mesmo sentido, vide HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre o estado atual...* cit., p. 67.

35. Paul Bockelmann formula uma gama de argumentos críticos contra a tese do dolo como elemento pertencente ao conteúdo da ação final, articulando em suas críticas as várias consequências advindas da relação de identidade entre dolo e finalidade no sistema da teoria do delito. Consequências estas que vão muito além da problemática do dolo, estendendo-se também às questões da tipicidade, do injusto, da culpabilidade e da autoria. Sobre estes assuntos, vide BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoria e participacion*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960. p. 19-78.

36. BOCKELMANN, Paul. Op. cit., p. 45. Peço vênia ao leitor para manter o formato original do exemplo de Bockelmann, que data de 1960, no contexto do Código Penal alemão

o resultado, porém atue sem dolo, pois desconhece os elementos que configuram e dão forma ao "querer realizar".

Por isso que a identificação entre dolo e finalidade já pressuporia a perda da função de ligação atribuída à ação como *Oberbegriff*, uma vez que se operaria a pré-tipicidade do dolo,[37] portanto este "só pode referir-se ao tipo ou constitui mesmo um seu elemento e o tipo é normativamente conformado",[38] pois contém em si "os elementos que dão à supradeterminação final um *sentido* que a torna 'esclarecida' e 'socialmente relevante'".[39] Os tipos, ao traduzirem sempre unidades de *sentido*, não se limitam a descrever a supradeterminação final de um processo causal, senão que contêm referências próprias: não há dolo na subtração de uma coisa alheia se não houver qualquer referência do dolo ao caráter alheio da coisa.[40]

Daí se faz conjeturar e, logo perceber, que o reconhecimento do dolo como algo distinto da mera supradeterminação de um processo causal deve nos conduzir, quando do estudo de suas implicações para a teoria da ação, à compreensão de duas soluções distintas.

A primeira solução seria a de se manter – a todo custo! – a identificação entre dolo e finalidade, mas daí estruturar o dolo ao nível dos tipos para determinar-se o conteúdo da finalidade – e consequentemente do próprio conteúdo da ação. Entretanto, disso se deve concluir – como bem fizera Roxin –[41] que haverá de se normativizar o conteúdo da *ação*. Pois ao se incluir na finalidade que a constitui uma referência qualquer a sentidos, já se estará a valorá-la e, por conseguinte, se perderia definitivamente o conteúdo imutável e ontológico que ao seu conceito se quis por muito exigir, eis que já eivado dos "sentidos axiológicos" que lhe conformam e aos quais fará referência em sede típica.[42]

A segunda possibilidade, por outro lado, é a de renunciar-se a qualquer identificação entre dolo e finalidade e, com isso, operar-se uma cisão entre

---

daquela época. O exemplo, embora não atual, poderia ser facilmente compreendido à luz realidade brasileira do estupro de vulnerável, em que o agente, embora queira o resultado, acredita erroneamente tratar-se de uma menina com 14 anos de idade.

37. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 243.
38. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 239-240.
39. Idem, ibidem.
40. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 165.
41. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 243.
42. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência*... cit., p. 166.

ambos, o que, de fato, os finalistas acabaram por realizar. A inconveniência de sustentar um conceito de ação que prescinda do ontológico levou Cerezo Mir a rebater a crítica de Roxin, afirmando que apenas o dolo é o elemento que adquire um conteúdo normativo pela referência da finalidade a um tipo delitivo.[43] Segundo Cerezo Mir:

"(...) el finalismo nunca mantuvo la tesis de que de la estructura finalista de la acción humana pudieran deducirse conclusiones acerca de las conductas que deban ser consideradas punibles. Se mantuvo siempre una clara distinción entre los juicios lógico-objetivos y los axiológicos."[44]

No mesmo sentido, o próprio Welzel afirmara que a finalidade: "es el concepto más general, fundamental; designa la cualidad de una acción de ser un acontecimiento dirigido".[45] Exatamente por isso – continua Welzel – a finalidade é: "un concepto prejurídico, mientras que el dolo es un concepto jurídico, referido al tipo objetivo, que indica que la dirección de la acción se orienta a la realización del tipo".[46]

Ou seja, enquanto na *ação* reside a supradeterminação de um curso causal de forma ontológica, por outro lado ao dolo se ligam as ações *concretamente típicas*, as quais o legislador proíbe e constituem-se, por isso mesmo, produtos mutáveis e efêmeros. Logo, há que se dar razão à Figueiredo Dias:[47] ou se mantêm ontológico o conteúdo da ação final, ou se mantêm ontológico o conteúdo do dolo. Quer se salve este, quer se salve aquele, jamais se salvará a ambos sem que algum se normativize e perca, consequentemente, a sua qualidade de "estrutura imutável".

Inescapavelmente, optaram os finalistas por manter incólume o dogma do conteúdo ontológico da ação, todavia sem se fazer referência ao dolo, pois isso também traria benefícios na conformação dos delitos imprudentes:[48] bastaria

43. CEREZO MIR, José. *El finalismo*... cit., p. 12.

44. Idem, ibidem.

45. WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista*... cit., p. 225.

46. Idem, ibidem.

47. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência*... cit., p. 169. Ver também SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos S. A., 1991. p. 60-61.

48. De fato, sem uma cisão entre finalidade e dolo, o caminho lógico seria o abandono dos delitos imprudentes. Nesse sentido, igualmente, Bockelmann e Volk. Segundo estes autores, se dolo e finalidade são "vontade de concretização" – portanto idênticos – e, se somente uma ação final é "conduta", logo, apenas poderá ser típica a ação

ao conceito de *ação* um movimento voluntário, um querer "algo", com independência de seu conteúdo. Por isso, girar o volante e tomar uma rua lateral é, para todos os efeitos, realizar uma *ação*, pois quem *quer*, evidentemente, *quer algo*: e esse algo o persegue como meta. Se da conduta de girar o volante, por exemplo, há resultado como consequência a morte de uma criança que corria na rua, os finalistas poderiam rechaçar o termo "ação de homicídio", pois o condutor somente perseguiu o giro, jamais a morte. Ou seja, desde o ponto de vista do homicídio não se negará a existência de uma ação final, senão antes do dolo, como questão distinta e situada já no âmbito do tipo subjetivo. Por isso a afirmação que o dolo e a vontade de ação são idênticos, e ainda que o dolo é o "fator condutor" ou "elemento configurador do sucesso externo" deve rechaçar-se: de acordo com a própria lógica finalista, também a "vontade da ação" se encontra na vontade de girar o volante e de conduzir o veículo pela rua lateral, pois essa vontade satisfaz a exigência do homicídio culposo, em que o movimento corporal fora "voluntário", acrescido de uma qualquer "finalidade" perseguida pelo agente ao realizá-lo.[49]

Sobretudo por ser o conceito *finalidade* insuficiente em seu conteúdo material para superar os problemas obstados, tal problemática acabou por gerar, consequentemente, uma mudança na estrutura do conceito de *ação*, motivando novas soluções: Hirsch propôs substituir o conceito de finalidade pelo conceito de *vontade de ação*;[50] em sentido próximo, Struensee renuncia à finalidade da ação em troca do conceito de *vontade de realização*.[51] O próprio Welzel, em seus últimos escritos, refere-se ao conceito de ação como *ação cibernética*.[52] De qualquer maneira, em última análise, o conceito de ação acaba perfazendo-se em âmbito pré-típico como "vontade de algo" (voluntariedade). Já o dolo, por seu turno, torna-se um conceito jurídico, compreendido como *vontade orientada à realização do tipo*[53] (finalidade ou "fim tipificado").

---

orientada à concretização do fato, o que deixaria de fora do âmbito da conduta os delitos imprudentes e omissivos (BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal – Parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 59).

49. HERZBERG, Rolf Dietrich. Op. cit., p. 9.

50. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo" cit., p. 93.

51. STRUENSEE, Eberhard. Op cit., p. 6. Seguem as palavras de Struensee: "la voluntad de acción que posee todo acto voluntario debe obviamente existir también en los casos de acción no dolosa, en caso contrario no sería cierto que el concepto general de acción también se aplica a la acción imprudente".

52. WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista*... cit., p. 225.

53. Idem, ibidem.

E não poderia ser diferente, pois não há como resolver problemas essencialmente jurídicos e axiológicos por meio de conceitos ontológicos – e isso foi possível demonstrar a partir da questão da inevitável normativização do conceito de dolo. Por isso não há razão no argumento de Hirsch, quando afirma que o direito penal não deve conceber ou criar conceitos a partir da norma. A rigor, o receio de Hirsch é que conceitos como ação, omissão, dolo etc., possam ser convertidos em produtos jurídicos artificiais.[54] Indubitavelmente, todavia, ou se mantém ontológico o dolo, ou se mantém ontológico a ação, o que põem abaixo os argumentos de Hirsch. Não obstante, ao se manter o conceito de ação em sentido ontológico, já não se poderá exigir à omissão que mantenha esta mesma estrutura, pois esta será sempre uma ação final imposta pela norma, ou seja, "criada" pela norma para resguardar bens jurídicos em risco, logo, um "produto jurídico artificial". Da mesma maneira, se se normativizar outros conceitos do direito penal, como, v.g., o conceito de dolo, não se poderá exigir que o supra-conceito (pré-típico) de ação sirva à função – ingênua, registre-se – de elemento crítico hábil a restringir o legislador de formular conceitos que desrespeitem as estruturas "lógico-objetivas". Ora, se pudermos normativizar elementos como o dolo e a omissão, não haverá razão para nos mantermos fiéis ao conceito ontológico e pré-típico de ação, pois este conceito terá sua função já muito reduzida no sistema, e poderá, ainda, para o infortúnio de seus defensores, se tornar um elemento manipulável e figurativo na construção teórica do delito – e sobretudo incapaz de restringir a criação de conceitos a partir da norma. Portanto, essa problemática demonstra que o ontológico não possui conteúdo material expressivo bastante à resolução de problemas essencialmente jurídicos.

Talvez a melhor solução para os finalistas fosse criar conceitos normativos através da referência a dados empíricos, porém, sem se cometer o exagero de ontologizar todos os conceitos jurídico-penais, restringindo-os apenas a mera fenomenologia da natureza da conduta, uma vez que outros elementos inerentes à conduta final (porém essencialmente diversos em seu conteúdo) também poderiam ser objetos de valoração em sede jurídica e político-criminal. Em suma: o *objeto de valoração* do direto penal não pode apenas ser reduzido à mera supradeterminação final de um processo causal.

2.4 Dolo e finalidade em relação de correspondência

Para se resguardar ao conceito de *ação* uma estrutura ontológica, livre de qualquer interpretação normativizante, bastará à subsunção dos delitos comis-

54. HIRSCH, Hans Joachim. A cerca de la crítica del "finalismo" cit., p. 79.

sivos que o agente tenha "querido algo", independentemente do dolo, isto é, dever-se-á apreender a vontade do agente sem que, com isso, se releve para as posteriores valorações sistemáticas o seu conteúdo. Dirão os finalistas, entretanto, que o dolo não deverá tornar-se um produto artificioso – muito embora já seja normativo –, e que terá que ser interpretado (extraído) do próprio conceito de ação – respeitando-se, assim, as estruturas prévias ao direito, ou, para ser mais preciso, limitando o máximo possível o normativismo neokantiano. Por isso, acompanhando a crítica de Herzberg, não poderá haver entre dolo e finalidade uma relação de identidade, senão de *correspondência* ou *paralelismo* – o que pensamos que porventura queiram os finalistas afirmar.[55] Pois quem age, a rigor leva a cabo uma ação final na qual se propõem a algo, a uma meta que persegue. Por isso que o dolo do tipo não pode representa a vontade da *ação*, senão consequentemente um suposto especial desta, uma vontade especial de realização, um *fim tipificado*,[56] ou seja, uma conduta que exprime um desvalor por estar dirigida à realização do tipo. Mantém-se, assim, o conceito de ação como vontade de agir, e o conceito de dolo, por seu turno, torna-se vontade de agir dirigida à realização do tipo. Assim Welzel propôs seu conceito de dolo, ou seja, como *finalidade*, em que há "sólo la voluntad de accion orientada a la realización del tipo".[57]

Todavia, há que se ressaltar que, segundo a própria lógica finalista, *toda ação* pressupõe uma finalidade e um movimento corporal. Portanto, em um homicídio, a vontade dirigida à realização do tipo forma parte da *ação* (apertar o gatilho), e a vontade de matar, por seu turno, forma parte da *ação de homicídio*, conformando o dolo do tipo, podendo tratar-se, portanto, de uma ação final de flexionar o dedo, de disparar ou de matar. Porém, enquanto da conduta de flexionar o dedo possa advir um resultado culposo, por outro lado, na ação final de matar, em que há uma finalidade dirigida à concreção do tipo, deve advir, a rigor, um resultado doloso. Por isso mesmo só poderá haver neste âmbito uma relação de *paralelismo* ou *correspondência*, jamais de identidade: enquanto a vontade da ação dirige-se à flexão do dedo e ao disparo, a vontade dolosa, correspondente e paralela àquela, dirige-se ao resultado morte

55. No mesmo sentido também conclui HERZBERG, Rolf. Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 9-10.

56. Assim, Zaffaroni, Alagia e Slokur: "Dado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que da sentido a la unidad del conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad"(ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. Op. cit., p. 541).

57. WELZEL, Hans. *Derecho penal – Parte geral* cit., p. 74.

(*fim tipificado*). Destarte, segundo a lógica finalista, o dolo será sempre outra finalidade, posterior e dirigida à concreção do tipo, enquanto que a finalidade anterior, que compõe a ação que origina e desencadeia o nexo de causalidade (como disparar com a arma) pode preexistir tanto numa ação posterior dolosa, quanto culposa ou atípica. Exatamente por isso, o dolo é o conteúdo da conduta proibido pela norma.

2.5 *Dolo como "fim tipificado": redução drástica do âmbito dos crimes dolosos?*

Se os finalistas prescindem de uma finalidade real e afirmam uma finalidade potencial para conformar os delitos imprudentes, não fazem o mesmo no que concerne aos delitos comissivos dolosos, ou não deveriam fazê-lo, ao menos os partidários da doutrina finalista da ação mais fiéis à ontologismo, afinal: "*Dolo é conhecer e querer a realização do tipo*". Essa premissa finalistas, que rende culto ao elemento volitivo, conduz inexoravelmente à redefinição da estrutura do dolo, que ao nosso sentir, merece ser seriamente considerada. Trata-se de um silogismo muito simples: se os finalistas partem do pressuposto que é necessário à ação que o agente tenha "querido algo" (vontade de ação), e, ao dolo, que tenha *vontade de realizar o tipo*, logo, este dolo só poderá ser um *fim tipificado*, isto é, um *querer* realizar o tipo, eis que *todas* as condutas se dirigem aos fins que perseguem. Todavia, se o dolo for assim concebido, isto é, como outra vontade correspondente à vontade da ação, então sua admissão deverá limitar-se aos casos de *verdadeira* vontade de realizar o tipo, ou seja, aos casos de *intenção* e *persecução de um fim* – pois assim se faz referência às estruturas prévias ao direito, como a *voluntariedade do movimento corporal* (ação) e a *finalidade* ou *vontade de realização* (dolo).[58]

Com efeito, como já advertira Baumann,[59] se nos utilizarmos dos fundamentos defendidos pelos finalistas, no sentido de afirmar que o dolo é uma vontade dirigida à realização típica, limitando-o à intencionalidade, a consequência que daí se extrai é o coerente – porém admitido – abandono da modalidade dolo eventual.[60] Ora, mesmo que se proponha a esta modalidade conceitos como *aceitação*, *aprovação*, *assunção do risco* – ou qualquer outra fórmula a qual se tenha pretendido descrever terminologicamente o dogma do elemento volitivo

58. Nesse sentido, com razão, HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 11.

59. BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal – Conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 114.

60. Nesse sentido, também HERZBERG, Rolf. Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 11.

–, não haverá, necessariamente, finalidade dirigida à realização do tipo, pois neste singular âmbito de atuação só é possível haver *consentimento* ou *aceitação* de consequências *secundárias* advindas do agir, agir este que se propõem aos seus próprios fins. Com razão, portanto, Baumann: "Quien exige para la acción una conducta dirigida a un objetivo, no puede admitir en absoluto un dolo eventual".[61]

A rigor, a finalidade perseguida pelo agente se torna irrelevante na estrutura do dolo eventual, pois o fim perseguido pode ser legítimo. Veja o seguinte exemplo: um policial ao perseguir um criminoso efetua disparos com intenção de imobilizá-lo e impedi-lo de fugir, dos três disparos efetuados, apenas o último alveja-o, e, muito embora o agente não tenha se proposto à morte do fugitivo, acaba por provocá-la, eis que o disparo atinge uma região fatal. A morte não era a finalidade perseguida, muito embora, é claro, o agente pudesse estar consciente do risco que estava assumindo, ou até mesmo consentindo internamente com o desfecho mortal, entretanto, ele não tinha como meta o resultado alcançado, senão unicamente a conduta que põem em perigo a vida – perigo este intenso o suficiente à caracterização do dolo eventual, segundo a *práxis* jurídica –, pois persegue outro fim (impedir a fuga), que, todavia, é um fim legítimo.[62]

No caso supracitado, o agente *quer* apenas o risco, pois, definitivamente, não deseja nem aceita em absoluto o resultado morte, por isso, segundo a lógica finalista, não poderia haver neste caso um fato doloso. Exatamente por isso, o dolo eventual é um problema de difícil solução dentro da rígida estrutura dogmática do finalismo, de forma que seu reconhecimento conduz a contradições. Veremos nas próximas páginas por que isso acontece e, também, quais são os principais óbices na tentativa de superação deste problema.

3. RECONHECIMENTO INCOERENTE DO DOLO EVENTUAL

Como já dissemos, conceitos como *finalidade* e *vontade de realização* devem nos conduzir, se mantidos os seus respectivos conteúdos, à coerente renúncia da modalidade dolo eventual na estrutura finalista do delito, ou, contrariamente, à incoerência de seu reconhecimento. De qualquer forma, nos cabe ressaltar que os finalistas nunca deixaram de reconhecê-lo tacitamente – e é aí, neste reconhecimento incoerente, que se encontram os prin-

61. BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal*... cit., p. 114.

62. Exemplo por nós modificado e retirado de HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 11.

cipais problemas advindos. Podemos afirmar que eles nunca examinaram profundamente[63] as consequências restritivas que os seus postulados poderiam trazer caso fossem aplicados na teoria do dolo (eventual).[64] Exatamente por isso devemos questionar: há razões para a exclusão do dolo eventual em

63. Um exemplo disso é tratamento dispensado por Hirsch ao rebater as críticas opostas ao finalismo, que conclui que a questão do dolo eventual é apenas *terminológica*. A rigor, a inclusão do dolo eventual na estrutura do crime como ação final deve conduzir, não por outra razão, ao abandono da expressão "final" pela utilização da expressão "vontade de ação" – como era entendido na primeira fase de Welzel –, o que, de fato, propõem Hirsch. Hirsch aduz que a palavra *final* ocasionou inúmeras críticas ao finalismo, eis que, tal como ocorre no dolo eventual, não existe, a rigor, um agir guiado finalisticamente ao resultado. Hirsch, entretanto, não explora a problemática do dolo eventual, tendo em vista que a trata apenas como "questão terminológica" (HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo" cit., p. 93). Sobre os argumentos de Hirsch, Herzberg, com razão, expõe suas críticas: "En relación con 'los casos de dolo eventual', Hirsch cree que debe admitirse el reproche 'de que la actuación del hombre no siempre se dirige a fines'. Esto no se entiende. Puesto que, por definición, quien actúa quiere algo, toda actuación está dirigida a fines, tanto el inofensivo empujón a una puerta que la abre, como el disparo de un arma que pone en peligro la vida. Pero lo que seguramente piensa Hirsch es que los casos de dolo eventual muestran que las conductas realizadas con dolo delictivo no necesariamente se dirigen a la realización del tipo y, en este ámbito, la palabra 'final' no es adecuada" (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* cit., p. 13).

64. Herzberg, ao contrário, pensa que os finalistas nunca se propuseram a aprofundar o estudo do dolo porque nunca quiseram rever suas próprias premissas, pois revê-las implicaria em abandoná-las. Nesse sentido, criticamente, afirma Herzberg: "En realidad, no mencionar al dolo eventual supone ignorarlo, lo que pone de relieve el malestar de los finalistas. No encaja con su teoría ni con su propio concepto que también pueda actuar con dolo delictivo quien no persigue como 'fin' la realización del resultado, sino que precisamente busca evitarlo. Como no se atreven a verlo de otro modo, se acepta el dolo eventual y se silencia la incompatibilidad, o se afirma sin una verdadera fundamentación la compatibilidad con la tesis nuclear del finalismo. Cuando se ha ocupado de esta cuestión, la crítica sólo se ha referido a ella tangencialmente, sin precisión y sin destacarla. Pero lo cierto es que no son los delitos de omisión y de imprudencia los que rebaten al finalismo, como normalmente se indica. En este ámbito podría defenderse señalando (y así lo ha hecho tras su inicial sobrevaloración) que no pretende establecer dogmas de validez general en relación con la conducta punible, sino limitarse a afirmaciones sobre la forma en que se produce el actuar y acerca del dolo de los delitos de acción. Pero en relación con estos últimos no se ha atrevido a ser consecuente y a persistir en la finalidad. Por el contrario, ha reconocido la suficiencia del dolo eventual y debería extraer la consecuencia inversa, o sea, debería cuestionarse a sí mismo. Pero no lo hace. Se responderá que esto es exigir demasiado, que, a fin de cuentas, perseverar en la posición que uno mantiene

favor da mantença de um conceito de ação que restrinja o dolo ao simples *propósito* ou *persecução de um fim*?

Com independência desse questionamento de ordem político criminal, antes é preciso ressaltar que embora existam teorias que se proponham a apreender o dolo eventual de forma *sui generis*, por meio de fórmulas especiais e distintas das utilizadas para as outras modalidades de dolo, o que se impõe, e se espera, no desenvolvimento dogmático da doutrina finalista do crime, é a formulação de um conceito unitário de conduta dolosa. Preocupação esta que Armin Kaufmann, já em seu tempo, também partilhava: há que se obter um conceito com critérios válidos tanto ao dolo eventual quanto ao dolo direto.

Como afirmara Kaufmann, a exigência de um conceito único de dolo ia de encontro aos postulados da tradicional doutrina do consentimento:

"¿Es, en realidad, 'aprobada positivamente' la consecuencia accesoria reconocida como de producción cierta, pero no deseada? Si se contesta positivamente a la pregunta, y se eleva de este modo la aprobación a criterio general del dolo, la respuesta solo puede fundamentarse diciendo que el autor, en cuanto que obra a pesar de la representación del resultado, aprueba también la consecuencia. Entonces tendría que ser contestada la pregunta de por qué falla (o puede fallar) esa conclusión de que del obrar se sigue la aprobación, cuando el autor considera las consecuencias sólo como posibles. Si, por el contrario, se cortesta a aquella pregunta negativamente, entonces habría que explicar por que la 'aprobación' es decisiva en el dolo eventual y, en cambio, en el dolo directo no."[65]

Portanto, um conceito unitário de dolo deve possuir – para sua correta apreensão no sistema da teoria finalista do delito – conteúdo bastante à subsunção de todas as suas modalidades. Entretanto, se bem vemos, tal intento não pode ser alcançado, satisfatoriamente, por meio dos pressupostos de que se valem os finalistas – ao menos sem gerar problemas de difícil solução. E, todavia, para assim afirmarmos, devemos analisar as principais propostas já formuladas para a superação do problema da subsunção do dolo eventual ao seu conceito geral, para daí extrair a consequência que estamos a defender: o incoerente reconhecimento da modalidade "dolo eventual".

---

es lo normal, y que la presencia de una contradicción que no perjudica a nadie es algo que debe tolerarse" (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre...* cit., p. 15).

65. KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 2, n. 13, p. 193. Madrid, maio-ago. 1960.

3.1 *Dolo eventual como "contar com" as possíveis consequências secundárias?*

As dificuldades de subsunção se tornaram visíveis na doutrina de Welzel quando ele intentou conceituar a modalidade dolo eventual, pois o definira da seguinte maneira: "Aquellas consecuencias que él cuenta con que se produzcan al realizar su acción tiene que haberlas querido realizar eventualmente si se emprende la acción".[66]

Há de haver aqui uma contradição. Welzel propôs o dolo eventual de forma contrária à sua própria noção de dolo (geral), definição esta segundo a qual deve concorrer uma: "voluntad de accion orientada a la realización del tipo".[67] Se o delito for uma ação final, na qual se controla por meio da vontade o processo causal para a obtenção de um fim perseguido, e se dolo for uma vontade *orientada* à realização do tipo, logo, será irrelevante em relação à *finalidade* ou à *vontade de realização* se o agente contou ou não com a produção do resultado secundário, pois o *contar com* não pode ser equiparado à vontade de realização. Este *contar com a ocorrência do resultado* não pode dizer respeito a um processo volitivo, senão antes a um processo cognitivo, ou melhor, a um juízo psicológico de ocorrência ou não ocorrência de um resultado. Ora, o *contar com* só poderia ser equiparado à vontade de realização se estivéssemos falando de uma *vontade* em sentido atributivo-normativo. Exatamente por isso, Welzel, ao dizer que o agente "tem de haver querido o resultado", *supõe* a existência de uma vontade de realização sempre que o agente *conte com* a produção do resultado, o que, em nosso entendimento, contraria a ideia de respeito às estruturas prévias ao direito. Note-se que embora possa um agente ter *contado com a produção* de um resultado, pode não havê-lo querido, pois, como já dissemos, trata-se de condutas essencialmente distintas.[68] Em suma, tanto a possibilidade de equiparação do *contar com* ao plano volitivo, quanto a ideia de *suposição* de existência de uma vontade de realização, constituir-se-ão, se forem aplicadas, num desprezo à realidade psicológica do agente e, por conseguinte, num desprezo à realidade ontológica da ação. Nesse sentido, com razão, aduz Herzberg: "Afirmar la presencia

66. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 81.

67. Idem, p. 77.

68. Isso se torna perceptível no seguinte exemplo, exposto por Herzberg: "El médico que, por codicia, oculta a u paciente el alto riesgo de la operación y cuenta con el desenlace mortal, sólo actúa animado por la voluntad de evitar la muerte y no quiere su 'realización'" (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 13).

de la voluntad de realización supone despreciar la realidad psíquica"[69] e, consequentemente, as estruturas "prévias ao direito".

À luz dessa problemática, Welzel se viu forçado a acrescentar ao conceito de vontade de realização não apenas o fim perseguido, senão também os meios utilizados e as consequências possíveis previstas pelo autor, diferenciando-se, assim, a culpa consciente e o dolo eventual por meio do critério da *confiança na não realização do tipo*.[70] Entretanto, nem assim se poderia dizer solucionada a aporia, pois se o agente ao atuar representa consequências possíveis, ele efetivamente as supradeterminou, e, portanto, estão incluídas na vontade de realização; e isso, evidentemente, conduz à supressão da culpa consciente, eis que as representações do autor formam parte do conceito de dolo – pois são *abarcadas* pela *vontade de realização*.

De fato, para que exista confiança na não realização do tipo é preciso que antes haja conhecimento do risco inerente à conduta, ou seja, é necessário que antes o autor tenha supradeterminado o resultado. Exatamente por isso, Welzel se viu forçado a contradizer a sua teoria do respeito às estruturas lógico-objetivas (*sachlogische Strukturen*): ao se utilizar do critério da confiança na não realização do tipo, que é, a rigor, um critério cognitivo, ou se estará a atribuir uma vontade fictícia (normativa) de realização do resultado, ou se estará a pressupor sua existência.

É preciso ressaltar, ainda, que o critério da *confiança na não realização do tipo* é, a todas as luzes, apenas um critério *especial* de distinção, pois não possui conteúdo material bastante para constituir-se numa teoria geral do dolo: a confiança é apenas um juízo cognitivo de ocorrência/não ocorrência de um determinado resultado, jamais poderá constituir-se numa extensão do elemento volitivo. Logo, a utilização coerente deste critério – compreendido enquanto juízo psicológico sobre a probabilidade de ocorrência do resultado – deve nos conduzir à exclusão, no âmbito do dolo, de todos aqueles casos em que o agente – embora esteja atuando de forma final, *querendo o resultado* – confia, acredita ou crê que o tipo não se realizará, pois ele já representa, antecipadamente, a baixa probabilidade de sua ocorrência. Conclusão esta que, se levada a cabo, conduziria a uma contradição nos postulados de Welzel, uma vez que este afirma que quando a finalidade está dirigida à realização do tipo, como fim proposto, haverá dolo independente da probabilidade de êxito – como no caso, v.g., de um tiro de longa distância com uma espingarda

69. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Reflexiones sobre*... cit., p. 13.

70. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*... cit., p. 80-83.

mal calibrada.[71] Em sentido inverso, deveríamos excluir o dolo nos casos em que o agente, embora realize uma conduta de alta probabilidade de produção do resultado, confia irracionalmente que o sucesso não se realizará: seria o caso – exagerado, registre-se – de um agente que planta uma bomba relógio em um metrô, porém, após refletir sobre as consequências de sua conduta, arrepende-se, mas por receio de ser descoberto e preso pela polícia, decide apenas rezar para que a bomba não exploda. A sua fé é tão irracional que chega ao ponto de acreditar, em vão, que haverá uma intervenção divina que evitará o desfecho fatal.

Portanto, a *confiança na não realização do tipo* não pode ser considerada um critério diferenciador de ordem volitiva, nem tão pouco anímica, senão, evidentemente, cognoscitivo, e, sobretudo, apenas um *critério*, e como tal deve ser compreendido. De qualquer modo, sua utilização contradiz a ideia de que o dolo é uma "ação *orientada* à realização do tipo" ou um "conhecer e querer a realização do tipo".

3.2 *Dolo como ausência de vontade de evitação idônea (*tatmächtiger Vermeidewille*)?*

A ideia de que não concorre dolo quando o autor age com vontade de evitar um tipo penal foi formulada, nos anos 50, por Armin Kauffman, em uma tentativa de harmonizar as teses da teoria final da ação com a moderna teoria da culpabilidade. Levando a cabo uma crítica com bom aparato metodológico e argumentos convincentes contra as teorias tradicionais, Armin Kaufmann desenvolveu sua própria proposta para a determinação do dolo e sua respectiva fronteira com a culpa consciente. Desde o ponto de vista metodológico, formulou uma máxima sobre a teoria da culpabilidade – que, entretanto, havia sido reconhecida como resultado necessário da teoria final da ação – permitindo extrair uma consequência negativa, a saber: "los vestigios del dolo malo han de ser eliminados por completo".[72]

A razão de tal assertiva está na oposição aos postulados de Gallas, que, juntamente com Engisch, aduzira que a finalidade deve abarcar todas as consequências possíveis representadas pelo autor, sendo, portanto, a diferenciação ente dolo eventual e culpa consciente uma questão de reprovabilidade, situada, portanto, no âmbito da culpabilidade. Para Kaufmann, entretanto, à ação

71. Idem, p. 80.

72. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 188.

final, interessam somente critérios ontologicamente apreensíveis,[73] pois, sua preocupação era criar um conceito de dolo apreendido em consonância com as exigências da doutrina finalista da ação, isto é, um conceito de dolo representado por um *não querer final* expressado em uma vontade – exteriorizada e idônea – de evitar o resultado típico.

Assim, se o dolo diz respeito à estrutura da ação, se deve rechaçar, segundo Kaufmann, quaisquer elementos que concirnam à reprovabilidade ou a dados emocionais, visto que se trata de uma questão que deve ser apreendida ontologicamente – expurgando-se, portanto, qualquer resíduo do *dolus malus*. Com isso se quer dizer que a *vontade de evitação* não deve ser entendida em um sentido meramente anímico, senão antes refletida em um plano objetivo, ou seja, em que a vontade se manifesta no acontecer externo do fato – que esteja, portanto, ontologicamente apreendida e livre de valorações pertencentes à culpabilidade. Entretanto, nem assim Kaufmann superou a questão, pois acaba por entrar em conflito com sua própria metodologia. Ora, o autor de um resultado secundário só teria vontade de evitar esta produção no momento em que já estivesse a valorá-la negativamente – ou por acaso haveria outra motivação para que ele evitasse o resultado? Evidentemente, no âmbito dos resultados típicos, esta valoração negativa exige, normalmente, mesmo que não de modo obrigatório, consciência da ilicitude: baseado em quais (outras) razões deveria o autor ter a vontade de evitar um resultado não pretendido, se é que já não o considera juridicamente não desejado? Por conseguinte, a atuação da vontade e a exclusão do dolo dependem geralmente da consciência do ilícito, ou seja, a determinação do dolo não é possível sem a consideração da existência ou da ausência de consciência do ilícito.[74]

De qualquer forma, Kaufmann mantém-se fiel à ontologia finalista para estruturar sua teoria do dolo, pois se utiliza do conceito de vontade de realização proposto nos últimos trabalhos de Welzel, em que a vontade de realização abarca não somente o fim perseguido, senão também os meios e as consequências acessórias a ela ligadas. Tendo em vista que isso gera um problema de supressão da culpa consciente – tal como ocorre na teoria de Welzel – Kaufmann aporta o critério da *ausência de vontade de evitação* como elemento definidor do dolo, desta forma distanciando-se da compreensão exclusivamente cognoscitiva de Welzel.[75] Afirma Kaufmann que somente existe: "una eficaz voluntad de

73. Idem, p. 187-188.

74. Cfr. nesse sentido, STRUENSEE, Eberhard. Op. cit., p. 10, que aporta critérios intelectuais para diferenciar dolo de não dolo.

75. Acolhe a teoria de Armin Kaufmann, entre outros, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Acción. Op. cit., p. 86-99. Para uma análise da teoria da vontade de evitação idônea em casos

realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de su dirección, y a su propia habilidad, atribuye una posibilidad real do evitar el resultado".[76]

Assim, em síntese, são dois os principais requisitos necessários à configuração de uma vontade de evitação: (1) a exigência de um acontecer externo, em um plano objetivo – os dados anímicos não devem ser apreciados –, (2) e a atribuição pelo agente de uma autêntica possibilidade de êxito à sua ação evitadora; nos casos em que esta não concorre, basta ao dolo que o autor tenha efetuado um juízo de que era possível a realização do tipo. Talvez Kaufmann tenha percebido que o problema do dolo eventual reside na evitação de consequências desastrosas, e, por isso, tenha aportado em sua estrutura requisitos muito similares aos usados nos delitos de omissão: quando o agente conhece um determinado perigo de resultado, deve manifestar uma de vontade (idônea) de evitá-lo.

Por outro lado, talvez Kaufmann tenha percebido também que o conceito de dolo deveria ser amplo o suficiente para abarcar as consequências *apenas representadas*, entretanto, incorre no mesmo erro de Welzel ao *(pré)supor* que estas formariam parte da vontade de realização. Isso não se entende. Ora, se devemos respeitar a estrutura ontológica da vontade, por que *supor* a sua existência sempre que o agente não leve a cabo uma ação evitadora, tendo em vista que este apenas representou um risco pouco significativo, porém hábil à produção do resultado? Ao se afirmar que as *representações*, por si só, já possuem o condão de fundamentar o dolo desde que o agente não manifeste exteriormente uma vontade de evitação do resultado – apesar de, internamente, rejeitar sinceramente esta possibilidade –, se deve afirmar que o dolo, consequentemente, já não pode ser em absoluto vontade ou finalidade. Pelo contrário: seria o dolo, desde o plano da realidade, a falta destes elementos volitivos, e a rigor importaria à imputação dolosa apenas o conhecimento dos riscos inerentes à conduta. Desse modo, levando a cabo a lógica de Kaufmann, a simples inércia do autor que conhece o risco de produção de um resultado pressuporia a sua *vontade de realização*. Ora, não se deve *supor* a existência de uma vontade de realização apenas porque o agente não exteriorizou uma vontade de evitar o resultado. Note-se que, quem *quer*, por óbvio, quer *algo* (o resultado pretendido); as consequências secundárias, por seu turno, não

práticos, vide: CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 2, p. 37-59, 2009.

76. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 197.

devem ser abarcadas pela vontade apenas porque ao conhecê-las o agente não quis evitá-las, pois se pode confiar de antemão que certos resultados não se realizarão devido à baixa probabilidade de sua ocorrência. Em outras palavras: se o agente representa a baixa probabilidade de ocorrência de um resultado, e exatamente por isso confia na sua não realização, não se deve supor que estes resultados estejam abarcados por sua vontade, pois esta atribuição contradiz a noção ontológica – descritiva ou psicológica – de que o dolo é uma vontade decorrente da natureza das coisas.

Se analisarmos detidamente a teoria de Kaufmann, perceberemos que o seu conceito de dolo parece mais uma *capacidade de evitação do resultado* do que uma vontade propriamente dita, o que gera alguns resultados que se custa a aceitar, sobretudo nos muitos casos em que não transcende ao exterior a referida vontade de evitação e que, exatamente por isso, seria exagerado castigar como fato doloso. É o caso, v.g., do motorista que deseja chegar rapidamente ao trabalho e, em seu afã, avança conscientemente no sinal vermelho e atropela (sem qualquer intenção) um transeunte. Note-se que, nesse caso, sequer houvera tempo de pôr em prática qualquer manobra de evitação do resultado – mas nem por isso se poderia dizer ou supor que o agente tenha querido o desfecho fatal.

Não por outra razão, a doutrina tem objetado que um conceito de dolo assim compreendido pode gerar algumas dificuldades de aplicação. Nesse sentido, Hassemer, incrementando a crítica, afirma que podem existir casos em que um agente realiza uma vontade de evitação que, desde o seu próprio ponto de vista, é idônea à supressão de quaisquer riscos adjacentes – porque não toma em consideração a possibilidade de um dano –; ou casos em que apesar de haver por parte do agente uma vontade ativa de evitação, ele observa um risco adicional e, apesar disso, atua, e tem por isso um dolo referido a este risco adicional (o que contradiz essa teoria delimitadora); ainda, adverte Hassemer, quem não diminui um risco insignificante – e por isso evitável – deveria responder, segundo a teoria de Kaufmann, a título de dolo, ainda que aquele que reduz ao mesmo grau de risco um risco elevado – evitável – seja-lhe imputada a mera imprudência.[77]

Por isso que, conquanto a teoria de Kaufmann perfaça-se como um notável contributo, e porventura o mais significativo[78] para a estruturação do dolo

77. HASSEMER, Winfried. Los elementos caracteristicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 3, n. 48, p. 911-912. Madri, set.-dez. 1990). Para outras questões, vide PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004. p. 47-49.

78. Devido ao bom aparato conceitual que Armin Kaufmann proporcionou à sua teoria, não falta quem a acolha na atualidade, nomeadamente, STRUENSEE, Eberhard. Op. cit.,

eventual consoante os postulados finalistas, seus preceitos não resolvem totalmente os problemas que se impõem. E isso também se torna perceptível no famoso caso do parque de diversões, em que um sujeito aposta (todo seu patrimônio) ser capaz de disparar contra uma bola de cristal que uma menina segura em suas mãos, porém sem feri-la; infortunadamente, contudo, erra o alvo e alveja-a mortalmente. Há que ressaltar-se que, neste caso, o agente tem vontade idônea de evitação do resultado morte (eis que mira para acertar a bola de cristal e atribui para si a possibilidade de êxito na façanha), entretanto, exatamente por confiar irracionalmente e demasiadamente em sua perícia, acaba produzindo o resultado indesejado. Nesses casos, se aplicássemos coerentemente a teoria de Kaufmann, deveríamos excluir a imputação dolosa, não obstante tenha a conduta produzido um intenso perigo ao bem jurídico, em que probabilidade de advir um resultado indesejado é, no mínimo, muito significativa. Por isso, em que pese à clara manifestação de uma vontade de evitação do resultado, a doutrina não parece disposta a excluir do âmbito da imputação dolosa os casos em que o risco criado, por si só, já seja intolerável e transcenda à responsabilização por imprudência. Por todos esses problemas – e sobretudo por ser um conceito de âmbito muito restrito – a teoria de Kauffman não obteve aceitação pela doutrina, embora possa ser uma interessante proposta de limitação à punição dolosa, desde que, é claro, seja rebaixada à condição de mero critério político-criminal limitador.

3.3 Dolo eventual como "aceitação" de consequências secundárias?

Zaffaroni, Alagia e Slokur partem de uma premissa funcional-reducionista para a construção das bases do direito penal, cuja função não é outra senão servir de instrumento de limitação do poder punitivo, conferindo o máximo possível de proteção aos *acusados* contra a arbitrariedade e irracionalidade inerentes ao exercício do poder punitivo estatal. Exatamente por isso, estes autores não são exatamente *finalistas*, porém, apesar de afastarem-se do funcionalismo ético de Welzel, encontram na ontologia finalista, ou melhor, em sua necessária referência a dados ônticos, próprios do ser (*Seinaspekt*), uma base idônea para cumprir a função de contenção do poder punitivo, por eles defendida. Dessa forma, o conteúdo ôntico da conduta deve servir de base para a limitação do neokantismo (criação de conceitos a partir da natureza da norma), e, portanto, no que concerne à conceituação do dolo, os postulados

p. 10 e ss. Struensee, contudo, faz correções na estrutura da vontade de realização, aportando critérios delimitadores cognitivos.

de Zaffaroni, Alagia e Slokur não poderiam ser diversos dos defendidos pelos demais finalistas: compartilham da compreensão de que o dolo é um *fim tipificado*, em que o agente tem que *conhecer e querer* a realização do tipo. Logo, os problemas até então exclusivos do finalismo, repercutem-se no âmbito do funcionalismo redutor de Zaffaroni, Alagia e Slokur.

Nesse sentido, por exemplo, os autores contradizem sua premissa básica, isto é, a de que ao dolo é necessário o aspecto volitivo, eis que afirmam que os resultados concomitantes ao plano perseguido pelo agente, uma vez *representados como consequências possíveis*, são abarcados pela vontade de realização. Ora, há aqui um velho problema: se se constituem apenas como resultados representados pelo agente, não significa, necessariamente, que sejam queridos (abarcados pela vontade de realização), salvo se tratar-se de uma ficção, tal qual uma *vontade jurídica*, ou uma suposição (generalizante) acerca a subjetividade do agente – o que, no primeiro caso, contradiria a referência aos dados da realidade e, no segundo, a ideia de limitação ao poder punitivo, posto que, segundo os autores,[79] só a presença efetiva do dolo autoriza sua punição.

Por outro lado, Zaffaroni, Alagia e Slokur utilizam, para a conceituação do dolo eventual, uma formula de difícil interpretação: afirmam que é necessária uma resolução em que o agente aceite *seriamente* a possibilidade de advir um resultado paralelo ao plano perseguido. Nas palavras dos autores:

"Habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de realidad. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado."[80]

Parece evidente: se o dolo eventual for compreendido como *aceitação* (real) de algo distinto do plano, da meta ou do fim perseguido pelo agente, já não poderá ser *fim tipificado* algum. Zaffaroni, Alagia e Slokur incorrerem na mesma contradição de Welzel, uma vez que *supõem* – ao menos *parecem supor* – a existência de uma *aceitação* do resultado quando há apenas o conhecimento sério do risco e a respectiva não renúncia da ação principal. Logo, um olhar atento não deixa de perceber que o conceito de dolo assim formulado já não

79. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKUR, Alejandro. Op. cit., p. 527: "Ninguna de estas formas de dolo puede presumirse, de modo tal que sólo su presencia efectiva permite habilitar poder punitivo".

80. Idem, p. 524.

pode ser compreendido como mera vontade de realização. Ao contrário, parece tratar-se de uma representação séria da possibilidade de um resultado, em que, diante da ausência de ação evitadora, se imputa uma fictícia aceitação do resultado – embora isso não seja admitido pelos autores.

Ao dolo eventual interessa, em última instância, a não evitação de um resultado seriamente representado – jamais a sua querença! Não por outra razão as críticas de Baumann a respeito das consequências acessórias ao plano do agente se fazem pertinentes e atuais:

"No puede ser satisfactoria la solución convencional de la teoría de la acción finalista: considerar como objetivos intermedios los resultados accesorios de la conducta consentidos y equipararlos al objetivo final. Si fueran objetivos intermedios, no deberían ser queridos condicionalmente, sino tenidos en miras."[81]

Havemos de concordar num ponto: ou o elemento volitivo do dolo torna-se uma ficção jurídica imputada ao agente, ou terá de ser presumida sua existência. Se adotado o primeiro posicionamento, o elemento volitivo será menosprezado em sua onticidade e, o que talvez seja ainda pior, ser-lhe-á relegado um papel meramente figurativo na construção teórica do conceito de dolo, como se fosse apenas um "problema linguístico". Se, porém, adotarmos o segundo posicionamento, em que há a suposição ou presunção de uma *vontade de realização* ou *aceitação* do resultado – que já são, mediante o silêncio do acusado, de dificílima comprovação em juízo –[82] teremos de admitir o emprego de uma metodologia temerária, de duvidosa legitimidade constitucional e a todas as luzes contrária a função política de limitação do poder punitivo. Ora, todos sabem o quão perigosas são as presunções em direito penal, por isso, não parece ser razoável supor a existência de uma vontade de realização quando o resultado for apenas representado como possível.

Logo, há um dilema a ser superado. Ou preserva-se o dolo eventual, ou preserva-se a referência ôntica à vontade de realização. Se preservado o dolo eventual (compreendido como *levar a sério a possibilidade do resultado*) teremos que normatizar a vontade de realização, o que já contradiria a ideia de

81. BAUMANN, Jürgen. Op. cit., p. 114.

82. Cabe ressaltar que conceitos como *consentir*, *resignar-se internamente* ou *aceitar*, não equivalem à querença do resultado, pois ao querer se ligam sempre ações exteriorizadas, e àquelas – de cunho interno – se ligam a dados emocionais que longe estão de figurar como uma autêntica vontade. Ademais, *supor* a existência de um querer nestes casos de resignação interna é, além de temerário, muito duvidoso desde o ponto de visto prático, pois o acesso a esses dados é quase impossível, e uma suposição de sua existência será sempre um desprezo à realidade ontológica.

uma vontade ôntica, em sentido psicológico, como um dado da realidade relevante para o conceito de dolo; se for preservado a vontade em seu sentido psicológico, limitadora do neokantismo, teremos que abandonar a ideia de dolo eventual como *levar à sério* a possibilidade de realização do tipo, reduzindo o conceito de dolo aos casos de autêntica vontade de realização do resultado.

Mas há, porém, outro questionamento importante. Uma vez demonstrado que ao dolo eventual é necessário, desde o plano da realidade, tão somente a representação séria da possibilidade do resultado, não restaria outra opção senão a consequente supressão da culpa consciente – pois não haveria elemento volitivo psicológico capaz de diferenciar as categorias dolo e culpa. Com efeito, desde o ponto de vista dogmático, a simples ausência de renúncia ao plano perseguido pelo agente – que representa a possibilidade do resultado – conduz a um conceito amplo de dolo. Vejamos o caso do autor que fuma em um celeiro e *leva a sério* o risco de causar danos: embora ele não *aceite* psicologicamente a produção deste resultado, atuará com dolo, pois não renunciou ao ato de fumar e, consequentemente, ser-lhe-á presumida ou imputada a aceitação do resultado. Para outro exemplo, vejamos o caso de um motorista que ao fazer uma ultrapassagem *leva a sério o risco* de acontecer um acidente: embora ele não aceite este resultado, deve ser punido a título de dolo, uma vez que não renunciou ao seu plano principal. Dirão os mais convictos defensores do elemento volitivo que, em tais casos, o agente *tem de haver querido o resultado*. De fato, tal afirmação não parece mais do que uma generalização, e como tal deve ser considerada. Não cremos ser epistemologicamente correto fazer tal tipo de suposição. Desde uma visão garantista do juízo de subsunção, a não renúncia à conduta não significa, necessariamente, a ocorrência de uma aceitação real do resultado.

Por outro lado, uma vez assentado que a função do direito penal é limitar o poder punitivo através do respeito aos dados da realidade, pergunta-se: será que a referência aos dados ônticos, por si só, é meio idôneo para impedir que a punição dolosa expanda suas fronteiras até a supressão da culpa consciente? Se, v.g., em um determinado caso há efetivo conhecimento da possibilidade de produção de um resultado secundário ao fim perseguido, esta representação deve compor o conceito de conduta final (embora já não se possa falar em vontade real de realização do tipo), logo, mesmo não havendo a querença do resultado secundário, nada impediria que o agente fosse punido a título de dolo. A *representação* do agente, enquanto dado ôntico que compõem a estrutura da ação, poderia ensejar por si só a punição dolosa, pois diante da ausência de uma ação evitadora, já não haveria elemento volitivo capaz de diferenciar dolo e culpa. Portanto, os dados ônticos já pouco conseguiriam limitar a expansão

do poder punitivo que o conceito de dolo autoriza, pois a simples referência à conduta não impede a criação de um conceito amplo de dolo, assentado, inclusive, na própria estrutura da conduta finalista.

4. Dolo eventual e elemento volitivo: ética realista do razoamento e dados ônticos na dogmática

Para além de uma perigosa generalização, parece óbvio que, se não houver a normativização do conceito de vontade de realização, não será possível se falar em *aceitação do resultado* quando se está diante apenas de representações de consequências secundárias do agir. A fictícia *aceitação* do resultado não limita o exercício poder punitivo inerente ao conceito de dolo. Pelo contrário, antes o expande até a supressão da culpa consciente, pois sempre que o elemento volitivo do dolo, enquanto dado da realidade, for um óbice ao exercício do poder punitivo, terá seu conteúdo normativizado – e será qualquer outra coisa que não essencialmente vontade: será o que o julgador quiser! Se esta elucubração não for argumento suficiente, basta olharmos a história para logo recordarmos o célebre caso da "correia de couro" (*Lederriemenfall*), muito discutido na doutrina alemã. Nele, o tribunal alemão precisou julgar a seguinte situação: dois agentes planejavam utilizar uma correia de couro para asfixiar a vítima, que estava dormindo, até que ela desmaiasse, para que pudessem furtar seus bens. Porém, devido ao perigo de um desfecho fatal, decidiram abandonar o plano original, e resolveram golpeá-la na cabeça com um saco de areia, o que apenas a despertou de seu sono. Neste ínterim, tiveram de retornar ao plano original, valendo-se da correia, o que ocasionou o desenlace trágico.

Na decisão desse caso, o tribunal alemão, para poder admitir a ocorrência de um homicídio doloso sem abandonar a *teoria do consentimento*, teve, forçosamente, que inovar a teoria do dolo, e para tanto inventaram a fórmula "aprovar em sentido jurídico", cuja ideia reitora é a seguinte: a expressão "aceitação do resultado" não deve ser compreendida em um sentido psicológico, ou mesmo no sentido comum da linguagem empregada cotidianamente, mas sim em um sentido técnico-jurídico – isto é, a linguagem dos juristas. De acordo com o Tribunal alemão, um agente poderia "aceitar" as consequências da sua conduta apesar de, na realidade, não desejá-las! Ora, somente no mundo mágico e fabulador dos discursos normativistas seria possível dizer que um cachorro, *em sentido jurídico*, é o mesmo que *gato*!

Na qualidade de ficção jurídica, o elemento volitivo do dolo é utilizado para mascarar a própria irrelevância em que se assume a vontade psicológica enquanto critério de acertamento no juízo de ocorrência do dolo eventual.

Em última análise, os julgadores se aproveitam do jogo de linguagem[83] *aceitação* para exercer o poder punitivo baseado noutros elementos que subjazem o acontecimento do delito. Não por outro motivo, desde uma análise da realidade dos julgamentos, o que há de determinante no juízo de subsunção do dolo eventual já não diz respeito a qualquer *vontade* que o autor expressa ante o resultado produzido – embora se afirme o contrário! Trata-se de um jogo linguísticos em que se declara a ocorrência de um *elemento volitivo do dolo* para mascarar a verdadeira natureza dos julgamentos concernentes à imputação do dolo eventual: em realidade, neles existe um juízo de reprovação sobre outros aspectos do delito que não dizem respeito a qualquer *vontade*. Os magistrados consideram o perigo gerado pela conduta, a possibilidade de evitação do resultado e o comportamento pós-delito, dos quais retiram indícios sobre a personalidade e os sentimentos do agente, como sua indiferença e egoísmo demonstrados no momento do delito. É com bases nestes elementos que se infere – ou se imagina – a ocorrência do *elemento volitivo* do dolo eventual. Aceitação, consentimento, indiferença, aprovação e assunção: todas estas fórmulas, pelas quais se tem pretendido descrever terminologicamente o elemento volitivo do dolo eventual, a julgar por sua tão obscura e afanosa apreensão, nos levam a crer que sua relevância não está em suas pretensas essências, senão no uso que delas se faz. Exatamente por serem discursos proferidos por magistrados, tem conteúdo político e pretendem alcançar certos fins, que, a rigor, podem ou não ser declarados. Desde uma análise da realidade, estas *fórmulas* tem função retórica e veladora, pois, no primeiro caso, são utilizadas para exercer mais ou menos intensamente o poder punitivo, e, no segundo, para ocultar a irrelevância de qualquer vontade em sentido psicológico.

Exatamente por isso, a limitação do normativismo através da efetiva referência aos dados ônticos possui seu mérito: a exigência de fundamentação. Os dados ônticos *devem* exercer, portanto, uma função de limite ao discurso do legislador e dos julgadores, na medida em que exijam que se explique, desde o ponto de vista político-criminal, qual a razão, afinal, para que eles sejam relevantes na fundamentação da diferença de reprovabilidade entre dolo e culpa. Ou seja, deve-se responder ao seguinte questionamento: por que certos dados da realidade, como, v.b., o conhecimento provável do resultado, a vontade de

83. Sobre a utilização das palavras na prática dos discursos vide o conceito de jogo de linguagem (*language games* ou *sprachspiel*) em WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations: the German Text, with a Revised English Translation*. 3. ed. G.E.M Anscombe (ed. & tr.). Oxford: Blackwell Publishing, 2001.

realização, o perigo gerado pela conduta, a indiferença etc., devem compor o conceito de dolo? Desta maneira, a fundamentação político-criminal estará limitada pela verificação dos dados empíricos da realidade, produzindo-se, portanto, uma *resistência da coisa* nos discursos normativistas. Por isso que, desde o plano teórico, para salvaguardar a referência à realidade, não se poderá esquecer que a própria utilização destes conceitos ônticos já é uma decisão político-criminalmente interessada, uma vez que visa alcançar alguma finalidade – racional ou irracional.

Assim, o respeito à realidade é também exigido desde o ponto de vista epistemológico, porque permite a refutação (empírica) dos conceitos utilizados no razoamento jurídico. O juízo penal, por ser um saber-poder,[84] isto é, uma combinação entre conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*), limita-se em sua própria natureza: quanto maior é o saber, menor é o poder, e vice-versa. Por isso a exigência de verificabilidade e refutabilidade restringe o âmbito de discricionariedade dos juízes, conduzindo a aplicações mais seguras e previsíveis do poder punitivo. Logo, ao se reduzir também a manipulação linguística (magia verbal) que subjaz os discursos normativistas, põem-se em prática um projeto ético: trata-se de uma ética realista do razoamento. Por meio dela, pretende-se que o contato com a realidade através dos dados empíricos reduza a ilusão provocada pela magia das palavras, conduzindo a um verdadeiro processo de desencantamento, impondo aos operadores do direito que, no momento de formulação de seus jogos de linguagem, considerem a realidade social.[85]

Destarte, embora se deva abandonar a ontologização finalista, eis que desprovida de valorações político-criminais, por outro lado, se deve preservar seu legado, isto é, a ideia de *olhar a realidade*. Por óbvio que o manejo de dados empíricos traz consigo problemas de difícil solução, todavia, não se deve pretender que o realismo seja um projeto acabado. Pelo contrário, é um projeto em constante aperfeiçoamento e por isso não se nega o valor da hermenêutica, senão apenas que, antes dela, se deve dar prioridade para os dados produzidos por outros ramos do saber. Portanto, a lição a se aprender é que os dados empíricos e a intencionalidade político-criminal não devem se desvincular:

84. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 33 e ss.; cfr. também p. 45-46.

85. Trata-se de uma ética realista do razoamento, sobre assunto, vide HABA, Enrique. *Doxa – Cuadernos de filosofia del derecho*. Alicante: Universidad Alicante, 2000. n. 25, p. 525.

terão antes de aprender a conviver respeitando-se reciprocamente.[86] Assim, o conceito de dolo – enquanto jogo de linguagem que autoriza o exercício de poder punitivo – deve possuir um conteúdo ôntico que o torne passível de racionalização, verificação e refutação. Se este conteúdo ôntico deve ser volitivo, cognoscitivo, ou misto, dependerá da intenção política (expressa ou oculta) que subjaz a sua utilização no discurso jurídico.

5. CONCLUSÃO

O conceito de ação final encontra dificuldades para cumprir os requisitos impostos à ação como *Oberbegriff* sem ter de normativizar-se – sobretudo para conformar os delitos imprudentes e omissivos. Para manter-se a forma ontológica do conceito de ação nos delitos dolosos comissivos, não resta outra saída aos finalistas senão ter de admitir, forçosamente, que à ação importa que o agente tenha agido de forma voluntária, isto é, que tenha *querido algo*, independentemente do conteúdo dessa vontade. A ideia de um conceito de dolo como parte integrante da ação e que mantém com a finalidade uma relação de pura identidade deve rechaçar-se: eis que dessa afirmação se pode extrair a consequente perda da função de ligação imposta à ação como conceito superior (*Oberbegriff*). Ademais, a tentativa de compreender o dolo como fenômeno não reduzível à mera supradeterminação de um processo causal, incluindo em sua estrutura referências aos tipos e aos sentidos que estes exprimem, conduz à normativização de seu conteúdo e, consequentemente, do conteúdo da ação. Assim, de qualquer modo, quer se salve o dolo, quer se salve a ação, jamais se salvará a ambos sem que algum se normativize e perca o seu conteúdo ontológico.

Apreender o conceito de ação como mera vontade de agir e o dolo como vontade de agir *que se orienta* à realização do tipo (relação de correspondência entre ação e *fim tipificado*) reduz significativamente o âmbito de aplicação do dolo pela consequente mitigação/exclusão da modalidade dolo eventual. As tentativas de superação desse problema encontram dificuldades de ordem teórica e prática de difícil solução, de tal sorte que o reconhecimento do dolo eventual na estrutura finalista do delito ocorre de forma incoerente, sobretudo por *pressupor-se* a existência de uma *vontade de realização* nos casos em que há

86. No mesmo sentido são os argumentos de CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: más allá del ontologismo y el normativismo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-01.pdf]. Acesso em: 13.03.2012.

apenas representação das possíveis consequências advindas da conduta. Com efeito, as contradições existentes revelam que a máxima finalista: "dolo é conhecer e querer a realização do tipo" é inadequada para resolver os casos de dolo eventual, segundo a lógica dos finalistas.

Nesse sentido, a criação de uma teoria da conduta dolosa que responda ao fundamento pelo qual certos dados da realidade devam compor o conceito de dolo talvez seja o caminho mais seguro a se seguir – embora não antes sem dificuldades inerentes a qualquer projeto teórico. Somente através de uma apurada análise e racionalização da utilização dos valores político-criminais nas decisões jurídicas sobre os casos de dolo eventual, aliada à resistência que a coisa deve exercer contra o discurso normativista (magia verbal), é possível limitar o exercício de poder punitivo que o conceito de dolo autoriza, mantendo-se as bases diferenciais entre reprovabilidade dolosa e culposa, como melhor forma de superar os problemas jurídico-penais que se impõem. Todavia, a criação dessa nova teoria do dolo é tarefa complexa, e ainda aberta a investigações científicas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la ciencia del derecho penal española y en la de los países iberoamericanos, de José Cerezo Mir – *RCP* 12/53;
- Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação, de Othon de Azevedo Lopes – *RBCCrim* 44/128;
- Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal, de Enrique Bacigalupo – *RBCCrim* 52/135; e
- Welzel e o direito penal de hoje, de Luís Augusto Sanzo Brodt – *RCP* 16/177.

1

UM EXAME ANALÍTICO ACERCA DO PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL E SEU ANTAGONISMO CRÍTICO À LUZ DA AUTONOMIA DA VONTADE PESSOAL

Lineamentos a partir da cooperação em suicídio

An analytical exam on legal-criminal paternalism and its critical antagonism in light of the autonomy of the personal will: guidelines stemming from cooperation in suicide

PEDRO PAULO DA CUNHA FERREIRA

Especialista em Ciências Penais pela Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG. Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da UFMG.. Professor de Direito Penal.

LARA MARIA TORTOLA FLORES VIEIRA

Acadêmica do 3.º ano do curso de Graduação em Direito da UEM.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A validade e eficácia das normas de direito subsistem na medida em que elas são forjadas em paralelo aos pressupostos jurídicos-políticos da fonte de onde emanam. As normas jurídicas devem, neste diapasão, expressar imediatamente e também de modo reflexo o sentido e a orientação do paradigma político e cultural

ABSTRACT: The validity and effectiveness of legal norms remain as they are forged in parallel with legal and political assumptions of the source from which they derive. Along the same lines, legal norms should immediately express and also mirror the sense and orientation of the political and cultural paradigm in which they are

no qual estão imersas. Desse modo, a legislação editada no âmago do Estado Democrático de Direito deve, acima de tudo, privilegiar seus fundamentos básicos, primordialmente no reconhecimento e valorização do homem enquanto ser livre e dotado de autonomia resolutiva decorrente da noção contida na dignidade da pessoa humana. Todavia, comumente o legislador tem ignorado o destino dessa recomendação principiológica ao desprezar a autonomia privada, por meio de atitudes paternalistas vazadas através de normas de direito e, mais preocupantemente, de normas de Direito Penal. Nessa esteia, tem-se evidenciado um crescimento cada vez mais significativo e pernicioso do decisionismo estatal sobre a autonomia da vontade pessoal, tendente a fragilizar a disposição deliberativa do sujeito, que possui plena capacidade decisória. É a partir dessa conjectura que se propõe o exame acerca da infiltração do paternalismo estatal no viés jurídico-penal, sob o fundamento da incriminação contida no art. 122 do CP brasileiro, cuja análise constitui o objetivo primordial do presente ensaio.

PALAVRAS-CHAVE: Paternalismo - Direito penal - Autonomia da vontade pessoal.

immersed. Thus, the legislation which is enacted at the heart of the democratic rule of law must, above all, focus on its basic fundamentals, primarily in recognition and appreciation of man as a free entity, endowed with the autonomy that derives from the notion of human dignity. However, lawmakers have often ignored the fate of this principled recommendation when private autonomy is dismissed through paternalistic attitudes poured on by legal norms and, more worrisomely, through criminal law. Along this line, a significant and pernicious growth is evident in state decisionism over the autonomy of personal will, tending to weaken the deliberative disposition of the subject, who has a full decision-making capacity. It is from this hypothesis that we propose a review of the infiltration of state paternalism in the legal-criminal arena, under the basis of incrimination as found in current legislation, art. 122 of the Brazilian Criminal Code, whose analysis is the primary objective of this essay.

KEYWORDS: Paternalism - Criminal law - Personal freedom of choice.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O paternalismo e o paternalismo jurídico-penal - 3. O antagonismo crítico do modelo finalista de sistema penal e a recepção da ética paternalista no delito do atual art. 122 do CP: uma proposta *de lege ferenda* conforme a Constituição de 1988 - 4. Conclusões principais - 5. Referências.

"De la piel para adentro empieza
mi exclusiva jurisdicción."
Antonio Escohotado

1. INTRODUÇÃO

De início, adverte-se e salienta-se que a validade das normas jurídicas, em primeiro plano, e das normas penais, secundariamente, pauta-se em diversos critérios, dentre os quais se indica a legitimidade, constituindo-se esta no conjunto de pressupostos que validam e autenticam as normas de direito com o sistema no qual estão inseridas.

Dessa forma, as disposições normativas ou os subsistemas legais só detêm legitimidade quando se coadunam, em sua integralidade, com os postulados

do modelo jurídico-político no qual são construídos. É a partir deste raciocínio que se infere a indispensável e imperativa necessidade de que a *mens legis* esteja em harmônica sintonia com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, no sentido mesmo de conferir relevância superlativa à variabilidade e pluralidade de pensamentos, crenças, convicções, orientações, percepções e todos os demais componentes subjetivos que integram a consciência anímica humana.

O que se suscita é o fato de que no paradigma de Estado adotado no Brasil, bem como em diversas outras democracias que possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana, é razoável esperar que o indivíduo e sua inerente autonomia volitiva sejam reconhecidos, respectivamente, como *ente* e *qualidade* juridicamente relevantes.

As normas de direito devem, assim, considerar precipuamente as particularidades de seus destinatários, a fim de que possam não carecer de legitimidade. Todavia, em que pese ser este o mandamento de ordem, não raro violações a esta recomendação são evidenciadas, o que repercute na notória eiva no ordenamento jurídico de disposições flagrantemente ilegítimas e, portanto, manifestamente ilegais.

A problemática da legitimidade no específico campo das normas penais, mormente as leis incriminadoras, choca-se, às vezes, com o fenômeno denominado *paternalismo*. Este figura como a postura ingerente na liberdade deliberativa do sujeito, com vistas à manutenção de seu bem-estar ou evitar-lhe a causação de algum prejuízo. É a imposição de uma conduta para o próprio bem da pessoa ou para protegê-la de si mesma (MARTINELLI, 2010, p. 50).

O paternalismo constitui-se, basicamente, em sua generalidade, no comportamento protetivo de alguém para com outrem, de modo a interferir em seu comportamento desprezando a vontade alheia. Observa-se que a vontade do sujeito alvo da atitude paternalista é desconsiderada ou invalidada por tornar despiciendo seu conteúdo, vez que este não governa *in totum* a decisão a ser tomada, sendo dirigida de acordo com as intelecções do autor do ato paternalista.

Tal comportamento se manifesta de diferentes formas, dando origem a uma classificação cujas principais categoriais – ao menos para o presente trabalho – são apresentadas e sistematizadas por *Gerald Dworkin* e *Joel Feinberg* (MARTINELLI, 2009, p.14). O primeiro apresenta o paternalismo em duas modalidades, quais sejam: o *paternalismo puro* e *impuro*, ao passo que a intervenção paternalista se dirija ou não ao mesmo indivíduo ou grupo de indivíduos a serem "beneficiados".

Nessa trilha, obtempera-se que o paternalismo, em sua forma *pura*, expressa o ato interventivo na vontade de terceiro com vistas a restringir a liberdade decisória, para, com isso, conquistar um benefício àquele que teve desconsiderada sua autonomia volitiva. Já o paternalismo *impuro* é caracterizado pela ausência de coincidência entre o destinatário da restrição e o beneficiário. Nessa espécie, a figura interventora atua sobre a vontade de um sujeito para que um (uns) terceiro(s) outro(s) não se prejudique(m) ante a manifestação livre da vontade daquele.

Já a exposição de *Feinberg* propõe a desfiguração do paternalismo em *rígido* e *moderado*. O dito *paternalismo rígido* é marcado pelo ato de intromissão na vontade de quem possui plena capacidade de sobre ela dispor. Refere-se à imediata ignorância acerca da autonomia privada do sujeito imputável e plenamente capaz.

A mitigação total ou parcial da manifestação de vontade do sujeito incapaz ou vulnerável formata o chamado *paternalismo moderado*, justificável em razão da incompleta maturidade de disposição de que possuem os inimputáveis, tais como crianças, adolescentes e doentes mentais.

2. O PATERNALISMO E O PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL

A complexidade que existe em torno do fenômeno do chamado *paternalismo* reside na multiplicidade de formas de sua manifestação, o que dificulta precisar contornos seguros e exatos, quer para sua definição, quer para suas variadas classificações. O paternalismo, assim, não alberga[1] um sintoma homogêneo, mas sim um movimento de limites amplos cuja forma de expressão abrange destinatários de diferentes categorias, como crianças, adultos, idosos, deficientes mentais e portadores de determinadas patologias, sujeitos capazes em determinadas condições, incapazes e vulneráveis.

Manuel Atienza, em um estudo crítico e comparativo acerca do paternalismo, traça algumas características mais ou menos definidas que possibilitam

1. CARVALHO, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *RCP* 12/177. O trabalho de definição do termo paternalismo resta tarefa árdua, posto que o fenômeno por ele representado apresenta-se como um conceito controvertido, o que implica em suscitar sempre longas disputas doutrinárias, seja para sua definição, seja para sua compreensão global, a saber, classificações, formas de manifestação, circunstâncias sobre as quais se justifica etc. Assim, conclui RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. A vueltas con el paternalismo jurídico. *Derechos y Libertades* 15/219-220.

identificá-las comumente a todas as formas de comportamento ou atos paternalistas. Para o autor, uma conduta é paternalista quando se destina à obtenção de um benefício para um indivíduo ou grupo de indivíduos, sem que, para tanto, seja considerada sua capacidade de disposição acerca do conteúdo da deliberação resolutiva.[2]

A imposição de pautas comportamentais ou diretrizes de seguimento, mormente com fito de evitar um prejuízo particular que recaia sobre o sujeito, pode apresentar-se como medida de alcance do bem-estar individual, porém, para tanto, vale-se de instrumentos de restrição da liberdade de escolha e, por isso, mitiga ou vicia a vontade e a capacidade livre de decisão. Trata-se de um dualismo (falsamente) compensatório que se dá através da restrição da liberdade negativa para educar (ou domesticar) a liberdade positiva.[3] É a busca pela máxima satisfação daquilo que se elege como meta de bem-estar subjetivo, mesmo que isso custe a redução ou castração por inteiro da capacidade de autogoverno individual.

Essas intervenções, amiúde marcadas por esse escopo benéfico, são introduzidas ou tomadas enquanto planos de execução política com o "intuito de se proteger, reciprocamente, os indivíduos, uns contra os outros, ou, mesmo, da proteção das pessoas contra elas mesmas".[4] O ato interventivo que qualifica a própria expressão *paternalismo*, em seu simples conceito denotativo, explicita com precisão que o comportamento paternalista é autenticamente um ato de gestão ou governabilidade autorreferencial.

Assim, o *Dicionário da Real Academia Espanhola* aclara a semântica do vocábulo, ao revelar que se entende por paternalismo "toda tendência a aplicar as formas de autoridade e proteção próprias do poder do pai no contexto familiar tradicional ou em relações sociais de outra natureza, como as políticas e as trabalhistas".[5] Ou seja, se se trata da administração de alguma postura autoritária, esta deve revestir-se de elementos que não apenas a justifique, mas que também possam prestar-lhe condições efetivas para assegurar ao cabo e ao fim a obediência e o cumprimento de seus mandamentos.

---

2. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 5/203-214.
3. Idem, p. 206.
4. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal. *Boletim IBCCRIM*, vol. 14, n. 166, p. 8.
5. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 21. ed. Madrid: Real Academia Española, 1992. t. 2, p. 1547.

O constrangimento moral que despreza a vontade individual do destinatário do ato paternalista garante sua satisfação a partir do estabelecimento de respostas sancionadoras direcionadas àquele cuja vontade de escolha livre pretende-se coagir. Todavia, as recomendações paternalistas, não raro, visam alcançar a evitação de um dano a um sujeito, valendo-se, para tal, da intervenção na liberdade de ação de um terceiro que, se afastado do comportamento de gestão, estaria no exercício legítimo do desiderato idealizado, anteriormente, de forma livre pelo sujeito que se busca proteger (beneficiário).

Chama-se a atenção para o fato de que, além das modalidades referidas introdutoriamente, existem formas outras de manifestação paternalista que permitem agrupá-las e reuni-las, segundo uma distinção criteriológica. Uma delas é a que diferencia as hipóteses de paternalismo quanto ao grau e intensidade que assumem para os sujeitos a quem são aplicadas.

Esse agrupamento parte da presunção ontológica de que haja sujeitos responsáveis e irresponsáveis, conquanto, respectivamente, consigam ou não discernir acerca dos atos e prováveis fatos lesivos.[6] A aferição correta sobre a capacidade decisória livre e autônoma aqui resta indispensável para a legitimidade[7] da intervenção.

Desse modo, fala-se em paternalismo moderado (*soft*), ou também chamado brando ou débil, quando a finalidade interventiva agasalha a prevenção de uma conduta que é essencialmente involuntária.[8] Ou seja, é a intencionalidade de proteção da pessoa contra si mesma, de suas próprias ações lesivas e/ou perigosas. A identidade do *soft paternalism* é, comumente, presenciada no contexto de fragilidade temporária ou permanente do indivíduo que, por qualquer

6. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, Departamento de Pós-graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, 2010, p. 115.

7. "Há diversas correntes de natureza sociológica que buscam a instância legitimadora do Direito na sua correspondência aos fatos sociais, nas aspirações do povo ou na participação desse na elaboração do *jus positium*. O questionamento não se refere ao critério adotado na disciplina do fato, mas à sua correspondência ao querer social. Tal espécie de critério é comum nos Estados onde impera a arbitrariedade e onde não vige o chamado Estado de Direito". Este é caracterizado pelo máximo respeito e prestígio aos direitos humanos e, acima de tudo, pela participação valorizada do povo na condução de seus próprios negócios. Sobre a nota, vide: NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 77.

8. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanásia y derecho penal: estúdio del art. 143 del Código Penal español y proposta de* lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 17.

razão, não raro de ordem biopsicológica, não possui a soma necessária da total capacidade de se firmar seguramente rumo a uma decisão.

Compõe o conjunto de destinatários dessa espécie de paternalismo os incapazes em geral, como crianças e portadores de patologias mentais transitórias e recorrentes, os idosos acometidos pela senilidade ou qualquer outro sujeito que, mesmo que provisoriamente, careça de faculdades indispensáveis à motivação resolutiva benéfica ou menos gravosa.[9] Os estados de inconsciência dão margem à justificação dessa modalidade de paternalismo, pois constitui um *status* peculiar de vulnerabilidade que contamina o esclarecimento objetivo e subjetivo da realidade. As hipóteses que sustentam o *paternalismo brando* não ignoram o homem enquanto sujeito inteligente, capaz de criar e recriar a si mesmo e a realidade ao seu redor, e não desprezam os frutos de seu exercício anímico. Ao contrário, reconhece-os, avalia-os e os aceita, porém busca corrigir tão somente as falhas da mente humana dos resultados teratológicos que possa representar.

Todavia, o ponto nodal desse e dos demais atos de paternalismo, a saber, a capacidade para exercer a própria *autonomia*,[10] não pode ser objeto de exame geral, despido de um paradigma de referência concreta, posto que o mesmo depende variavelmente de um determinado contexto, tais como o das "tarefas postas a serem executadas ou das decisões a serem tomadas".[11] Há, a partir disso, um plausível argumento de limitação da intervenção em epígrafe, já que leva em conta a demarcação do campo de incidência do ato interventivo. Isso posto, nestes termos, está-se em sintonia com a valorização da *racionalidade humana*, ao reconhecer que em alguns âmbitos há perfeita capacidade decisória por parte do sujeito, ainda que sobre outros setores não possa ele deliberar com plena exatidão.[12]

---

9. Idem, ibidem.

10. Esta entendida como a oportunidade do agente para exercer sua capacidade de eleição. "Uma pessoa é autônoma neste sentido na medida em que tenha eliminado todos os impedimentos para que na oportunidade do caso possa exercer sua liberdade de ação", sem causar qualquer prejuízo a terceiras pessoas. Vide, GALZÓN VALDÉS, Ernest. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 5/160.

11. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanásia y derecho penal*... cit., p. 18.

12. Admite-se a interferência da variável tempo e espaço na capacidade de decisão do homem. As mudanças de circunstância ou a mutabilidade temporal são fatores que influem de diferentes formas em diversos sujeitos, sejam eles capazes e incapazes. Esses dados, isoladamente ou em conjunto, dão vazão a distintos contornos ao pensar

Desta feita, a circunscrição do *standard* de restrição da autonomia é importante, quer por prestigiar as outras capacidades do homem, quer por ser um *limite* infranqueável ao ato de gestão da vontade alheia. Trata-se do lídimo respeito aos *caracteres imanentes ao ser*, das suas virtudes intrínsecas, bem como de sua ignorância temporal e setorial, enquanto elementos *ônticos*[13] da existência humana.[14]

A *contrario sensu* do esposado até agora, a face oposta reside no nominado *paternalismo rígido, duro ou forte*. O *hard paternalism*, por sua vez, supõe os casos nos quais a intervenção de restrição do exercício da vontade se dá, outrossim, com vistas a evitação de um lesão, não obstante que o destinatário do ato seja autônomo e capaz para decidir. Sobre essa forma de dirigismo da vontade, aduz *Gisele Mendes de Carvalho* que a mesma:

"(...) não depende de razões como a maioridade, a saúde mental ou a capacidade do sujeito em consentir validamente, já que desde essa perspectiva há uma intervenção com fim de proteger o indivíduo com independência de tais considerações e não obstante, por isso aplica-se a medida interventiva mesmo e inclusive contra sua vontade."[15]

Neste quadrante, o *paternalismo rígido*, assim batizado por sua manifestação de autoritarismo, tenta justificar-se através da prevenção de resultados danosos, mesmo que frutos de autônoma e livre resolução. O afã preventivo cega o interventor da capacidade autêntica do sujeito para decidir, restando visível, exclusivamente, as consequências – tidas pelo autor do ato paternalista – desvaliosas ou prejudiciais.[16] A interferência, neste caso, é a contraface do *pa-*

---

do homem, fazendo-o mais ou menos racional, mais ou menos prudente e consciente dos fatos da vida, levando-o, por fim, à maior ou menor capacidade de decisão acerca dessa ou daquela matéria ou conteúdo.

13. Nesse sentido, vide as considerações de GRACIA MARTÍN, Luis. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol.6, n. 7, p. 7-9.

14. Cf. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20-26. A conjugação desses elementos compõe a estrutura do livre-arbítrio, categoria segura à qual devem vincular-se os mecanismos de intervenção, por respeito à própria natureza das coisas. Nesse sentido, vide ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O futuro do direito penal*. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes: Barueri: Manole, 2004. p. 21 e ss.

15. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanásia y derecho penal*... cit., p. 21.

16. Os indivíduos devem gozar de plena liberdade de opinião e ação, desde que tal liberdade não implique resultados perniciosos. A defesa da completa liberdade não confina simples e vazia especulação teórica do liberalismo, mas sim o respeito a prin-

ternalismo moderado, embora ambos sejam ações de gerenciamento da vontade do homem. O antagonismo das duas formas se dá por intermédio da adesão pelo *paternalismo débil* aos *dados reais* e, por outro lado, o afastamento destes por parte daquele que age em nome do *paternalismo rígido*.

Com a intervenção rígida, deseja-se alcançar a não causação de um mal cuja origem parta tanto do destinatário do ato interventivo de *per si* quanto também de terceiros que contribuam a pedido dele para a causa de seu prejuízo. De maneira redutoramente simplista, está-se a dizer que o *hard paternalism* compromete-se a evitar as "autolesões e as heterolesões consentidas".[17]

Após a patente observação do traço comum a toda ordem de paternalismo, ou seja, o propósito beneficente através da medida interventora, urge distingui-lo quanto a quem se dirige. O fato é que a coerção da liberdade individual para a realização desse fim pode "dirigir-se tanto ao sujeito protegido como ao terceiro, de que alguma forma participe na conduta autorreferente danosa, que a intervenção paternalista busca evitar".[18] Sinteticamente, quando o ato de intervenção paternalista se dirige imediatamente a um sujeito, está-se diante do *paternalismo direto*, ao passo que quando a ingerência se destina a um terceiro, com vistas a que este não atue rumo ao desejo daquele a ser protegido, figura concluso o *paternalismo indireto*.

Didaticamente, *Martinelli* esclarece que o paternalismo indireto (ou impuro) "legitima a interferência no comportamento de um grupo de pessoas para proteger outras que não fazem parte desse grupo".[19]

A apreciação filosófica da postura paternalista-intervencionista, como apresenta *Heloisa Stellita*, remonta aos aportes realizados por *Stuart Mill*, que adverte que tal comportamento insere-se no marco do pensamento antiliberal.[20] O exame da perspectiva acerca do paternalismo ganha relevo em razão da noção que traz, ao chamar a atenção para o *paternalismo jurídico* ou também denominado *paternalismo legal*.

---

cípio político que demonstra sê-la – a liberdade – a regra e a exceção sua restrição, estritamente quando justificada, desde a perspectiva da evitação de prejuízos para terceiros. Cf. CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 630.

17. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal* cit., p. 116.

18. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanásia y derecho penal...* cit., p. 21.

19. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal* cit., p.116.

20. Cf. ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*, ano 15, n. 179, p. 17.

O paternalismo legal, notadamente aquele germinado no âmbito das normais penais, é sempre um bom e relevante (embora não necessariamente determinante) motivo em apoio a uma proibição criminal.[21] Na legislação penal brasileira, sejam as incriminações do Código Penal, sejam as tipificações de leis especiais, encontram-se traços significativos do chamado *paternalismo jurídico-penal*. A suspeita da inserção paternalista na legislação criminal materializa-se por meio de tipos penais que proscrevem determinados comportamentos, valendo-se, para tanto, da imposição da uma determinada sanção de ordem jurídico-penal.

No particular caso do paternalismo no Direito Penal, sua manifestação se dá sob o manto da proteção da autonomia individual, plasmado na tutela de bens jurídicos essenciais à convivência pacífica dos homens e de sua autorrealização.[22] Por outro lado, em um Estado Democrático, não há espaços vazios por completo a serem preenchidos indiscriminadamente pela intervenção do paternalismo. Opostamente, em um modelo de organização democrática, o dirigismo não comporta, ao menos deonticamente, aspectos negativos que neguem reconhecimento à pessoa humana de um de seus atributos.

A dignidade, enquanto feixe de direitos subjetivos e ordinários da pessoa humana,[23] comporta, igualmente, em seu conteúdo os direitos individuais que não podem ser entendidos senão como momento de mais alto grau de reconhecimento ao homem de sua capacidade individual, subjetividade e, por fim, livre vontade. A par dos restritos casos nos quais seja superiormente benéfica à pessoa a mitigação de sua autonomia decisória, não há que se falar em paternalismo legítimo no âmago do Estado de Direito Democrático e Social.

Malgrado a necessidade da compatibilidade do sistema de direito positivo[24] e seu respectivo modelo político, a ocorrência de incongruências sistêmicas entre um e outro são existentes e recorrentes. Sua eclosão é identificada na eiva das disposições legais de mandados de proibição que tolhem, através da

21. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. vol. 3, p. 4.

22. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 259 e ss. A tutela de bens jurídicos, segundo o autor citado, consubstancia a função primacial do Direito Penal, de modo que o ato paternalista não deixa de compor uma vertente do escopo jurídico-penal, porém, às vezes, em uma face prejudicial ao sujeito, que possui capacidade plena de decisão sobre os seus atos e fatos.

23. MARÍA DESIMONI, Luis. *El derecho a la dignidad humana: orígenes y evolución – la problemática posmoderna – la contención de la violência en tercer milenio*. Buenos Aires: Depalma, 1999. p. 82.

24. Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Edson Bini. Bauro: Edipro, 2004. p. 49.

imposição de algumas condições à capacidade autônoma do sujeito consciente e capaz de praticar com liberdade suas intenções, não prejudiciais a terceiros.

De lege lata, dentre pontuais exemplos[25] da incursão do decisionismo penal brasileiro abaixo, passa-se a algumas considerações de uma de suas variantes, presente no vigente Código Penal sob a rubrica *Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio* (art. 122 do CP).

3. O ANTAGONISMO CRÍTICO DO MODELO FINALISTA DE SISTEMA PENAL E A RECEPÇÃO DA ÉTICA PATERNALISTA NO DELITO DO ATUAL ART. 122 DO CP: UMA PROPOSTA DE LEGE FERENDA CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Entende-se por *suicídio*[26] ou ato de suicidar-se a deliberada destruição da própria vida por parte do sujeito.[27] *Osvaldo Mazzarella* relembra que o *Dicionário Oxford* fez menção ao termo pela primeira vez em 1651, a ele referindo-se como o ato de autoassassinato, autodestruição, morte de si, auto-homicídio ou autoeliminação (*self-murder, self destruction, self-killing, self-homicide ou self-*

25. Ilustrativamente, enumeram-se os crimes descritos no Título VI, Capítulo V, do Código Penal, os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/2006 e também o art. 241-B e 241-C da Lei 8.069/1990. Sobre o caso particular do art.-241-C do ECA, ver com detalhes as considerações feitas por nós em FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Dos crimes relativos à simulação de pornografia infanto-juvenil: paternalismo moralista ou tutela penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes? *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 232. Já sobre o estudo do paternalismo e sua inserção na política criminal de combate as drogas, vide a análise de MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. *Revista Liberdades* 2/16 e ss.

26. A criminologia inclui, ao lado da criminalidade, outras condutas como a dependência de drogas e estupefacientes, os desvios sexuais, as enfermidades mentais, bem como o suicídio no rol de comportamentos desviados. Por outro lado, a tarefa de conceituar o que se entende por desvios comportamentais esbarra em certas dificuldades, tendo em vista que só é possível delimitar significados, nesse sentido, a partir do que é estabelecido em normas vigentes. Não existe uma conduta desviada que seja assim classificada, senão a partir de uma norma que prescreva a orientação a um determinado comportamento recomendado, então, normativamente. Cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 52. Por isso, o ato suicida só integra o conjunto de ações desvaliosas quando elencado em um catálogo que incida sobre ele um valor negativo, caso contrário não há que se falar de qualquer juízo juridicamente relevante. É em decorrência do presente argumento que se encontra uma mutabilidade quanto à licitude do suicídio na evolução histórica de alguns códigos penais.

27. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal*. São Paulo: Ed. RT: 2008. vol. 2, p. 88.

-slaughter).[28] As causas que conduzem o indivíduo a sua realização são inúmeras e variáveis, de modo a ser mesmo impossível estabelecer um elenco taxativo de razões que possam dar origem ao ato do suicida.

Essa variabilidade etiológica[29] encontra resposta na exata manifestação subjetiva que é o ato de causação ou idealização da própria morte. O sujeito que, de modo consciente, por sua resolução particular, opta em interromper o percurso de sua vida o faz após encontrar em si motivos que habitam a sua consciência anímica ou que nela tenham germinado.

Salienta-se que desde o ponto de vista filosófico e religioso o suicídio comporta díspares interpretações. A filosofia marginal ou de crise valoriza e reconhece no ato suicida uma forma de afirmação suprema da liberdade moral e do espírito sobre a matéria.[30] Essa postura avista no suicídio uma realidade objetiva de não aceitação da vida material, em favor da existência espiritual, como modo de alcance da superação das angustias terrenas.[31]

Para os adeptos dessa perspectiva, aniquilando fisicamente a vida é possível gozá-la através de seu aspecto plenamente positivo, qual seja aquele que abriga os valores espirituais[32] desenvoltos da materialidade, que impede em absoluto

---

28. OSVALDO MAZZARELLA, Luis. El suicidio. *1.º Congresso Telematico Multidisciplinare*. Tradate (Itália), nov. 2007. Disponível em: [www.adolescenza.org/suicidio.pdf]. Acesso em: 31.01.2012.

29. O sociólogo francês Emile Durkheim, em denso estudo descritivo e expositivo, examina o fenômeno do suicídio sobre seus aspectos psicológico, hereditário, cósmico, social, econômico, cultural, bem como as suas espécies (formas) por ele elencadas, a saber, os suicídios egoísta, altruísta, anômico e outros. Sobre a visão integral do assunto, vide, DURKHEIM, Emile. *O suicídio*. 3. ed. Trad. Luiz Cary, Margarida Garrido e J. Vasconselos Esteves. Lisboa: Presença, 1977. p. 23-92 e p. 127-128. Para Durkheim, toda a riqueza metódica e indutiva de seu trabalho serve à conclusão de que o suicídio, em seus distintos tipos, é sempre a morte que resulta mediata ou imediatamente de um ato positivo ou negativo, realizado pela própria vítima.

30. MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico del suicídio. In:VV. AA. *Eutanasia y suicídio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Lima: Ara, 2008. p. 85.

31. Idem, ibidem.

32. Essa concepção somente sustenta-se a partir do regresso ao pensamento tradicional, que admitia nos objetos materiais valores de caráter espiritual. Certos interesses se aderem mais facilmente a esse reconhecimento, pois surgem como condições sem as quais seria inviável qualquer forma de vida ou atividade humana. Desta feita, alguns desses bens são vistos como bases sobre as quais se constroem as diversas relações entre o homem e ele mesmo e aquelas que o envolva com outros sujeitos. A partir daí que surgem as interpretações de que toda e qualquer

sua fruição. Nem de longe os marginalistas pugnam pelo negativismo do ato suicida, tampouco por sua ilicitude, ao contrário, veem no mesmo um instrumento de elevação.

Desde o prisma da religiosidade, a ilicitude do ato se afirma em quase todas as formas de culto. A doutrina cristã, por exemplo, compreende que a vida é um bem concedido ao homem por Deus, sendo este o seu proprietário e aquele um mero administrador, cabendo a divindade e exclusivamente a ela a decisão acerca do seu início e fim. Interromper o transcurso da vida – diga-se de passagem, dada por Deus –, antes de seu termo final, figura como a negação ou recusa do homem não de um bem puro e simplesmente, mas, sobretudo, de um bem divino e, portanto, um ato digno de reprovação.[33]

A óptica jurídica tem variado no tempo e no espaço, quando se trata de explicar e valorar a causação da própria morte. No antigo Direito Romano, o suicídio era reprovado com sanção que recai sobre os herdeiros daquele que dera término a sua própria vida. Os mesmos sofriam o confisco dos bens como resposta ao ato do suicida. Os soldados que tentassem, sem êxito, o suicídio eram penalizados com a morte.[34]

O Direito Canônico[35] não distinguia homicídio do suicídio, sendo aos autores negada a sepultura cristã.[36] Durante considerável período da Idade Média, o

---

tentativa de atentado contra a vida (humana) – realizada por terceiros ou pelo próprio titular do bem jurídico – afronta valores naturalísticos e espirituais. Contrariamente a isso, defensável a postura que sustenta serem os bens jurídicos (autodisponíveis) faculdades que possibilitam a participação nos sistemas sociais. Desse modo, a disposição voluntária deles, sem qualquer consequência negativa, a saber, a imposição de sanções penais, não torna o sujeito indigno, muito menos despreza o valor do bem jurídico, mas prestigia a capacidade do homem em optar pelas circunstâncias de tempo, modo, fim e condição que melhor satisfaçam sua autorrealização. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Buenos Aires: B. de F, 2003. p. 122.

33. MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico... cit., p. 85.

34. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal* cit., p. 82.

35. As regras do Direito Eclesiástico, bem como sua aplicação através do processo inquisitorial, sempre se manifestaram como forma de poder punitivo. Registra-se que a disciplina acerca do direito à vida e morte sobre os homens estava abarcada pelas normas de direito canônico. Ambos sob a liturgia da Igreja eram vistos como limites naturais cujo exercício, a saber, o viver ou morrer, estava a cargo do decisionismo divino. As escolhas sobre vida e morte das pessoas era um privilégio da divindade e jamais dos homens. Estes, quando empreendessem atos de cessão da vida alheia (homicídio), estava violando a hierarquia funcional, exposta tal qual ao imiscuírem-se na interrupção de sua própria vida ao realizar atos de suicídio. Na sábia escrita

corpo do suicida era levado à forca tendo, outrossim, seus bens confiscados. Já quando não se conseguia êxito no ato, o suicida era punido segundo o talante judicial, corriqueiramente aplicavam-se as penas cominadas ao homicídio.

Em franco avanço histórico, modernamente, o suicídio de *per si* não se adequa a qualquer previsão juridicamente negativa. Inexiste nos Códigos Penais construídos em modelos democráticos de Estado a tipificação do "delito de suicídio". A indiferença jurídico-penal pelo suicídio explica-se por duas justificativas, ambas sustentadas a partir de critérios de conveniência e oportunidade político-criminais. Uma é aquela que considera a punibilidade do suicida irrelevante, já que o produto de seu ato já representa por todo consequência assaz estigmatizante para a "vítima".[37] A outra motivação está na própria impossibilidade de aplicação de qualquer sanção que satisfaça a fins preventivos

---

de Zaffaroni, o suicida adiantava-se, assim, a uma atribuição que não lhe competia, usurpando o poder de Deus. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B. de F., 2005. p. 21.

36. Idem, ibidem.

37. À revelia das digressões existentes acerca do conceito e definição de vítima – quando se está a falar de delito –, sustenta-se aqui a posição proposta por *Alessandra Greco*, ao considerar, de forma mais acertada, como vítima quem sofre as consequências (diretas e indiretas, mediatas e imediatas) do fato desvalioso. Não se entende como melhor concepção aquela que identifica sujeito passivo, vítima e titular do bem jurídico em uma mesma denominação. Todo e qualquer delito, mesmo os uniofensivos, repercutem não só ao titular do bem lesionado, mas também ao Estado, enquanto sociedade política e, por conseguinte, à própria sociedade. Não é, nesse sentido, errôneo considerar que a vítima, figurada como elemento central de tutela do Direito Penal, ocasiona mácula à sua finalidade precípua. O Direito Penal não se serve da proteção da vítima, ou seja, de todos aqueles que sofrem os efeitos de determinada conduta desvalorada. O Direito Penal se presta à tutela dos bens jurídicos que guardem uma relação de dependência com seus titulares. A licença para a utilização do Direito Penal como forma de gestão dos danos auferidos pela vítima implica no coerente ímpeto de otimizar essa gestão, já que se terão diversas vítimas para uma mesma ofensa ao bem jurídico. É o caso particular, por exemplo, do suicídio que, embora não figure como um tipo de injusto, constitui-se em ato de autolesão de um interesse jurídico, cujos consectários da consentida ofensa são sofridos pela cultura familiar, como pais e entes familiares, em geral, do suicida. Esse conceito abrangente de vítima permite visualizar que nem sempre a vítima de um determinado ato-fato titulariza o bem jurídico por ele violado. Há, dessa maneira, inclusive comportamentos penalmente insignificantes, como o próprio suicídio que, condenável em outros âmbitos que não o jurídico-penal, pode afetar ou repercutir em efeitos para além da esfera daquele que tenha, por consciente e livre decisão, optado em dar termo à própria vida. Acerca do conceito de vítima aqui adotado, ver com detalhes as considerações de GRECO, Ales-

e que legitime, portanto, a imposição da pena criminal. O que há ao revés é a reprovação[38] aqueles que contribuem para que outrem dê execução à causação

sandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 15-38.

38. Os Códigos Penais latino-americanos, em geral, possuem a previsão do delito de participação em suicídio, variando nas descrições do injusto quanto ao desvalor do resultado expresso pela medida da culpabilidade criminal aferida através das margens penais cominadas. As incriminações da cooperação em suicídio alheio nas aludidas legislações também se diversificam quanto à forma por meio da qual a participação se expressa, ora através *da indução*, ora da *instigação*, ou então se referindo amplamente a toda espécie de *ajuda*, cujos dois primeiros conceitos são pelo último *termo* abarcados. Desse modo, os tipos penais de similar conteúdo teleológico legislativo ao art. 122 do CP brasileiro têm seus correspondentes nos arts. 83 do Código argentino; 315 do Código Penal uruguaio; 393 do Código chileno; 107 da legislação penal colombiana; 108 do Estatuto Repressivo do Paraguai; 113 do Código Criminal peruano, bem como nos artigos 312 e 313 do vigente Código Penal mexicano. Semelhante conteúdo encontra-se, também, no art. 414 do atual Código da República Bolivariana da Venezuela.

Na Europa, outros Códigos Penais de mesma tradição cultural e semelhante matriz jurídica trazem, igualmente, a incriminação da contribuição em ato suicida. Assim o fazem o Código Penal da França em seu art. 223-15; o Código italiano no art. 580 e as normativas penais peninsulares: portuguesa e espanhola, respectivamente, em seus dispostos nos arts. 135 e 143. Em sentido contrário o atual Código Penal alemão em vigor desde 15.05.1871, após passar por inúmeras modificações desde então contempla nenhum dispositivo que tipifique as condutas de participação em suicídio. Para o ordenamento jurídico-penal alemão a instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio são condutas impuníveis, embora na prática, como destaca Ricardo Figueiredo a jurisprudência, a fim de evitar a "impunidade absoluta de algumas formas de participação no suicídio tem qualificado tais condutas como autoria mediata de homicídio, incorrendo ocasionalmente em deficiências técnico-jurídicas e contradições que tem sido objeto de críticas de diversos setores doutrinários", vide FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *Da participação em suicídio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 35-36. O estudo do Direito comparado divisa ainda diferenças quanto à técnica legislativa empregada, mormente quanto aos efeitos acerca da *punibilidade*, entendida aqui como categoria valorativa de natureza político-criminal, alheia ao conceito analítico de delito, portanto, sede adequada aos juízos normativos de conveniência e oportunidade de imposição efetiva da pena. Sobre a posição adotada acerca da categoria da punibilidade, cf. CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 33 e ss. Ver posição contrária a adotada em MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988. p. 5; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 668 e ss. Compõe a referida categoria, também, as chamadas condições ob-

de sua própria morte. Essa contribuição é tanto aquela de ordem moral quanto material.

Compromete-se moralmente no suicídio o sujeito que fornece recursos psicológicos ou fomenta os já existentes naquele que terá a vida interrompida por ato de suicídio. A ajuda material está na concessão ou facilitação de meios que auxiliem no propósito já deliberado pelo pretenso suicida. Independentemente da espécie de contribuição – seja moral ou física –, esta sim é condenada juridicamente por algumas ordens jurídico-penais, como a brasileira.

---

jetivas de punibilidade. Essas são circunstâncias positivas que servem objetivamente como condição para que se verifique a concreta aplicação da justa e adequada sanção penal. O fato é que a ausência de uma condição dessas não tem o condão de prejudicar a arquitetura do delito, cuja formatação esgota-se na realização de uma conduta (comissiva ou omissiva), tipicamente antijurídica e sobre a qual se permita incidir o juízo de culpabilidade. O crime examinado, a partir do método analítico, permite um fracionamento didático que se inicia num comportamento (ativo ou negativo) e se exaure no juízo de culpabilidade normativa.

Desta feita, não integra as condições objetivas de punibilidade o raio de compreensão dos elementos intelectivos e cognitivos do dolo, que deve, ao contrário, abranger o tipo objetivo que não contém em sua descrição, outrossim, as ditas condições. Do tipo incriminador da cooperação em suicídio do art. 122 do CP brasileiro extrai-se algumas dessas circunstâncias que limitam a punição concreta. São essas condições o advento do resultado morte, quando o suicídio consuma-se, ou as lesões corporais, quando haja a mera tentativa. Logo, a simples indução, instigação ou induzimento ao suicídio, sem que repercuta em alguma dessas resultantes, não enseja nenhuma penalidade, mas resulta perfeitamente constituído o injusto culpável.

A doutrina italiana – como pontua *Mendes de Carvalho* –, inspirada em uma classificação elaborada por *Jescheck*, divide as condições objetivas de punibilidade em dois tipos, a saber: condições objetivas de punibilidade *extrínsecas* e *intrínsecas*. Tal classificação é formulada sobre as bases do critério de afetação ao bem jurídico. "As primeiras não afetam ao bem jurídico e sua existência encontra condicionada fundamentalmente por considerações político-criminais (conveniência/oportunidade). Já as ditas intrínsecas supõem uma afetação ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal em questão ou por outro diferente do protegido pela figura do delito, o que implica um avanço da lesão representada pelo fato em sentido estrito". Vide, CARVALHO, Érika Mendes de. Las condiciones objetivas de punibilidad impróprias: vestígios de responsabilidad objetiva en el Código español. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 17/230. Do exposto, conclui-se que a condição objetiva de punibilidade em epígrafe, nesse agrupamento, enquadra-se como intrínseca, tendo em vista que ambas constituem lesões ao bem salvaguardado no delito em apreço e igualmente em figuras típicas específicas (arts. 121 e 129 do CP).

O Código Penal de 1940, reformado em 1984 de expressa e inequívoca orientação finalista,[39] em seu art. 122[40] desvalora a conduta de *induzimento, instigação e auxilio ao suicídio*, este, como alhures referido, entendido como ato de disposição da própria vida. A doutrina interpreta, unanimemente, os verbos reitores do tipo *induzir, instigar e auxiliar*. A indução é o ato de persuasão ou aconselhamento que cria uma ideia, ao passo que a instigação visa a estimular uma concepção anteriormente existente. Ambas possuem em comum o traço de serem contribuições morais.[41]

O auxilio é a viabilização de instrumentos capazes de dar execução ao suicídio, logo é uma contribuição física ao ato. O legislador penal, ao esculpir a incriminação do art. 122 do CP, não realizou qualquer distinção quanto às formas de protagonizar a participação no suicídio alheio. Equiparou o desvalor das formas – material e moral – de cooperação no ato, bem como não reconheceu diferenças naquele que reforça a ideia de interrupção da vida de outrem daquele que cria neste sujeito a mesma noção.

Conceitos e momentos diversos são conjugados de modo igualitário, o que fere não apenas a essência da orientação legislativa,[42] a qual o Código se filia,

---

39. O Código Penal, doravante a reforma pela qual passou em 1984, agasalhou indubitavelmente certas orientações e postulados de nítida construção finalista, tais como: a inserção do dolo no tipo – o que se constata através da disciplina jurídico-penal da teoria do erro (tanto de tipo e proibição) –, o conceito de pessoal de injusto – o elaborado conceito de culpabilidade puramente normativa, bem como as orientações em matéria de concurso de agentes. Cf. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista normativa. *RT* 839/422. No mesmo sentido, vide ainda TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66-78.

40. Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio
"Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.
Parágrafo único. A pena é duplicada:
Aumento de pena
I – se o crime é praticado por motivo egoístico;
II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência."

41. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 49.

42. A sistematização crítica que se pode realizar sobre o tema estanca de todo modo as justificativas em prol de sustentar a (inexistente) coerência entre o delito de co-

como também ignora o mandamento da legalidade penal,[43] em sua vertente taxatividade. A imprecisão descritiva da norma incriminadora não se sustenta ante a necessidade de vinculação por parte do legislador a dados reais. O dado de realidade ôntica aqui é a própria conduta humana do sujeito que delibera livremente em dar fim a sua vida.

Sua conduta, *in casu* e posta neste limite – de vontade[44] consciente e livre –, é elemento do qual não pode olvidar o legislador, quando objetivar tutelar a

---

operação em suicídio e o sistema jurídico-penal finalista. A assertiva funda-se no fato de que o corte epistemológico traçado deixa claro que o art. 122 do CP, em seu conteúdo, sofre de uma contradição metódica ou conflituosidade interna. Isso posto, assim o é, pois as noções que permeiam a própria ideia de cooperação, autoria e participação são conceitos reais, logo identificáveis, enquanto dados da realidade. Figuram ao lado, v.g., da ação final e da culpabilidade como estruturas lógico-reais. Apesar de a participação do art. 122 do CP tratar-se de caso particular e autônomo de contribuição de terceiros, funda-se, igualmente, na mesma lógica estruturante das regras do concurso de pessoas formuladas e dispostas pelos teóricos do finalismo. Desta feita, se por um lado a incriminação constrói-se a partir das disposições teóricas do sistema finalista sobre concurso de pessoas, por outro ignora os aspectos: *antropológico*, *caracteriológico*, e *categorial*, componentes da noção ínsita ao livre arbítrio. O primeiro refere-se à consideração de que o querer, o pensar e o agir humanos são fisiologicamente diferentes de uma atuação irracional dos outros animais. O aspecto caracteriológico expressa a variabilidade de impulsos a serem seguidos, logo a multiplicidade de comportamentos a adotar. Por fim, o aspecto categorial é a face do livre arbítrio, que transforma em ato as representações da mente humana. Cf. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B. de F., 2004. p. 135-145.

43. O princípio da legalidade serve ao coroamento do Direito Penal democrático, vedando as subversões dogmáticas e político-criminais que possam insurgir contra as conquistas humanitárias do período pós-revoluções liberais iniciadas na Europa, bem como daquelas oriundas e impulsionadas pelo movimento iluminista. Há releituras que incidem sobre o princípio da legalidade dos delitos e das penas e oferecem-no, acima de uma função política de limite à expansão da repressão penal, também importante missão de marco interpretativo na aplicação da lei penal. Sobre a função hermenêutica desempenhada pela barreira da legalidade, vide as considerações feitas por BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammuarabi, 1999. p. 22 e ss.

44. A natureza de fato delituoso determina-se pela vontade desvaliosa comissiva ou omissiva antijurídicas de lesar ou permitir a lesão ao bem jurídico amparado pela norma penal incriminadora. Logo, não é qualquer conteúdo de vontade que preenche a conduta humana, que deve ser levada em conta pelo legislador para regular a atividade legislativa de construção típica. Apenas o comportamento finalisticamente contrário à ordem jurídico-penal vincula objetivamente a construção do injusto culpável. Cf.

vida humana. Avaliar negativamente a ajuda prestada àquele que delibera por encerrar antecipadamente sua vida, munido de desejo livre em fazê-lo, é negar reconhecimento ao limite imposto pela realidade à atividade legiferativa de construção do injusto e, acima de tudo, afastar da vida seu caráter de *direito* e impor-lhe natureza de *dever* (art. 5.º, *caput*, *in fine*, da CF/1988).

A incriminação da cooperação no suicídio alheio daquele sujeito plenamente capaz, perniciosamente, outorga à vida um caráter de dever ou encargo sustentável mesmo contra a vontade do indivíduo. Ainda que se negue a qualidade de imposição da vida ao homem enquanto um dever, não é possível impedir a compreensão de que o desvalor da conduta do partícipe em suicídio alheio conduz, erroneamente, à exegese de que direito à vida é absoluto, em excepcionalidade a outros direitos que são claramente relativos.

Nenhum direito é absoluto. Qualquer que seja o direito, seu exercício é facultativo, na mesma proporção que comporta relativizações em acordo com o sistema que o regula.[45] Insistir em reprovar a postura daquele que auxilia gene-

---

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 41. Outra característica que deixa à mostra a insustentabilidade da incriminação contida no art. 122 do CP é a circunstância de que a técnica legislativa empregada para a edificação do injusto esbarra, contradiz e ignora a essência dogmática que estrutura e disciplina a própria matéria de participação em fato de outrem no Direito Penal. Partindo das balizas da *teoria da acessoriedade limitada* – adotada pelo Código Penal brasileiro e, segundo *Cerezo Mir*, postura majoritariamente dominante na doutrina –, a participação em fato alheio, para comportar significado penal, deve, obrigatoriamente, dirigir-se em contribuição a um comportamento que seja típico e antijurídico.

Dizendo de outro modo: só é possível pensar em participação de terceiro(s) em fato alheio quando este estiver descrito em norma penal incriminadora que lhe torne, pois, tipicamente ilícito. Se o fato principal, a saber, aquele sobre o qual incidam atos de participação, inexiste enquanto injusto penal, não se concebe a seu respeito qualquer forma de participação jurídico-penalmente relevante. Por isso que, em não figurando no catálogo punitivo a incriminação do suicídio autônomo, não há fundamento lógico que justifique qualquer crime cujo desvalor se concentre na participação executiva de suicídio de terceira pessoa. Vide: CEREZO MIR, José. La polémica en torno al concepto finalista del autor en la Ciencia del Derecho Penal española. *ADPCP*, vol. 28, n. 1, p. 45; OLMEDO CARDENETE, Miguel. Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicídio consentido. In: VV. AA. *Eutanasia y suicídio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Lima: Ara, 2008. p. 127.

45. Sobre o assunto, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 393-396. Sequer o direito à vida, como podem defender alguns, resta absoluto. Não é por ser o bem jurídico de maior

ricamente o sujeito, que deliberadamente decide pôr fim a própria existência, é ignorar o livre-arbítrio deste, e, ao mesmo tempo, impor-lhe uma alternativa contrária à sua vontade, pregando o dogma de que a vida não pode ser renunciada em nenhum contexto e nem em qualquer circunstância.[46]

A construção normológica do delito do art. 122 do CP desconsidera, por todo, a capacidade do sujeito em decidir por si e para si o que melhor lhe aprouver no tocante ao exercício de viver. A tipificação – ao menos *de lege lata* – se perde numa abstração que autentica a ingerência penal, que despreza o sentido de livre-arbítrio e vontade dos sujeitos, dando azo ao paternalismo jurídico-penal. Não se está aqui em defesa da *ab-rogação* do aludido dispositivo, já que há formas de paternalismo que são legítimas e producentes à missão de tutela seletiva de bens jurídicos.

Estender demasiadamente o âmbito de intervenção, como fez o legislador ao descrever o tipo objetivo do art. 122 do CP, é massificar que tanto capazes quanto incapazes não sabem igualmente deliberar de modo consciente acerca do exercício de seu direito à vida. O legislador chamou para si a decisão acerca do exercício do direito de viver daqueles que são perfeitamente autônomos para tomar essa resolução. O juízo de tipicidade, nos termos nos quais estão propostos pelo injusto em epígrafe, expressa a forma mais gravosa de paternalismo, qual seja o *rígido* ou *duro*, ao mesmo tempo que exemplifica o chamado paternalismo *indireto*.

O ato interventivo *rígido*[47] contamina a necessária isonomia relativa negativa, que obtempera que os desiguais sejam igualados na medida de suas de-

---

relevo que figura como interesse essencialmente absoluto. A própria ordem jurídica não deixa dúvidas acerca de sua relatividade. A vida, enquanto direito, perece em razão de um outro direito (também a vida) em casos de eximentes, como, por exemplo, no caso da legítima defesa. Cf. REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 154.

46. Considera-se neste caso a particular problemática relativa a eutanásia. Nestes termos, sobre o assunto recomenda-se o exaustivo exame do assunto feito por, CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001; MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 151 e ss.

47. Essa manifestação paternalista é apresentada por *Feinberg* como sendo o ato interventivo que serve de razão para algumas legislações criminais, pois se trata daquela intervenção que busca justificar-se no escopo de proteção de interesses (bens jurídicos) de sujeitos adultos, competentes e plenamente capazes, contra atos que sejam tidos como prejudiciais a tais interesses, mesmo que a escolha ou opção elegida pelo indivíduo seja plenamente voluntária, autônoma e livre de coação. Cf. ALEMANY GARCÍA,

sigualdades. Na esfera legislativa penal, esse postulado seria satisfeito quando a técnica de tipificação vinculasse o juízo de tipicidade aos dados matérias e reais[48] dos destinatários da norma incriminadora, o que tornaria a ingerência adequada, justa e necessária. O intervencionismo em ato de participação consentida em suicídio apenas se legitima quando o consentimento ou assentimento com relação à contribuição não for prestada de modo consciente e autônomo, vez que, assim, haveria a imperiosa necessidade de tutela do bem jurídico vida.

Ademais é compreensível hoje, apenas desde o ponto de vista histórico, que no Direito Penal brasileiro tenha existido condições para a receptividade e acolhimento de uma construção proibitiva autoritária e demasiadamente despótica como a presente no art. 122 do CP. Consta que o Código Penal de 1940 é fruto do projeto da lavra de Alcântara Machado,[49] que trabalhou em sua confecção baseando-se, fortemente, na influência do Código Penal italiano de 1930 (*Código Rocco*).[50] A legislação da Itália, por sua vez, naquele momento, era nada mais que o produto direto da ditadura fascista a serviço da repressão e do intervencionismo típicos dos Estados totalitários. A inspiração do Código Penal brasileiro não poderia ter sido mais acertada, pois não se baseou noutra legislação senão naquela editada no âmbito de um regime político de bases ideológicas semelhantes a então aqui também dominante à época. O Brasil, quando da promulgação de seu Código Penal, fazia-o incurso na ditadura do Estado Novo, cuja Constituição[51] vigente não apenas autorizava como igualmente chancelava um modelo arbitrário e ingerente de política criminal.

Por outro lado, a perspectiva historiográfica, atualmente, permite visualizar a incômoda e insistente, forçosa e incoerente existência de uma criminalização

---

Macario. *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesi del doctorado, Alicante, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2005, p. 153.

48. Refere-se aqui às estruturas lógico-reais que se destacam como essenciais desde o ponto de vista do critério valorativo fundamental previamente adotado, qual seja, a concepção do homem como um ser responsável. Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a concepción finalista de la responsabilidad penal*. Lima: Idemsa, 2005. p. 99.

49. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 77-78.

50. FRAGOSO, Heleno Cláudio. El derecho penal comparado en América Latina. Doctrina penal: teoría y prática en las ciencias *penales*. Buenos Aires, 1978. vol. 1, p. 713.

51. Cf. SILVA, Paulo Sérgio. *A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: Unesp, 2008. p. 163.

anacrônica, cuja manutenção só resgata resquícios do suplantado modelo de populismo punitivo, plasmado no paternalismo estatal descomprometido, em primeiro plano, com a proteção de bens jurídicos, e fiel, acima de tudo, ao controle e exercício livre de direitos e à restrição de garantias individuais.

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, além de romper com qualquer sistema autoritário de governo que tenha lhe antecedido, inaugura um Estado liberal, democrático e republicano, infecundo à gênese de atos de gestão na capacidade de autodeterminação dos indivíduos e contrário àqueles já existentes, quando do início de sua vigência. Assim, vale dizer: toda disposição legal que não encontre recepção constitucional, ou choca-se frontalmente com a Constituição, fundamenta-se a par da legitimidade e da validade normativa, por isso são "estranhas ao sistema que resta violado em sua regra de adequação valorativa".[52]

O propósito beneficente, traço que permite identificar em primeiro plano toda hipótese de política paternalista, *in casu*, no tocante à cooperação na livre decisão em ato de suicídio, impõe ao indivíduo ser a manutenção de sua vida uma forma – a exclusiva e única – de alcançar um estado ótimo de bem-estar individual, pois parte da presunção de que, mesmo consciente da resolução tomada, padece o sujeito de uma incompetência (atribuída de maneira arbitrária) para eleger *motu próprio*, o que figura como a opção mais acertada para si mesmo. Sobre esse aspecto, bastante coerente é o nível da reflexão esposada por *Ramiro Avilés*, ao considerar que o exercício da liberdade não pode vincular-se, exclusivamente, a escolhas que se pautem como boas e valiosas. O respeito da liberdade das pessoas e de sua autonomia, diz o autor, supõe que "todos tenham reconhecido o seu direito de escolher livremente dentre as distintas alternativas que se ofereçam"[53] e, neste tocante, refere-se ao particular direito à vida e à morte.

Posição contrária a essa ignora no homem sua condição de pessoa, cuja posição lhe pressupõe a qualidade de agente racional que conhece melhor que ninguém sobre seus próprios interesses. Igualmente equivocada é a postura que – embora sustentável em modelo diverso do jurídico-penalmente adotado no Brasil – atribui aos sujeitos *funções ou papeis*[54] no âmbito dos diferentes

52. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 235-236.

53. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. Op. cit., p. 225.

54. Cf. JAKOBS, Güther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madri: Civitas, 2004. p. 70; *Sobre la normativización de la dogmática*

sistemas sociais,[55] o que, nesse caso, reduziria a pessoa[56] a um simples instrumento para a preservação da vida, como um valor abstrato e não pelo caráter valioso e utilitário que possa ter para o seu titular.[57]

Essas considerações, obrigatoriamente, remetem a uma visão público-estatal do *bem* no qual se enxerga uma reconhecida expropriação das prerrogativas do indivíduo com relação a seu próprio corpo e vida. Sob essa óptica, o bem jurídico vida torna-se objeto de proteção, enquanto apenas meio para a realiza-

---

jurídico-penal. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 70 e 128; *Sociedad, norma y persona en una teoria de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000. p. 50-51 e p. 75; vide também sobre as consequências da adoção do conceito funcional de pessoa os comentários feitos por PARMA, Carlos. *El pensamiento de Günther Jakobs: el derecho penal del siglo XXI*. Mendoza: Cuyo, 2004. p. 61-65 e p. 114. Com relação a essa concepção, registra-se o respeitável posicionamento de Nelson Hungria, ao comentar o crime de *induzimento, instigação e auxílio ao suicídio*. Para o insigne penalista, a vida de um homem pertence não apenas a ele só, mas também ao agregado social. Para Hungria, a proscrição da ajuda na execução prestada à idealização consciente do suicídio é tão reprovada quanto o ato realizado sem qualquer contribuição, posto que a renúncia ao direito à vida de cada homem diz respeito à existência da sociedade e, portanto, acoberta na vida de cada sujeito uma função social. *Data maxima vênia*, o penalista carioca destoa seu raciocínio da ideia basilar de que a pessoa, por ela mesma, é a fonte de todos os valores a si referentes. Com detalhes, vide a narrativa de HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 5, p. 226-230.

55. LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: Ara, 2007. p. 104.

56. "Em uma concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa. O cidadão, o indivíduo, considerado como pessoa, é o protagonista da política e da histórica e, portanto, do direito, uma das manifestações típica da política e da histórica, se não mesmo a mais típica. Na sociedade democrática, a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica que a eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinante de toda decisão, de modo que não pode ser degrada a um mero meio em vista de um fim a realizar. A pessoa goza assim duma esfera de autonomia própria que não pode ser tocada ou agredida, sem se abalarem as bases da própria convivência". Sobre a nota, vide, PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 83.

57. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el Derecho Penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano 42, n. 124, p. 244.

ção e a salvaguarda de interesses públicos gerais.[58] Os desajustes oriundos dessa tomada de postura elevariam a vida – e outros objetos jurídicos individuais – ao patamar de interesse majoritariamente coletivo, que não existe em função de seu titular, tampouco se esgota em sua autorrealização, o que "dilataria sobremaneira e ilimitadamente os encargos com relação a sua própria tutela jurídico-penal",[59] perdendo de vista, portanto, o limite imposto pela intervenção mínima e pela subsidiariedade do Direito Penal.

A questão é que o legislador penal não goza de liberdade irrestrita para adotar qualquer critério valorativo que estime conveniente para a criminalização das condutas, mas deve, para isso, estruturar a realidade objetiva para que, em seguida, sob esta, permitam-se recair determinados juízos negativos.[60] Só se torna aceitável a salvaguarda da vida humana contra atos de participação em suicídio quando o auxilio (*lato sensu*) dirigir-se a sujeito que não se encontra em condições de plena resolução, por estar em estado de vulnerabilidade permanente ou transitória, esta última quando da prestação da cooperação. Apenas nestes termos se estaria ante um conteúdo de injusto que, concomitantemente, satisfizesse a legítima e estrita proteção do bem jurídico vida, consentânea aos postulados expressos da fonte que lhe outorga a natureza de interesse juridicamente relevante.

Ou seja, a autorização para o intervencionismo paternalista na tutela penal da vida humana, em matéria de participação em suicídio, aperfeiçoa-se aos pressupostos acima suscitados quando, na forma moderada[61] (*self paternalism*), seja a proposta de reformulação legislativa tendente à adequação de restringir o alcance da norma tão somente aos casos em que a decisão de renúncia à vida

58. Cf. CORNACCHIA, Luigi. Suicidio y eutanásia. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (dir.). *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. II, p. 434.

59. Idem, ibidem.

60. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal*... cit., p. 99.

61. A prevenção resta como motivo que sustenta o ato interventivo de comportamento autorreferente danoso, exclusivamente em razão de a conduta a ser executada não convergir de modo substancialmente voluntário por aquele cuja escolha foi tomada. Nesse caso, a tutela do bem jurídico está fundamentada pela incapacidade do sujeito em consentir ou dispor conscientemente sobre seus interesses, sem que isso não implique em um resultado prejudicial à sua realização. Desta feita, a criação da ideia suicida, nesses casos, bem como o induzimento ao mesmo, figura como obra exclusiva do colaborador, cujo produto é recepcionado pelo sujeito (incapaz ou em estado de vulnerabilidade), sem qualquer condição de motivar-se contrariamente àquela resolução. Cf. ALEMANY GARCÍA, Macario. Op. cit., p. 153, vide ainda, FEINBERG, Joel. Op. cit., p. 12.

não seja prestada por sujeito apto para tanto. É nesse panorama que os "fins da política criminal do Estado de Direito, democrático e social, não podem ser outros que os de realização de direitos fundamentais que tenham como eixo substancial a *liberdade* e a dignidade da pessoa humana".[62]

4. CONCLUSÕES PRINCIPAIS

Conclusivamente, viram-se linhas acima as noções acerca do fenômeno paternalismo e de sua influência no âmbito jurídico, mormente no particular âmbito do Direito Penal. A delimitação conceitual demonstra a dificuldade de identificação precisa do fenômeno, mas oferece condições para nele isolar características que ofereçam condições para seu reconhecimento. O paternalismo jurídico-penal reforça a manifestação mais gravosa do autoritarismo decisionista, sob o falso pretexto de tutela de bem jurídico.

O delito de *induzimento, instigação e auxilio ao suicídio* presente no atual art. 122 do CP ilustra, exemplarmente, o descompasso da tipificação e o reconhecimento do homem enquanto ser responsável e dotado de capacidade resolutiva e livre-arbítrio. Expôs-se a legitimação de algumas formas de paternalismo jurídico-penal que se coadunam com a finalidade protetiva de bens jurídicos do Direito Penal, através do qual se propõe a reformulação da aludida incriminação.

Não se esteve a condenar a revogação total do tipo do art. 122 do CP, mas sim reformulá-lo rumo a prestigiar a autonomia da vontade pessoal – corolário da dignidade inerente à pessoa humana – e salvaguardar o bem jurídico vida dos atos que sejam frutos apenas de representação anímica distorcida ou deficiente. Apenas dessa forma estaria o Direito Penal cumprindo sua função, sem realizar, pela coerção da pena, outras finalidades que não a sua exclusiva e tradicional função de proteção de bens jurídicos.

O Direito Penal deve, então, reproduzir a orientação político-criminal que adota o Estado. O desenvolvimento legislativo penal, por derradeiro, não pode desconhecer a configuração político-criminal própria do modelo estatal reconhecidamente constitucional.

5. REFERÊNCIAS

ALEMANY GARCÍA, Macario. *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesi del doctorado, Alicante, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2005.

62. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Op. cit., p. 237-238.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 5. Alicante: Doxa, 1988.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammuarabi, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. Las condiciones objetivas de punibilidad improprias: vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 17. Madrid: Dialnet, 2006.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanásia y derecho penal: estúdio del art. 143 del Código Penal español y proposta de* lege ferenda. Granada: Comares, 2009.

_____. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

_____. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Revista de Ciências Penais*. vol. 12. p. 177. São Paulo: Ed. RT, 2010.

CEREZO MIR, José. La polémica en torno al concepto finalista del autor en la ciencia del derecho penal española. *ADPCP*. vol. 28. n. 1. Madri, ene.-abr. 1975.

CONSTANT, Beijamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

CORNACCHIA, Luigi. Suicidio y eutanásia. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (dir.). *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. II.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 21. ed. Madrid: Real Academia Española, 1992. t. 2.

DURKHEIM, Emile. *O suicídio*. 3. ed. Trad. Luiz Cary, Margarida Garrido e J. Vasconselos Esteves. Lisboa: Presença, 1977.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*. ano 15. n. 179. São Paulo: IBCCRIM, out. 2007.

FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. vol. 3.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Dos crimes relativos à simulação de pornografia infanto-juvenil: paternalismo moralista

ou tutela penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes? *Boletim IBCCRIM*. ano. 20. n. 232. São Paulo: IBCCRIM, mar. 2012.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *Da participação em suicídio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *El derecho penal comparado en América Latina. Doctrina penal: teoría y prática en las ciencias penales*. Buenos Aires, 1978. vol. 1.

GALZÓN VALDÉS, Ernest. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 5. Alicante: Doxa, 1998.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a concepción finalista de la responsabilidad penal*. Lima: Idemsa, 2005.

_____. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. vol. 6. n. 7. Granada: Dialnet, 2004.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense 1979. vol. 5.

JAKOBS, Güther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madri: Civitas, 2004.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoria de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: Ara, 2007.

MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico del suicídio. In: VV. AA. *Eutanasia y suicídio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Lima: Ara, 2008.

MARÍA DESIMONI, Luis. *El derecho a la dignidad humana: orígenes y evolución – la problemática posmoderna – la contención de la violência en tercer milenio*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, Departamento de Pós-graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, 2010.

_____. Paternalismo na lei de drogas. *Revista Liberdades*. n. 2. São Paulo: IBCCRIM, set.-dez. 2009.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Buenos Aires: B. de F., 2003.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Edson Bini. Bauro: Edipro, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicídio consentido. In: VV. AA. *Eutanasia y suicídio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Lima: Ara, 2008.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O futuro do direito penal*. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes: Barueri: Manole, 2004.

OSVALDO MAZZARELLA, Luis. El suicidio. *1.º Congresso Telematico Multidisciplinare*. Tradate (Itália), nov. 2007. Disponível em: [www.adolescenza.org/suicidio.pdf]. Acesso em: 31.01.2012.

PARMA, Carlos. *El pensamiento de Günther Jakobs: el derecho penal del siglo XXI*. Mendoza: Cuyo, 2004.

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

_____. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Curso de direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2.

_____. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista normativa. *Revista dos Tribunais*. vol. 839. p. 421. São Paulo: Ed. RT, set. 2005.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. A vueltas con el paternalismo jurídico. *Derechos y Libertades*. n. 15. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, jun. 2006.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el Derecho Penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. ano 142. n. 124. México: Universidad Nacional Autónoma de México, ene.-abr. 2009.

SILVA, Paulo Sérgio. *A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: Unesp, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal. *Boletim IBCCRIM*. vol.14. n. 166. São Paulo: IBCCRIM, set. 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

_____. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B. de F., 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B. de F., 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O conflito entre os direitos fundamentais e os atos do cidadão que atentem contra a sua própria saúde, de Álvaro Brito Arantes - *RT* 897/61;
- Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?, de Andrew Von Hirsch - *RBCCrim* 67/11; e
- Suicídio e direito, de Ricardo Rodrigues Gama - *RT* 796/498.

A HERMENÊUTICA DIANTE DA RELAÇÃO "REGRA-PRINCÍPIO" E O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO CRIME DE PORTE DE ARMA

1

Hermeneutics before the "rule-principle" relation and the privileged example of the crime of weapon possession

LENIO LUIZ STRECK

Professor Titular da Unisinos e Unesa. Visitante nas Universidades de Coimbra, Lisboa e Javeriana/CO. Procurador de Justiça/RS.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Filosofia

RESUMO: Os juristas não deve(ria)m negar as consequências da viragem ontológico-linguística para a interpretação do direito, proporcionada principalmente pela filosofia hermenêutica *heideggeriana* e pela hermenêutica filosófica *gadameriana*. Essa transformação filosófica, que superou o sujeito solipsista, impede o intérprete de criar uma separação arbitrária entre um caso fácil e um caso difícil. Assim, a partir da análise do caso do delito de porte de armas (Lei 10.826/2003), o presente artigo pretende demonstrar que é inadequado separar casos fáceis de casos difíceis, como é inadequado fazer a cisão entre regras e princípios, já que um caso não é fácil e nem é difícil por si mesmo, mas sempre estará dependente da compreensão, que, ao mesmo tempo, sempre dependerá da pré-compreensão.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica - Interpretação - Porte de armas - Casos fáceis - Casos difíceis.

ABSTRACT: Jurists should not deny the consequences of the linguistic and ontological turn that takes place in the interpretation of law, mainly provided by Heidegger's hermeneutical philosophy and Gadamer's philosophical hermeneutics. This philosophical transformation, which overcomes the solipsistic subject, prevents the interpreter from creating an arbitrary separation between an easy case and a difficult case. In this fashion, considering the analysis of the weapon possession offense (Law 10.826/2003, Brazil), this article argues that it is inappropriate to separate difficult cases from easy cases, and also inappropriate to separate rules from principles, considering that a case is not easy, nor difficult by itself, but it will always depend on an understanding, that likewise, will depend on a pre-understanding.

KEYWORDS: Hermeneutics - Interpretation - Possession of weapons - Easy cases - Difficult cases.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares: a raiz filosófica da discussão "casos fáceis/casos difíceis" – 2. Da cisão (semântico-estrutural) à diferença (ontológica) entre casos simples e casos difíceis – 3. Casos fáceis e casos difíceis: uma questão de compreensão e não de subsunção. Das razões pelas quais, nos "casos fáceis", a regra apenas "encobre" o princípio – 4. De como a pretendida "suficiência ôntica" da regra sustenta a tese da cisão estrutural entre regra e princípio e casos fáceis/casos difíceis – 5. O caso do delito de porte de armas (Lei 10.826/2003) – A fragilização da cisão "casos fáceis/casos difíceis" – 6. Considerações finais.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: A RAIZ FILOSÓFICA DA DISCUSSÃO "CASOS FÁCEIS/CASOS DIFÍCEIS"

O giro hermenêutico que atravessou o direito em tempos de efetivo crescimento do papel da jurisdição – mormente a jurisdição constitucional – acentuou a preocupação em torno da necessidade de discutir as condições de possibilidade que o intérprete tem para a atribuição dos sentidos aos textos jurídicos, uma vez fracassadas as experiências exegético-subsuntivas (positivismo primitivo) e as tentativas de controlar os sentidos através de operações lógico-analíticas (algumas posturas autodenominadas pós-positivistas). O ponto em comum nas diversas teorias, teses ou posturas desde o século XIX – da jurisprudência dos conceitos, dos interesses, dos valores, o movimento do direito livre, as escolas sociológicas, os positivismos hartiano e kelseniano, às diversas teorias da argumentação, para falar de algumas das manifestações acerca do fenômeno – tem sido a de buscar respostas corretas ou a "melhor resposta", metódica ou conteudisticamente.

Essa busca fez – e faz – com que a questão da interpretação seja alçada ao patamar de condição de possibilidade do processo aplicativo. Como herança das teorias analíticas (especialmente o positivismo hartiano), a teoria do direito foi invadida pela dicotomização entre *easy cases* e *hard cases*, os primeiros resolúveis a partir de subsunções e os segundos pelo mecanismo da ponderação, aplicável toda vez que o intérprete esteja em face da colisão de princípios.[1] Essa tese acerca da relação regra-princípio representou o cerne de uma espécie de Zeitgeist da teoria do direito pós segunda guerra mundial. Como um mantra, tem-se que os casos simples sempre se resolvem pela aplicação de uma regra, sendo que, na insuficiência da regra, os princípios devem ser demandados...! Essa tem sido a máxima que prevalece em parcela considerável da doutrina que

1. Os pontos centrais acerca da distinção *easy-hard cases* vem sendo desenvolvidos desde a primeira edição de: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

trata da relação "regra-princípio", especialmente a partir da hegemonia atingida pela teoria da argumentação originária de Robert Alexy. Não há dissertação ou tese de doutoramento que não apresente esse já, agora, senso comum acerca da problemática "regra-princípio".

Ocorre que, desse modo, deixou-se de lado a dupla estrutura da linguagem (apofântica e hermenêutica),[2] confundindo-a com a cisão entre casos fáceis e difíceis, em que os primeiros seriam produtos de "meras" deduções/subsunções, enquanto os segundos exigiriam a construção de uma racionalidade discursiva que assegurasse condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido.

Nesse sentido – e aqui me permito insistir –, confunde-se a "era dos princípios" com a "abertura hermenêutica" e a consequente necessidade da construção de racionalidades de cariz epistemo-metodológicas. É como se, no lugar do "juiz boca da lei", fosse permitido, agora, um juiz "manipulador de princípios". Assim, se antes os sentidos dependiam de uma "estrutura" (lei = direito; texto = norma), agora, diante dessa nova "era", os sentidos passa(ra) m a depender da "consciência do intérprete", que tem a sua disposição o "abre te sézamo" principialista. Por isso, desde logo é preciso deixar claro: regras não estão ligadas/limitadas à subsunção; princípios não são ínsitos às teorias argumentativas.

Em outras palavras, princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da "insuficiência" (semântica) das regras. Não são, portanto, ao contrário do que diz Robert Alexy,[3] "mandados de otimização" ou postulados interpretativos, como quer Humberto Ávila.[4] Os princípios devem ser, sim, compreendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo[5] (afinal, esta não é a era pós-positivista?).

---

2. Sobre essa dupla estrutura da linguagem, própria da hermenêutica de cariz filosófico, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
3. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
4. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
5. Permito-me explicar isso melhor: de há muito as minhas críticas tem tido como alvo o positivismo pós-exegético, isto é, aquele positivismo que superou o positivismo das três vertentes (exegese francesa, pandectística alemã e jurisprudência analítica da *common law*). Ou seja, o positivismo é uma postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O "positivo" a que se refere o termo *positivismo* é entendido aqui como sendo os *fatos* (lembremos que o neopositivismo lógico também

Nessa linha, as teorias da argumentação – assim como as suas teorias "satélites", nas suas diversas acepções ou modelos – não se constituem em "reserva hermenêutica" para resolver *hard cases*. Fosse isso verdadeiro, seria difícil responder à pergunta acerca de como se interpretava antes do surgimento das teorias da argumentação (e das teorias correlatas). É como se a elaboração do procedimento apto à universalização dos discursos fundamentadores partisse de um marco zero, ignorando a pré-compreensão antecipadora, isto é, como se um *easy case* fosse um *easy case* em si (como se contivesse uma essência) ou como se ele mesmo não pudesse ser um *hard case* ou, ainda, como se essa aferição do que seja um *easy case* pudesse ser feita previamente, proceduralmente.

Esse equívoco de distinguir *easy* e *hard cases* é cometido, por exemplo, por Herbert Hart, Klaus Günther, Robert Alexy e Manuel Atienza, para citar apenas estes. Na posição contrária, Laurence Tribe e Michael Dorf criticam a distinção dos casos jurídicos em simples (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*):

"É um erro básico supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos casos difíceis – apenas quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo. Esta é a armadilha favorita de determinados críticos da Supreme Court, que apontam as discórdias entre os juízes como se quisessem dizer: 'vejam como eles discordam, cinco a quatro'. Deve ser porque na realidade não estão lendo a Constituição, mas procurando um espelho no qual eles querem acreditar."[6]

---

teve a denominação de "empirismo lógico"). Evidentemente, *fatos*, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. Por isso, sempre considerei muito simplista reduzir a crítica do direito a uma simples superação do deducionismo (subsuntivismo) legalista (e os nomes que a isso se dê). Portanto, tenho apontado minhas baterias contra a principal característica do positivismo pós-exegético, qual seja, *a discricionariedade*. Curiosamente, juristas das mais variadas facções diziam (e isso ainda acontece): se você é contra a discricionariedade dos juízes, então defende o legalismo, o exegetismo, o juiz "boca da lei"...! Ora, convenhamos, essa "entrega" (ou seria "delegação"?) do poder aos juízes (e, portanto, em favor da discricionariedade interpretativa) não é nem um pouco nova, eis que já estava presente no velho movimento do direito livre, na jurisprudência dos interesses e se aprimorou na jurisprudência dos valores (sem considerar os movimentos realistas no interior da *common law*). Portanto, minhas críticas se dirigem aos dois principais tipos de positivismo: o exegético e pós-exegético. Este último, sem dúvida, é o mais perigoso.

6. Cf. TRIBE, Laurence; DORF, Michal. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. XXII.

Embora Dworkin também faça essa distinção (veja-se: ele distingue, e não cinde), o faz por outras razões. Dworkin trabalha com a noção de *hard cases* a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não cinde discursos de fundamentação de discursos de aplicação. É a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis. Porém – e essa diferença é de fundo –, esse "lugar" em que se "localizam" os princípios que serão aptos à resolução do caso não é dado *a priori* e a partir de determinados procedimentos (v.g., a ponderação), cujo resultado é uma regra que Alexy chama de "norma de direito fundamental adscripta" (que, na prática cotidiana da aplicação do direito, ninguém faz). Lembro, ainda que, nos termos da teoria alexyana, essa regra deve servir para resolver casos similares àquele que ensejaram a ponderação dos princípios colidentes.

Ainda em favor de Dworkin, é preciso registrar que, nos casos difíceis, se os princípios não são criados pelas autoridades de aplicação, também não são previamente dados, em um plano contrafactual. Dworkin, contrapondo-se ao formalismo legalista e ao mundo de regras positivista, busca nos princípios os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio.

É nesse contexto que Dworkin trabalha a questão dos *hard cases*, que incorporam, na sua leitura, em face das dúvidas sobre o sentido de uma norma, dimensões principiológicas, portanto, não consideradas no quadro semântico da regra.

2. DA CISÃO (SEMÂNTICO-ESTRUTURAL) À DIFERENÇA (ONTOLÓGICA) ENTRE CASOS SIMPLES E CASOS DIFÍCEIS

Portanto, diferenciar (ontologicamente, no sentido hermenêutico da palavra, é claro) casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis. Essa pode ser a diferença entre a dicotomia *hard* e *easy cases* de Dworkin e a das teorias argumentativas (especialmente a de Alexy). Cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil? Eis, aqui, a pergunta fulcral: já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?

Para que se entenda tal problemática – e o socorro vem da percuciente análise de Stein, é preciso ter presente que, em todo processo compreensivo, o

desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação. Isso naturalmente tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Quando chegamos ao final de tais processos de objetivação, realizamos provavelmente aquilo que é o modo máximo de agir do ser humano: dizer que algo "é". Entretanto, esse resultado da objetivação pressupõe um modo de compreender a si mesmo e seu ser no mundo que não é explicitado na objetivação, mas que podemos descrever como uma experiência fundamental que se dá no nível da existência e que propriamente sustenta a compreensão como um todo.[7]

Por isso, a cisão entre *easy cases* (casos fáceis) e *hard cases* (casos difíceis) é metafísica, porque, em um primeiro momento, antes da distinção – que tem o caráter causal-explicativo –, já há um compreender antecipador, pré-compreensivo, de caráter existencial, em que se enraízam estes dois elementos de caráter epistemológico. Na medida em que se chega a esse nível e se faz a concessão de que "é possível fazer a cisão", sobra uma questão essencial: acredita-se que no *easy case* há uma espécie de naturalismo, enfim, que há apenas uma explicação, que emergiria de um raciocínio dedutivo. No fundo, há, aí, uma espécie de busca de isomorfia da linguagem (as súmulas vinculantes são um bom exemplo da tentativa de alcançar esse desiderato).

Já no *hard case* ocorreria – a partir desta distinção – uma complexidade trazida pelo modo de ser no mundo e, por ser trazido desse modo (compreensivo), não seria possível reduzi-lo a uma simples explicação causal. Na verdade, o explicar – utilizado para o que se classifica de *easy case* – é da ordem da causalidade. Entretanto, o compreender é da ordem do acontecer, não procedimental. Ele se dá antes (pré-compreensão). O procedimento sempre chega atrasado. Por isso, a hermenêutica possui essa dupla estrutura: o apofântico e o hermenêutico.

Dito de outro modo, a separação entre casos fáceis e casos difíceis atende a uma exigência do esquema sujeito-objeto. Essa cisão/cesura, entretanto, é apenas objetivista, metodológica, de teoria do conhecimento. Só que, quando uma determinada teoria discursivo-argumentativa opera com tal distinção estrutural, não se dá conta de que ali existem dois tipos de operar: no caso assim denominado "simples", está-se diante do operar explicativo, que é da ordem da causalidade. Já no caso difícil, não adianta trazer a causalidade, porque é necessário ampliar o processo.

---

7. Cf. STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 113 e ss.

Há, assim, uma "insuficiência" no processo de conhecimento, que não "dá conta do caso" – que já então não é mais um *easy case*. Ocorre que, ao contrário do que acredita, por exemplo, a teoria da argumentação, isso não se define em uma relação meramente ôntico-explicativa. É preciso compreender que nessa relação ôntico-explicativa (causal) já ocorre – como condição de possibilidade – o acontecer da diferença ontológica (*ontologiche differenz*).[8]

Veja-se, nesse sentido, que, embora críticos do positivismo, autores como Alexy e MacCormick fazem equivocadamente essa divisão/cisão entre "procedimentos interpretativos próprios para casos fáceis" e "procedimentos interpretativos para resolução de casos difíceis", ao considerarem que os casos jurídicos fáceis (simples) são resolvidos pelo juiz a partir de inferência lógico-dedutiva. Essa justificação de índole lógico-dedutiva é sempre necessária, porém, por vezes, é necessário algo mais, aduzem.[9]

Assim, a teoria da argumentação jurídica seria um *plus* em relação à mera justificação lógico-dedutiva – espécie de justificação interna (assim a denomina Alexy, enquanto MacCormick chama esse procedimento de "justificação de primeiro nível"). Ou seja, quando o raciocínio lógico-dedutivo não consegue dar conta do problema, busca-se socorro na teoria da argumentação jurídica. Eis, aqui, o equívoco de Alexy e MacCormick. Eles apostam em uma espécie de "soldados de reserva para combater o problema da insuficiência ôntica da regra". Na mesma linha, considero equivocada a tese de Atienza, para quem "quando as premissas contêm toda a informação necessária e suficiente para chegar à conclusão, argumentar é um processo dedutivo".[10]

Assim, quando procuro demonstrar que a cisão estrutural entre casos fáceis e casos difíceis é metafísica, não estou excluindo a dimensão da causalidade e tampouco a possibilidade de que os assim denominados casos simples ocorram de forma objetivada. Sempre haverá casos jurídicos desse quilate. O que procuro questionar, com base no paradigma hermenêutico (fenomenologia hermenêutica), é que – em relação à distinção *easy-hard cases* – a dimensão da causalidade não pode esconder a explicação de sua origem essencial. Tentando

8. Ver, nesse sentido, meu: *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

9. Consultar, para tanto, ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1989; MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

10. Ver, para tanto, ATIENZA, Manuel. *Argumentación jurídica. El derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 231 e ss.

explicar melhor esse ponto: ao fazer a distinção entre as operações causais-explicativas (subsunção) destinadas a resolver os casos fáceis e as "ponderações" calcadas em procedimentos que hierarquizam cânones e princípios (ou postulados hermenêuticos) para solver os casos complexos, reduz-se o elemento essencial da interpretação a uma relação sujeito-objeto (S-O).

Acreditar na cisão entre casos (fáceis) simples e casos difíceis (complexos) é pensar que o direito se insere em uma "suficiência ôntica", enfim, que a "completude" do mundo jurídico pode ser "resolvida" por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de "positivismo da causalidade". Pensar assim é esquecer que essa "metafísica da causalidade" é apenas uma etapa necessária para chegarmos aos entes. Entretanto, não é suficiente, pois, presa à causalidade (afinal, como diz Atienza, sem discordância das demais teorias da argumentação, casos simples se resolvem dedutivamente, isto é, são os casos que demandam respostas corretas que não são discutidas), ela não atinge os entes em seu acontecer (na sua compreensão).

Há, pois, um equívoco em pensar que exista uma espécie de "institucionalização" de casos fáceis e casos difíceis, como se fosse possível colocar um divisor entre ambos. É como se existissem casos fáceis e casos difíceis em si, já de antemão demarcados. O problema é saber em que momento "a suficiência ôntica", que possibilita a resolução dos casos fáceis, exige o algo a mais, isto é, em que momento essa "falta de sentido" permite que se esteja diante de um caso difícil.

Antes de qualquer raciocínio subsuntivo-dedutivo, ocorre a pré-compreensão (*Vorverständnis*), em que o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido. Ao contrário do que pensam os adeptos das teorias da argumentação, essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais. Não são, portanto, elementos que estejam à nossa disposição (Ge-stel) e nem de longe podem ser confundidos com "visões de mundo", "subjetividades"[11] ou "pressupostos ideológicos".

---

11. Um alerta importante: não nego – e isso seria um absurdo – que o intérprete (juiz) tenha subjetividade(s). Óbvio que tem. A velha problemática da neutralidade está de há muito superada. Depois do *linguistic turn*, nada mais é preciso dizer sobre isso. O que deve ser dito é que o juiz, quando decide, está compromissado com o Estado Democrático de Direito, possuindo, portanto, responsabilidade política.

Esses elementos existenciais, que conformam nossos pré-juízos e a consciência da história efetual, situam-nos para além das explicações causais pela simples razão de que resultam de uma autocompreensão que não pode ser reduzida – como fazem as teorias discursivas nos casos fáceis – a relações de causa e efeito. O simples objetivismo, resultante de raciocínios causal-explicativos, não subsiste em face da complexidade das relações sociais (são, pois, as contingências).

Ou seja, não se nega que possam existir casos fáceis; o problema está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e casos difíceis. No plano da fenomenologia hermenêutica, mesmo em face de uma "suficiência ôntica" que se expresse em um caso simples (raciocínio causal-explicativo), já estarão dadas – em face da pré-compreensão – as condições para um "ir além", na direção de um acontecer (ontológico), isto é, mesmo que o acontecer possa ser dar de forma objetivada, sempre já existe um indicador a partir do qual essa objetivação faz sentido.

Definitivamente, o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier. O intérprete também não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil. O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não! Os sentidos não estão "nas coisas" e, tampouco, na "consciência de si do pensamento pensante". Os sentidos se dão intersubjetivamente.

Consequentemente, sua subjetividade deve ser suspendida e em seu lugar deve-se colocar a intersubjetividade, que se forja a partir da esfera pública, entendida como a cotidiana reconstrução da história institucional do direito, revolvendo, a todo o momento, o chão linguístico que sustenta a tradição do direito. A subjetividade, no plano da hermenêutica que defendemos, é atravessada pelo DNA do direito. Há, pois, um constrangimento epistêmico, que emana da tradição formada pela legislação escrita, pela doutrina e pela jurisprudência, tendo como vetor de sentido a Constituição – sempre entendida como Constituição normativa. Outro ponto que deve ser ressaltado: subjetividade é "visão de mundo"; a pré-compreensão (*Vorverständnis*) não se pode ser confundida por "visão de mundo", "opinião pessoal", preconceitos ou qualquer outro termo que revele uma abertura para o relativismo. A pré-compreensão demonstra exatamente que não há espaço para este tipo de relativização subjetivista que acabaria, no fundo, caindo nas armadilhas de um ceticismo filosófico. Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2011. Mormente na parte em que são tecidas críticas à Daniel Sarmento, que confunde pré-compreensão com subjetividade.

3. CASOS FÁCEIS E CASOS DIFÍCEIS: UMA QUESTÃO DE COMPREENSÃO E NÃO DE SUBSUNÇÃO. DAS RAZÕES PELAS QUAIS, NOS "CASOS FÁCEIS", A REGRA APENAS "ENCOBRE" O PRINCÍPIO

Isso faz com que se retorne, sempre, ao "contraponto regra-princípio",[12] "lei--Constituição", "subsunção-atribuição de sentido", teoremas nos quais estão assentados os problemas decorrentes dessa "afirmação decorrente do caráter hermenêutico do direito" e daquilo que está ínsito a essa "guinada do papel do direito no constitucionalismo": o controle dos atos de jurisdição; enfim, os atos dos intérpretes do direito (controlá-los significa uma aposta hermenêutica).

Inserido no imaginário positivista – em seus vários matizes –, o jurista não percebeu que o ponto de ligação com a filosofia (processo de entendimento ainda sustentado no esquema S-O, que mutila a interpretação do direito) se dá exatamente no fato de que o direito, entendido como conjunto de regras, procura(va), a partir de uma metodologia fulcrada no método, abarcar a realidade onticamente, possibilitando que, de forma causalista-objetivista, "desse conta" de suas complexidades a partir da adjudicação de teorias acerca de como devem proceder os intérpretes quando colocados em face dos assim denominados "casos difíceis".

Ora, a inserção da faticidade se dá através de um direito novado, produzido democraticamente, e colocando ênfase nos princípios (lembremos a coorigina-riedade entre direito e moral), que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai situar as pretensões, funções e perspectivas de transformação no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico).

A regra está "subsumida" no princípio. Mas isso não significa afirmar que as regras dependem dos princípios. E nem estes dependem de outros princípios. O que se quer dizer – e isso parece que não é bem entendido – é que, entre regras e princípios, existe uma diferença que não é lógico-estrutural.

Para ser mais claro: quando afirmo que a regra está subsumida no princípio ou que o mundo prático – representado pela dura faticidade (os casos concretos) que engendrou a construção democrática desse especial modelo de direito, que é o do Estado Democrático de Direito – ingressa no direito a partir dos princípios, significa que, em sendo o direito formado por textos[13] jurídi-

12. A crítica à distinção estrutural "regra-princípio" consta, amiúde, em STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2011.

13. Todos os objetos, todos os fatos, todos os casos são textos. Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações hermenêuticas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 111.

cos, cada texto jurídico tem uma motivação, ou seja, o enunciado possui uma motivação (*Jede Aussage ist motiviert*), que não está simplesmente à disposição dos intérpretes do direito. E se o constitucionalismo está assentado em regras e princípios – e isso faz parte da tradição – não se pode ignorar o papel fenomênico dos princípios de cariz constitucional.

A assim denominada "era dos princípios" representa simbolicamente a ruptura com o modelo de regras. Regras já não se bastam! Os direitos humanos/fundamentais/sociais ingressam – enquanto mundo prático – por intermédio da principiologia (que, evidentemente, pode levar a infindáveis discussões acerca da "distinção" entre regras e princípios; só que essa é uma discussão semântica).

Entretanto, muito antes da distinção (que não é a mesma coisa que diferença), há algo que se antecipa, isto é, a questão que sustenta a revolução copernicana proporcionada pelo *ontologische wendung* (giro ontológico-linguístico), condição de possibilidade para a superação de qualquer dualismo decorrente do esquema S-O. Se não há entes desnudos, ou seja, o ente só é (algo enquanto algo) no seu ser (essa é a diferença ontológica – *ontologische differenz*), não é possível falar em regras que não digam respeito a algo (não há conceitos em abstrato). Ou seja, regras que digam respeito a princípios. E regras que respeitem os princípios. Ou deixam de ser regras válidas.

Consequentemente, estas regras somente podem ser compreendidas à luz da diferença entre texto jurídico e o sentido que este texto adquire a partir de sua aplicação (aqui ingressa a faticidade, o modo prático de ser no mundo). Nesse sentido, é relevante ressaltar que a diferença ontológica entre regra e princípio, que supera, portanto, as dimensões decorrentes de distinções semânticas, não implica a "transformação de uma regra em um princípio ou vice-versa", porque, neste caso, ocorre a entificação da regra ou do princípio. Com isso, perde-se a dimensão hermenêutica (por exemplo, é como transformar um princípio em um "sentido acumulado" de uma súmula). Aqui, reside também a questão relacionada à subsunção/dedução: a entificação de uma regra ou de um princípio reduz a discussão da interpretação ao nível apofântico.

A analítica e as atividades procedurais – assim como a distinção (cisão) entre discursos de aplicação (*Andwändungsdiskurs*) e discursos de justificacão (*Begründungsdiskurs*) – chegam tarde nessa operação compreensivo-aplicativa. Em síntese, a diferença entre regra e princípio significa apenas que, nos "casos fáceis" (utilizando, aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), a regra apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação.

Havendo, entretanto, "insuficiência" (*sic*) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a "necessidade" do uso dos princípios. Na hermenêutica, não surge essa "necessidade" do uso dos princípios como "capas de sentido", justamente em face da diferença, e não da cisão (semântico-estrutural). Ou seja, os princípios estão sempre lá; eles estão sempre "juntos". São as condições de possibilidade da validade de uma regra.

Numa palavra – e permito-me insistir –, é importante notar que essa distinção entre regra e princípio deve ser vista à luz do paradigma hermenêutico, sob pena de não ser compreendida e provocar confusões. Estará equivocado aquele que achar que se trata da distinção obtida pelo "critério forte", que vê nos princípios uma estrutura lógica diferenciada daquela percebida nas regras (dado A deve ser B).

Os princípios, assim, representam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo. As regras, por outro lado, representam uma técnica para a concretização desses direitos, ou seja, meios (condutas) para garantir um "estado de coisas" desejado. É por isso, portanto, que a compreensão da regra exige esse "princípio instituidor", sob pena de uma interpretação "alienada". No plano hermenêutico, a pré-compreensão chega antes de qualquer distinção reflexiva (ou analítico-constitutiva) entre regras e princípios. Por isso, o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) é condição de possibilidade, e não um ornamento para justificar posturas interpretativas.

Diferenciar (ontologicamente) regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos – e nem que os princípios traduzam o ideal da "boa norma". Regra e princípio são textos, d'onde – de modos distintos – se extraem normas. Regras (se se quiser, preceitos) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito.

A distinção/diferenciação regra-princípio não pode significar, assim, maior ou menor grau de subjetividade. Isso é equivocado e proporciona mal-entendidos. Se assim o fosse, os princípios não representariam uma ruptura com o mundo de regras (e nisso parece que estamos todos de acordo, hermeneutas e argumentativistas). Entretanto, as regras não são "boas" nem "más"; elas carregam, inegavelmente, um capital simbólico que denuncia um modelo de direito que fracassou: o modelo formal-burguês, com suas derivações que cresceram à sombra do positivismo jurídico. E isso não pode ser olvidado!

Em síntese: há uma essencial diferença – e não separação (se se quiser, distinção lógica) – entre regra e princípio, com o que é necessário chamar a

atenção para uma espécie de senso comum que se forma em determinadas matérias. É o caso das (inadequadas) "classificações" entre "distinção fraca" e "distinção forte" que existiriam entre regra e princípio. Com efeito, pela distinção "fraca", os princípios seriam normas com elevado nível de abstração e generalidade, dando azo a uma forte subjetividade do aplicador (veja-se como essa tese é conveniente para a transformação dos princípios e das cláusulas gerais do Código Civil em álibis para discricionariedades). Já as regras não teriam esse grau de abstração, demandando um grau menor de subjetividade (essa tese é conveniente para firmar a prevalência, em determinadas situações, da regra sobre o princípio, além de servir de suporte para a institucionalização das súmulas com caráter vinculante).

Com relação à distinção "forte", os princípios seriam aplicados por ponderacão (*sic*), ao contrário das regras, que seriam aplicadas por dedução/subsuncão (*sic*). Isso seria assim porque os princípios são passíveis de confronto com outros; já as regras, não. Nesse caso, há uma tendência em sempre colocar Dworkin como institucionalizador da máxima "a regra se decide no tudo ou nada".

No entanto, o que não se diz é que Dworkin, além de estar inserido no sistema da *common law* e tratar da resposta correta (e essa questão não pode ser ignorada, pela sua relevância no contexto da discussão da superação do positivismo), é, fundamentalmente, ferrenho inimigo de discricionariedades, caindo por terra, consequentemente, a outra face da distinção, isto é, a aludida "abertura dos princípios".

Mais ainda, Dworkin não faz a cisão entre interpretar e aplicar; tampouco admite dedutivismos; consequentemente, não se pode colocá-lo na mesma seara, por exemplo, dos adeptos das teorias da argumentação, que aproveitam essa cisão de outro modo; mais ainda, o texto de Dworkin – *the model of rules* – é de 1967 e deve ser lido no contexto da crítica que faz ao modelo de regras de Hart.

Desse modo, antes de sustentar uma distinção "lógica" entre regras e princípios (em que regra se definiria no "tudo ou nada") com base em Dworkin, é necessário ter presente que a tese dworkiniana deve ser lida nessa superação da discricionariedade positivista justamente através dos princípios. Por isso, a diferença entre regra e princípio. Regras devem ser lidas a partir de Dworkin como um contraponto ao dedutivismo, subsunção e, principalmente, a qualquer pressuposto da filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto).

Esse "contraponto" "regra-princípio" deve ser compreendido a partir da hermenêutica filosófica (embora Dworkin tenha feito referência à obra de Gadamer apenas duas vezes). Mas as aproximações são múltiplas. Também a tese

da "comunidade de princípios" (é nisso que o direito é visto como para "um além da regra") deve ser levada em conta na assim denominada "contraposição" entre regra e princípio.

Penso que o estabelecimento das duas distinções (fraca e forte), que, na verdade, são cisões/dualismos metafísicos, dá-se a *latere* da distinção dworkiniana (e da que pode ser feita a partir da hermenêutica aqui trabalhada). Talvez por isso, até mesmo as posturas que pretendem elaborar uma crítica a essa distinção "tradicional" terminam por não superar a dualização, ou seja, embora procurem ultrapassar esse confronto ou dilema "distinção forte-fraca", acabam por autonomizar a regra e o próprio princípio. Ora, todo enunciado tem uma motivação.

Desse modo, mesmo que se procure dizer, por exemplo, que as regras preveem comportamentos finalísticos e terminativos e que os princípios não possuem essa "independência" semântico-significativa, ainda assim estar-se-á "dividindo" (inadequadamente) o direito em dois mundos distintos: o das regras, que subsistiriam isoladamente, e o dos princípios, que teriam uma função complementar, representada por uma espécie de "reserva de sentido", chamado à colação apenas quando a regra não "resolver" a querela. No fundo, por essa análise, ocorre um retorno à semiótica: quando a sintaxe e a semântica são insuficientes, apela-se à pragmática, na qual estariam alojados os valores.

Na teoria da argumentação ocorre essa cisão (cesura) entre regra e princípio, circunstância que provoca uma ligação umbilical do problema dos princípios, como a também cisão entre casos fáceis e casos difíceis. Isto pode ser facilmente detectado em Alexy, para quem todos os ordenamentos jurídicos possuem um âmbito de abertura, lugar em que se enquadram os casos difíceis, duvidosos, denominados de *hard cases*, para os quais não haverá "regra aplicável". Nesse caso, o juiz valer-se-á dos princípios (princípios, aqui, têm a forte conotação moral, porque "corretivos").

O equívoco de Alexy está exatamente na separação entre regra e princípio, porque uma regra não subsiste isoladamente; se assim fosse, o princípio não cumpriria a função de introduzir o mundo prático no direito. Ou seja, se assim fosse, a regra cumpriria apenas o papel de "explicação causalista", que, na "insuficiência ôntica" da regra, só então demandaria o uso dos princípios.

No fundo, o equívoco da(s) teoria(s) da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas com uma diferença de grau ("regrando" os princípios), utilizando-os como se fossem regras de segundo nível (equívoco que se repete ao se pensar que, além dos princípios, existem metaprincípios, metacritérios ou postulados hermenêuticos). Enfim, como se fosse possível transfor-

mar a regra em um princípio (e vice-versa).[14] Mas ela jamais será um princípio, porque no princípio está em jogo algo mais que a explicação causalista.

É preciso compreender, assim, que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser no mundo (o desde já sempre compreendido, sobre o qual eu não me questiono) são resolvidas no plano ôntico, o que, na linguagem da filosofia da consciência, denomina-se "raciocínio causal-explicativo" (é o que as teorias discursivo-argumentativos denominam de "casos simples", solvidos "dedutivamente").

Mas atenção: esse modo ôntico (causal-explicativo) permanecerá e será aceito como tal se a sua objetivação – que é o modo máximo de agir do ser humano, na feliz expressão de Stein – não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição legítima. Isso ocorrerá desse modo se não existir um "choque hermenêutico", se o intérprete não estranhar o que lhe era mais familiar.[15] Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação "desaparece" (no dizer de Gadamer, "das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird"). Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo (que, evidentemente, pode ser falso ou verdadeiro).

4. DE COMO A PRETENDIDA "SUFICIÊNCIA ÔNTICA" DA REGRA SUSTENTA A TESE DA CISÃO ESTRUTURAL ENTRE REGRA E PRINCÍPIO E CASOS FÁCEIS/ CASOS DIFÍCEIS

Para exemplificar, chamo a atenção para o caso de uma regra jurídica como a do art. 509 do Código Penal da Espanha, punindo todo aquele que: "tuviera en su poder ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o

14. Remeto o leitor à crítica que fiz ao voto do Ministro do STF, Luis Fux, nas ADC 29 e 30 e da ADIn 4.578 . Na ocasião, o Ministro disse que o princípio da presunção da inocência não é um princípio, posição que considero incompatível com a posição que devem assumir os princípios constitucionais nesta quadra da história. Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. Disponível em : [www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio].

15. Ver, para tanto, ALMEIDA, Custódio L. S. Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer. In: _____ et al. *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 65.

conservación". Como demonstrarei, na sequência, o exemplo pode ser estendido para o dispositivo que pune o crime de porte ilegal de armas no Brasil.

Ninguém discutirá que estará sujeito à penalidade aquele que for detido no pátio de uma casa, em circunstâncias que apontem para o fato de que estava colocando em risco bens jurídicos patrimoniais de terceiros (aqui não se está questionando a liberdade de conformação do legislador, isto é, não se coloca em xeque a escolha dos fins e meios para a punição da conduta e também não se questiona, no plano geral, as políticas de combate aos crimes contra o patrimônio).

Também não se discutirá a hipótese do enquadramento no tipo penal daquele que for detido já em plena utilização dos referidos instrumentos, uma vez que os pré-juízos legítimos, que conformam o modo de ser no mundo dos juristas, apontam para o sentido – que é trazido pela tradição na qual estamos desde sempre inseridos – do que seja "instrumento próprio para o cometimento de furto", "o significado de proteção à propriedade privada", "crime", "norma jurídica", "teleologia da regra", "função do direito penal" etc. Está-se diante, assim, da resposta correta para cada uma das hipóteses. Não haverá, portanto, qualquer dificuldade para procurar a resposta, porque, antes disso, já foi encontrada pelo intérprete. Antes de procurar, ele já a achou.

Mas essa fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*) pode se mostrar malsucedida, na hipótese de ocorrer à demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos (esta demanda só ocorre para quem tem condições de identificar os falsos pré-juízos como tais). Sendo mais claro, aqui me refiro às ocorrências do mundo prático que superem a situação ou situações consideradas *standard*, o que implica perguntar: estaria correto dizer que qualquer indivíduo que seja detido transportando instrumentos aptos para cometer furtos e não dê conta dessa posse estaria "subsumido" no aludido tipo penal? Antes de tudo, é possível afirmar que, no âmbito das respostas proferidas a partir de raciocínios causais-explicativos, a simples posse dos instrumentos e o "não dar conta" da aquisição ou "transporte" dos mesmos, já seria suficiente para o enquadramento. É o que se chamaria de "caso simples".

Entretanto – e aqui aparece o problema da distinção entre *easy* e *hard cases* –, uma pré-compreensão forjada no paradigma de um direito penal garantista demandará uma resposta que vá além do que "onticamente objetivamos" (suficiência ôntica própria do positivismo exegético). Mas isso somente ocorre quando a coisa (*die Sache*) interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca, o que não acontecerá nos casos em que sequer nos perguntamos acerca das razões pelas quais a resposta é aquela.

Trata-se, assim, da hipótese de horizontes distintos, que provocará o "choque hermenêutico", que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe

apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal). Como já referido, esse "choque hermenêutico" faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho (como demonstrarei mais adiante, é quando um *hard case* se transforma em um *easy case*, o que comprova a inadequação hermenêutica de tal distinção).

Pois é nesse exato sentido que deve ser examinado o exemplo anterior, acrescido, agora, desse elemento provocador do estranhamento, isto é, no caso de alguém ser detido na posse de *ganzúas y otros* instrumentos destinados especialmente para "ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación", em plena via pública, em decorrência de uma *blitz* feita pela polícia. Parece que, aqui, emerge claramente a "insuficiência da regra", isto é, no caso em tela, está-se diante de uma fusão de horizontes que não encontra guarida na mera objetivação. Está-se, assim, diante de uma demanda significativa que só pode ser atendida a partir da compreensão da dupla estrutura da linguagem.

Estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica (legítima) do direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional.

O caso concreto demanda uma série de análises, que ultrapassam o raciocínio causal-explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pelo estranhamento que provoca essa nova situação. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional do dispositivo legal com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia.

Deve-se sempre perguntar se, à luz da Constituição, a regra jurídica é aplicável à hipótese (ao caso). Mais ainda, há que indagar: em que sentido aponta a pré-compreensão, condição para a compreensão do fenômeno? *In casu*, é lícito que o Estado lance mão da responsabilidade objetiva no direito penal? O direito penal é compatível com a punição de condutas em que não esteja comprovado o risco de um bem jurídico concreto?[16] No Estado Democrático de Direito, o papel da teoria do bem jurídico não aponta para novas direções?

16. Tudo o que aqui está exposto vale para colocar *sub judice* os crimes de perigo abstrato, como a embriaguez ao volante, o aqui comentado porte ilegal de arma, o disparo

A resposta (correta) foi dada pelo Tribunal Constitucional espanhol, através da sentença n. 105/88, dando como contrária à Constituição, ao art. 24.2. da Constituição (garantia da presunção da inocência), qualquer interpretação do referido tipo penal que viesse a castigar tão somente a posse de instrumentos idôneos: "en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idôneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito". Tratou-se, pois, de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), embora a ela o Tribunal não tenha feito menção explícita.

Entendeu acertadamente o Tribunal espanhol que, sem a prova da possibilidade de efetivo dano, não se pode punir. A presunção de que alguém vai cometer um furto, pelo fato de estar portando instrumentos próprios para tal, não é razão suficiente para o enquadramento no tipo penal. Meras condutas não podem ser punidas; tampouco se pode punir alguém com base em presunções. Trata-se, assim, de um argumento de princípio, que pode ser utilizado em circunstâncias posteriores.

Eis aqui, pois, a diferença entre uma análise linear, rasa, como se a linguagem não tivesse uma dupla estrutura, e uma análise elaborada a partir dessa "demanda significativa" decorrente de um choque hermenêutico entre o *standard* ôntico-causal e a complexidade compreensivo-ontológica. Não se interpreta somente textos, porque no aparecer positivado já se esconde o elemento estruturante da compreensão, o que somente nos é proporcionado pelos nossos pré-juízos verdadeiros.

O senso comum teórico faz com que objetivemos[17] os temas que debatemos, porque não nos damos conta dessa dupla estrutura da linguagem, e que, aquilo que não se mostra (que fica escondido sob a regra positivista), está apenas

---

de arma de fogo, gestão temerária, entre outros, além da aplicação de multas tabula rasa no direito administrativo. Nesse sentido, convoco a doutrina de Urs Kindhäuser (*Gefahrdung als Straftat: Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefahrdungsdelikte (Juristische Abhandlungen)*. Frankfurt am Main: Victorio Klostermann, 1989. passim) para quem esse tipo de delito viola o princípio da presunção da inocência, visto que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não se podendo presumir a culpabilidade de alguém sem que o cidadão possa fazer a contraprova da imputação e sem que o Estado prove a lesão ou a possibilidade concreta da lesão.

17. Trata-se daquilo que José Carlos Moreira da Silva Filho (*Hermenêutica filosófica e direito – O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 265), de forma percuciente, denominou de "pré-compreensão profissional de juristas" que evita o acontecer da manifestação mais própria do direito.

encoberto. É nesse espaço "significativo" que se encaixam os assim denominados "casos simples", que são resolvidos a partir de um horizonte de sentido não questionado (que os adeptos das teorias argumentativas denominam de raciocínio dedutivo), em que os participantes se movem no plano do senso comum teórico dos juristas. Nesse universo pré-dado (e predado), nessa realidade pré-estruturada simbolicamente, é que se movem os indivíduos a partir dos pré-juízos inautênticos, forjados a paradigmaticamente, ficando impedidos de compreender aquilo que vai além – as demandas significativas do que se denomina de "casos difíceis" – desse horizonte não problematizado.

A circunstância de estar refém de um universo significativo limitado por um determinado nível de pré-juízos é que determina a permanência do intérprete no plano das explicações causais, "satisfazendo-se" com ela (e por essa razão as demandas significativas não provocarão o choque hermenêutico, enfim, o devido estranhamento). O senso comum proporciona o "pacote significante" através do qual o jurista se socializa e interpreta o direito.

5. O CASO DO DELITO DE PORTE DE ARMAS (LEI 10.826/2003) – A FRAGILIZAÇÃO DA CISÃO "CASOS FÁCEIS/CASOS DIFÍCEIS"

A partir do exemplo do Tribunal Constitucional espanhol, é possível estabelecer determinados padrões interpretativos (generalizações hermenêuticas minimamente necessárias), tendo-se presente essa dupla estrutura da linguagem já explicitada anteriormente. Veja-se, nesse sentido, o art. 16 da Lei 10.826/2003,[18] que especifica que os atos de "portar", "transportar" ou "guardar" (para referir apenas alguns verbos do extenso tipo penal) arma sem registro e sem licença constituem crime punível com pena de dois a quatro anos de prisão.

Desde logo é possível verificar como a rasa aplicação do dispositivo (raciocínio causal-explicativo) acarreta problemas de índole constitucional. Aqui, a reconstrução do direito e a integridade entendida como uma comunidade de princípios (Dworkin) apontam para uma análise acerca das garantias penais do cidadão, isto é, o exame de como o direito penal trata dos demais tipos. Não

18. É imperioso que o STF se pronuncie sobre a problemática relacionada aos crimes de perigo abstrato *lato sensu* e a "responsabilidade objetiva" que deles decorre. E que a doutrina se pronuncie mais especificamente sobre a matéria. Caso contrário, o legislador continuará elaborando textos legislativos que, aplicados tabula rasa, violam a Constituição, mormente os princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da igualdade.

esqueçamos que, para Dworkin,[19] a integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política.

No caso sob comento, exsurgem, pois, várias indagações, como:

1. A garantia (princípio) da presunção da inocência permite que outras condutas delituosas (outros crimes) sejam punidas sem a necessidade de comprovação de efetiva violação de bem jurídico?

2. É lícito que o Estado puna alguém que esteja portando uma arma sem munição ou que tenha uma arma guardada em sua casa, sem que esteja demonstrada, em nenhum dos dois exemplos, a violação de um bem jurídico específico? O que fazer na hipótese de um campesino preso portando uma velha espingarda (de caça ou não), no caminho entre sua casa e a lavoura? E o que fazer nos demais casos em que o legislador cria tipos de "perigo abstrato", ingressando cada vez mais na teoria do "direito penal do risco"?

Agregue-e que não é difícil chegar a conclusão que o simples fato de alguém "possuir arma de fogo sem autorização" (tendo-a em casa ou transportando consigo, em lugares ermos ou à noite, em lugares inseguros) não pode significar – de *per si* – lesão a qualquer bem jurídico. Nesse sentido, tem razão Paulo Eduardo Bueno, para quem o delito em tela deve ser examinado sob o prisma da danosidade social:

"Nas mãos de um criminoso, a arma é um instrumento altamente perigoso, mas, nas mãos de um cidadão honesto, a arma é um instrumento de defesa. O grande problema da Lei 10.826 (e o mesmo vale para a Lei 9.437, pela qual o apelante foi condenado) é ter atingido substancialmente não os criminosos, mas aqueles cidadãos honestos que mantinham uma arma exclusivamente para a própria defesa, mesmo porque aqueles que vivem à margem da lei, via de regra, não se subordinam às regulamentações administrativas. Na prática, portanto, o desejado controle de armas de fogo veio prejudicar as possibilidades de defesa dos cidadãos honestos e não resolveu o 'problema da violência'."[20]

---

19. Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986 e também CHUEIRI, V. K. de. Os vinte anos da Constituição brasileira: constitucionalismo e/ou democracia. In: STOLZ, Sheila (org.). *Direitos humanos e fundamentais: o necessário diálogo interdisciplinar*. Pelotas: Universidade Federal de Pelotas, 2009. p. 260 e ss.

20. Cfe. BUENO, Paulo Eduardo. O crime de posse irregular de arma de fogo e a questão do bem jurídico. *Revista Jurídica*, vol. 47, n. 261, p. 47-51, São Paulo: Jurídica, jul. 1999.

Mais ainda, é de registrar, por relevante – e o pensamento de Bueno vai no mesmo sentido – que a simples hipótese de guardar ou possuir arma de fogo sem registro não constitui qualquer violação a bem jurídico. Este é um ponto importantíssimo na discussão. Desnecessário dizer que não há crime sem vítima. E não se venha dizer que a vítima desse "crime é a sociedade, porque a sociedade é sempre vítima (a ideia de crime implica de *per si* uma conduta antissocial)". Ou seja, é muito simplório dizer que a vítima, no caso sub análise, seja a sociedade. E a criminalização não pode ser produto de simples discricionariedade do legislador!

Tudo está a indicar que aqui é aplicável a filtragem hermenêutico-constitucional da qual se tratou no exemplo do dispositivo do Código Penal espanhol. Trata-se de aplicar, *mutatis mutandis*, aquilo que no direito português se denomina de decisão redutiva. Ou, melhor ainda, na acepção de Jean-Claude Béguin, trata-se de "anulação parcial qualitativa" (quando a norma, no seu conjunto, não deve ser aplicada a certa situação, por tal aplicação ser inconstitucional).[21]

Nesse sentido, há um interessante precedente jurisprudencial da então Comissão Constitucional (que antecedeu o Tribunal Constitucional português): face a uma norma que regulava as atenuações extraordinárias previstas no art. 298, prevendo certas atenuações obrigatórias, verificadas determinadas circunstâncias, entendeu-se declarar a norma parcialmente inconstitucional na parte em que consagrava as referidas atenuações extraordinárias obrigatórias (ou legislativas, como são designadas no texto do acórdão), considerando-se que seriam, porém, admitidas como meramente facultativas para os juízes.[22]

---

21. Ver, na mesma linha, o processo 70009228594, 5.ª Câm. Criminal, TJRS, que contém o parecer assim ementado: "Porte (ilegal) de arma. Caso de vigilante que transportava arma de fogo em seu automóvel, como o objetivo de verificar a ocorrência de possível ilícito em área de sua responsabilidade. Ausência de porte e registro da arma. *Ausência de danosidade social na conduta.* Atividade lícita, em que pese o caráter informal. Aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*)". Em linha similar, outro parecer: "Porte de arma. Materialidade e autoria suficientemente comprovadas. Ausência de porte e registro da arma. Ausência de danosidade social na conduta. Atenção: no caso concreto, não ocorreu a incidência da regra. Princípios que valem mais que a regra. Aplicação no caso da técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*). Provimento do apelo defensivo para absolver o apelante por ausência de tipicidade da conduta" (TJRS, ApCrim 70.035.244.458).

22. Ver, para tanto, CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional. Os efeitos em particular*. Lisboa: Cognitio, 1984. p. 42.

Na jurisdição brasileira, vale registrar a decisão da 5.ª Câm. Criminal do TJRS, que, acatando parecer que exarei, absolveu cidadão que fora condenado a dois anos de reclusão mais multa, por estar portando revólver, sem porte e sem registro (e sem munição).[23] O Tribunal, acatando parecer de minha lavra, aplicou a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), em face da violação da garantia da presunção da inocência e da ausência de comprovação acerca da lesividade da conduta.[24]

Vê-se, pois, que qualquer resposta adequada a Constituição (e ao Estado Democrático de Direito) é necessariamente uma resposta que reconstrói a história institucional do direito diante das garantias processuais-fundamentais que o cidadão tem a sua disposição. Uma norma – que é sempre o produto da interpretação de um texto (que, por sua vez, é sempre evento) – somente é válida se estiver de acordo com a Constituição. Portanto, o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar o texto com a Constituição, conferindo-lhe a totalidade eficacial (será, portanto, a norma). Para tanto, tem a sua disposição – desde que inserido na tradição autêntica proporcionada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e tudo o que ele representa – um universo de possibilidades para compatibilizar os textos legais com a Constituição, a partir das diversas sentenças interpretativas, que vão desde a interpretação conforme

23. Apreciando um caso similar, o STF, embora sob outro fundamento – e sem alcançar unanimidade –, considerou impunível a conduta de portar arma desmuniciada, desde que a munição não esteja disponível (RHC 81.057/SP). O Tribunal tem a mesma posição para os casos de arma sem potencial de funcionamento ou arma de brinquedo. A tese vem sustentada nos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso (Luigi Ferrajoli). A posição contrária sustenta que o crime de porte ilegal de arma é um crime de mera conduta, não havendo óbice em o legislador estipular crimes de perigo abstrato. Também existem decisões do STJ, valendo especialmente citar o REsp 32.322, *DJ* 02.08.1993: "A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem reiterada e insistentemente renegando os delitos de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido, punir pela simples ação, se ela não trouxer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico". De todo modo, *entendo que a matéria merece uma análise constitucional, no sentido do uso integrativo e coerente do direito, na própria acepção da palavra "princípio", para possibilitar o alcance aos casos similares.* No caso, a adoção da tese da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto alcançaria esse desiderato, porque estaria conferindo uma interpretação estritamente constitucional à matéria, na esteira do que decidiu o TJRS.

24. TJRS, Ap 70007387608, 5.ª Câm. Criminal, rel. Des. Aramis Nassif.

(*verfassungskonforme Auslegung*) até a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), passando pelo apelo ao legislador (*Appelentscheidung*); enfim, os diversos recursos hermenêuticos que essa mesma tradição nos legou. Esse é o papel da hermenêutica nos quadros do Estado Democrático de Direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo ato interpretativo (portanto, aplicativo) é ato de jurisdição constitucional. Mesmo quando o problema parece estar resolvido mediante a aplicação da regra, deve o intérprete – e se trata de um dever constitucional que tem a sua dimensão ditada pelo nível de seus pré-juízos legítimos (ou ilegítimos, ocasião em que a decisão trará prejuízos ao cidadão) – verificar se o princípio que subjaz à regra não aponta em outra direção (quando não se está diante de simples análise paramétrica, em que a regra afronta princípios ou preceitos constitucionais).

Por isso, sentido verdadeiro (correto) não é sentido esgotado, já que "o processo de compreensão não tem um ponto final, mas está no constante movimento da abertura histórica".[25] No exemplo da regra que criminaliza a posse de gazuas e outros instrumentos para cometer furtos (assim como dos diversos crimes de perigo abstrato da legislação de *terrae brasilis*), a reconstrução e a integridade do direito a partir de uma comunidade de princípios exsurgirá da tradição legítima exsurgente do Estado Democrático de Direito, que aponta para a prevalência dos princípios constitucionais, que redefinirão o sentido do texto aplicável, possibilitando, inclusive, uma interpretação que impeça a aplicação da regra sem o exame da potencial violação de bens jurídicos, além de garantir a validade do princípio para situações futuras, impedindo a violação de direitos fundamentais Lembremos, desde logo, dos princípios da integridade e coerência do direito, o que significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Ou seja, de cada decisão se extrai um princípio, de onde exsurgirá o DNA do direito em jogo.

Portanto, mais do que proporcionar a resposta correta (adequada a Constituição) para aquele caso concreto, a jurisdição constitucional permite que, mediante uma sentença redutiva ("a lei x é inconstitucional se aplicada à hipótese y"), desde que dotada – em um segundo momento – de efeito *erga omnes*,

25. Cf. ALMEIDA, Custódio L. S. Op. cit., p. 65.

possa-se proteger os demais cidadãos contra a aplicação abusiva do direito penal (violação do princípio da presunção da inocência e o uso do direito penal sob o manto da responsabilidade objetiva, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito).

No caso do crime de porte de arma – e correlatos crimes considerados pela tradição como de "perigo abstrato" – a decisão (singular ou colegiada), para ser considerada adequada a Constituição, deverá utilizar a fórmula da assim denominada "sentença redutiva", também conhecida como inconstitucionalidade (nulidade) parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*),[26] ou seja, o dispositivo que criminaliza a conduta abstratamente será inconstitucional se o Estado não comprovar que a conduta do agente violou – ou esteve concretamente em vias de violar – o bem jurídico respectivo; ou, dizendo de outro modo, mas na mesmíssima direção, se se interpretar o tipo penal como sendo "responsabilidade objetiva", o sentido dado a ele, neste caso, será inconstitucional, por ferir os princípios da presunção da inocência, da igualdade e do devido processo legal, neste último caso pelo fato de que não se dá ao agente a possibilidade de provar a não lesividade de sua conduta.

Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares (por exemplo, o primado da presunção da inocência como inibidor da utilização da responsabilidade objetiva no direito penal, não só naquele caso concreto, mas em favor de todos os cidadãos). Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

O direito como integridade coloca limites à subjetividade do juiz;[27] ele não se encontra (assim como qualquer intérprete) frente a um objeto, como se esse objeto estivesse à sua disposição (do mesmo modo que a linguagem não é uma

26. Advirto, aqui, para o fato de que o STF tem utilizado a nulidade parcial sem redução de texto como uma (mera) variação da *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição). Ao que consta, para o STF os institutos se equivalem, tanto é que, por vezes, lê-se que a Suprema Corte está fazendo "uma interpretação conforme sem redução de texto". Ocorre que a interpretação conforme necessariamente é uma decisão que não produz alteração no texto. Por isso a minha insistência na diferenciação (forte) dos dois institutos hermenêuticos.

27. Veja-se mais uma vez essa relevante questão: "subjetividade" ("visão de mundo" etc.) não tem qualquer relação com a "pré-compreensão" (*Vorverständnis*) de que trata a

terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto); ele faz parte do objeto a ser discutido.

O juiz deve proferir a sua decisão seguindo as regras do jogo; caso contrário, já não teremos um jogo, com regras próprias, mas, sim, o jogo da discricionariedade do juiz (ou da arbitrariedade).[28] A proposição normativa está imbricada – pela diferença ontológica – com o seu conteúdo. A participação do intérprete na prática social é que permite a compreensão das alterações de sentido e o seu "confronto" com falsos pré-juízos.

Não há conceitos em abstrato. Também não há crimes em abstrato. Conceitos não flutuam no ar, para servirem de capas de sentido aos "fatos desnudos". Não há grau zero na atribuição de sentido. Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente à ementa, é evidente, lembrando, aqui, a questão hermenêutica representada pelo grau de objetivação abrangente que cada decisão deve ter/conter) vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrárias.[29]

Por isso a minha insistência de que é inadequado separar casos fáceis de casos difíceis, assim como é inadequado fazer a cisão semântico-estrutural en-

---

hermenêutica filosófica. Nesse sentido, ver a crítica a Daniel Sarmento e Inocêncio Mártires Coelho, em *Verdade e consenso*, op. cit., 2011, p. 486-495.

28. Como exemplo do perigo que representa a discricionariedade aqui denunciada, veja-se a decisão do STF indeferiu *habeas corpus* em que se alegava falta de demonstração da urgência na produção antecipada de prova testemunhal de acusação, decretada nos termos do art. 366 do CPP, ante a revelia do paciente/réu. O STF deixou assentado que *a determinação de produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz, que pode ordenar a sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso ocorra* (HC 93.157, *DJ* 23.09.2008).

29. Nas palavras originais de Gadamer: "Das verstehen kommt nun aber erst in seine eigentliche Möglichkeit, wen die Vormeinungen, die es einsetz, nicht biliebige sind. Es hat darum seinen guten Sinn, dass der Ausleger nicht geradezu, aus der in ihm bereiten Vormeinung lebend, auf den Text zugeht, vielmehr die in ihm lebenden Vormeinungen ausdrücklich auf ihre Legitimation, und das ist, auf Herkunft und Geltung prüft" (*Wahrheit und Methode*, op. cit., p. 272).

tre regras e princípios. Um caso não é fácil e nem é difícil. Depende, sim, da compreensão. E esta dependerá da pré-compreensão.[30] Enfim, a aparente "cisão estrutural" entre regras e princípios e *easy* e *hard cases*, ficará subsumida no interior do círculo hermenêutico.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo Autor

- Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais a encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual, de Lenio Luiz Streck – *RBCCrim* 28/108;
- Da "justeza dos nomes" à "justeza da resposta" constitucional, de Lenio Luiz Streck – *RIASP* 22/134;
- O que é isto – A verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasilis*, de Lenio Luiz Streck – *RT* 921/359; e
- Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?, de Lenio Luiz Streck – *RBCCrim* 78/284.

---

30. Um alerta necessário: a pré-compreensão de que falo é a *Vorverständnis* originária da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica. Portanto, não se pode confundir essa pré-compreensão, que é estruturante, com aquilo que vulgarmente vem sendo entendido como subjetividade do intérprete, ideologia, gostos pessoais etc. Isso transformaria a pré-compreensão em uma mera visão de mundo e não é disso que trato.

FACES DA *EVIDÊNCIA*: REGIMES DA PROVA NO PROCESSO PENAL

1

Faces of evidence: regimes of proof in criminal procedure

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL

Doutor em Altos Estudos Contemporâneos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela PUC-RS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor do Departamento de Direito Penal e Processo Penal da PUC-RS. Pesquisador convidado do Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX (CEIS 20) da Universidade de Coimbra. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: A *evidência* é virtuoso operador jamais ausente da constelação de regimes que se formam no processo penal. No seu registro, dispensa-se a prova, anulam-se as mediações e sua imensa potência alucinatória pode constranger os anseios de um horizonte democrático. Desde si, imperativo, assim, é requisitar o exame político epistemológico da prova. O artigo, pois, lançando mão do operador sensível da *evidência* investe para que seus regimes epistêmicos possam vir à tona, particularmente quanto às suas profundas porosidades frente à *convicção* e à dita *pré-ocupação* da inocência no campo processual penal. A *evidência*, enfim, deparada com a prova, traz uma multiplicidade estética capaz de configurar virtuosamente o enfrentamento dos inquisitorialismos com propriedades e modos ainda inéditos.

ABSTRACT: Evidence is a virtuous operator; it is never away from the constellation regimes that appear in criminal procedure. Upon its registration all proof is dismissed, mediations are cancelled and its huge hallucinatory power may violate the desires for a democratic horizon. So it is necessary to request the political epistemological proof exam. This article, making use of the sensitive operator, which is evidence, makes an effort to make its epistemic regime come back to surface, especially that one relation to its deep porosity nature when compared to conviction, and the so called pre occupation of innocence in criminal procedure field. Evidence, at last, when compared to proof, brings about such esthetic multiplicity that it is able to virtuously configure the confrontation of inquisitorialism with new particularities and means.

PALAVRAS-CHAVE: Evidência - Prova - Convicção - Processo penal - Presunção de inocência.

KEYWORDS: Evidence - Proof - Conviction - Criminal process - Presumption of innocence.

SUMÁRIO: 1. *Evidência*, em contornos: alucinação, prova e convicção - 2. A *pré ocupação* de inocência e a carga da prova - Regras de clausura e de cruzamento - 3. Indicando novos modos de *evidência* - 4. Referências bibliográficas.

1. *EVIDÊNCIA*, EM CONTORNOS: ALUCINAÇÃO, PROVA E CONVICÇÃO

É evidente aquilo que dispensa a prova – este é o apanágio que nos guia.[1] A evidência por exatamente não precisar de justificação é a verdadeira descrição daquilo que é. Por isso, seu trabalho intenso com todo o pensamento da *verdade*. O predicado "é evidente" só pode dizer algo de *atual*, precisamente não de uma coisa ou acontecimento, mas de uma *relação*. A sua intuição "lógica" e de "existência" é que conduz a apreender uma *identidade*. Este indicador epistêmico diz, em resumo, do *valor de verdade de uma proposição*.[2]

Index sui et veri pode representar sua estrutura. Ao contrário da *prova*, não remete para dispositivos de avaliação exteriores à proposição. Ela se lê como sinal indubitável. Gil, desde Husserl, a define como "a instância de um testemunho de si, patente e imediatamente esclarecedor, fornecido por um conhecimento verdadeiro e por uma legitimação imanente dos juízos".[3] Suas intuições guia dizem respeito à *mostração* e à *satisfação* do espírito, ou seja, *apodicticidade* e *adequação*. O que não a deixa de alinhar com a *ilusão*, por isso ser devedora de *justificação*. A tarefa (interminável) da crítica encaminha-se por aí. A *apodicticidade* é a justeza máxima do juízo, noutros termos, é o nome da vertente epistemológica da evidência. Esta manifestada, também tornará visível a *adequação*, transposição do objeto dado no visado. Tanto do ponto de vista da *compreensão* quanto da *extensão*, é o *excesso* no âmago da evidência que impera. Sendo, por um lado, a personificação da verdade objetiva, a autodoação de si imediatamente intuitiva, no modo universal da sua intencionalidade

1. Por todos os momentos em que na obra aparece esta premissa, ver GIL, Fernando. *Tratado da evidência*. Trad. Maria Bragança. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1996. p. 9.
2. GIL, Fernando. O amor da evidência. *Modos da evidência*. Com intervenções de Patrice Loraux, Marc Richir, Antonia Soulez e Paulo Tunhas. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998. p. 81; em igual sentido, GIL, Fernando. *Tratado da*... cit., p. 10.
3. Idem, p. 12.

como a forma por excelência da consciência de algo, seu transbordamento é que a define.[4]

Gil a porá, desde sua gênese, sob uma posição pré reflexiva do mundo, enxertada na *crença*. Sua percepção, seja ela dita *ostensão* ou *intuição*, tradutores da sua forma de inteligibilidade, assenta-se, de toda forma, nos sentidos. Diz de uma ideia que retorna a si imediatamente, desde ao menos três grupos de dados: *referência sensorial*, *desejo* e uma *força deslumbrante*. Daí seu brilho e efeito de verdade, sua força enfim, resultado do investimento do desejo nas referências sensoriais:

"O desejo é uma formação de intensificação, de ligação e de transformação; ele assegura uma dupla operação, num só tempo: uma certa experiência do mundo, na intersecção dos suportes sensoriais da evidência com a sua interpretação linguística, transforma-se numa inteligibilidade patente e em acto (...). Esta converte-se ao mesmo tempo numa submissão feliz – a evidência reúne a inteligibilidade num afecto intelectual."[5]

Agrupando suas características, a saber: verdade, apodicticidade, adequação e satisfação do espírito - a evidência participa do modelo do pensar e do se enganar. Reconstrói, de alguma maneira, um sensível que lhe permanece constitutivo e retira sua força e imanência do signo que a porta. A eficácia deste signo é que faz desaparecer a necessidade de alguma *prova*. O rito religioso do direito arcaico ("pré-direito"), vimos, segrega a *prova*. A razão de ser da prova pode-se dizer que seja no julgamento, introduzir nele uma certa distância, um *diferir*.[6] Entre a imediaticidade da *evidência* eivada no sinal considerado como válido e a decisão que ele autoriza ou comanda é o julgamento através da *prova* que mantém suspenso este sentido.[7] No direito arcaico, melhor dizendo, a

4. Idem, p. 14-18.

5. Idem, p. 21.

6. O *diferendo*, como quer Lyotard, remete à *diferença* que nunca se dá de uma vez por todas, tanto quanto se passa nas *frases em disputa* num processo. O que não deixará de ser um *paradoxo*, ao final, porque o *diferir*, uma certa *escansão* que se poderia instalar com a *prova* a constranger a *evidência*, ao cabo, remeterá ao improvável das referências últimas: "The differend is signaled by this inability to prove" (Cf. LYOTARD, Jean-François. *The differend – Phrases in dispute*. Trad. Georges Van Den Abbeele. Manchester: Manchester University Press, 1988. p. 10).

7. "La preuve, quel que soit l'archaïsme de ses formes, représente un autre moment de pensée: dans le jugement, une distance s'introduit, si petite soit-elle, entre un signe considéré comme valable et la decisión qu'il autorise ou qu'il commande." (GERNET, Louis. *Anthropologie de la grèce antique*. Paris: François Maspero, 1968. p. 269).

prova é realizada em coisas. Nele há uma espécie de "direito sem julgamento", pois o processo cria o direito no ato do seu próprio presente. A verdade nele provinha da irradiação do brilho da *evidência* - as ordálias bem isto demonstravam. Não havia ambiguidade na marca deixada, separação de fato e sentença, sua *figuralidade* era impositiva. Igualmente nos casos também examinados de *confissão* ou do *juramento*, retratos de um sistema social de crenças indefectíveis. Assim, percebe Gil uma verdade *icônica*,[8] desde a manifestação da prova num *acto* que se objetiva na *atualidade*. A *prova*, desta maneira, no direito arcaico é dotada de alta *performatividade*, pois exerce-se no imediato.

O flagrante delito, afinal, pareceria o modelo primordial do "direito punitivo", pois dispensaria a administração da prova e implicaria a imediata punição, já que tudo se dá ao mesmo tempo por intuição. Poderíamos, de forma pouco ortodoxa, acentuar esta perspectiva e afirmar ser o modo de experiência da flagrância a tendência inconsciente – desejo recalcado – mais profundo dos mecanismos processuais penais que, a seu ponto, apesar de não dispensar a prova, jamais elidirão a *convicção* e, por conseguinte, seus elementos atrativos de *evidência*. Gernet[9] nota que esta presunção, ou seja, aquela de que um crime mostra-se a si mesmo como tal, é tão forte que pode transpor o intervalo da flagrância, absorvendo e expandindo seus limites, por exemplo, no caso de

8. GIL, Fernando. *Tratado da*... cit., p. 41.

9. "Il convient de mettre à part – mais en vedette – une série significative qui est celle du flagrant délit; antérieure au droit, elle joue um role considérable dans le droit commençant. Il semblerait, à vrai dire, qu'elle ne dût nous intéresser, puis-qu'en pareil cas le jugement de culpabilitè est dispense de toute induction relative au passe, et qu'il y a coïncidence par hypothèse entre le délit même et la certitude du délit. Les choses ne sont pas si simples. La flagrance par laquelle se caractérisent certains délits privés, notamment vol et l'adultère, ne doit pas être considérée comme un moyen de preuve privilégiè; de fait, dans un système où l'idée de preuve est devenue centrale, on voit disparaître sa vertu propre; en revanche, dans le système le plus ancien, entre les délits qu'elle qualifie et les délits matériellemeut identiques d'ou elle est absente il y a une différence du tout au tout, quant aux formes de la poursuite et quant au degré de la répression. La flagrance appartient à la notion même du délit; d'un délit qui est objectivé par elle eit qui, du fait de sa présence, suscite une exécution immediate (...). Cette continuité est essentielle: on ne poursuit pas, on n'exécute pas après coup: le drame don't la flagrance est la condition présente une unité concentrée; on peut apercevoir ici (...) certain idéal du droit criminel: c'est que la sanction fasse corps, sans interstice, avec le fait délictueux. Tout est du présent, et on peut dire tout à la fois: l'idée d'un passé même récent n'a pas où se prende. La vertu de la notion n'est pas de satisfaire à une exigence de vérité aus sens où la veritè pourra être entendue judiciairement: elle est de réaliser dans une situation qui exclui l'administration de la preuve." (GERNET, Louis. Op. cit., p. 267-268).

encontrar o objeto roubado após a sua busca, como assentado em diversos ordenamentos jurídicos até hoje.

Este seria o ideal intrínseco do direito criminal, em que sanção e crime formariam um só corpo, excluindo qualquer administração probatória. Dinâmica pouco modificada com as preocupações da ordem medieval a partir do século XIII, em que a inquisição apôs, como examinado, a *confissão* no centro da expressão da *evidência*. Imbricada numa filosofia da intuição, aparece o *notório*, aquilo que se coloca diante dos olhos e não pode ser ocultado, por isso arrancado dos mecanismos de prova. A *confissão* era assimilada ao fato notório sobre o qual poderia se presumir a fiabilidade do discurso ou do comportamento. Ambos, suma, o *flagrante* ou o *notório* realizam-se como uma ação desenrolada no presente. O discurso da *verdade da evidência* é identificável aqui num nível bem particular quanto à prova. Já está clara sua continuidade que não cansamos de pontuar: há uma identidade presumida no traço distintivo da *evidência* que se traduz na dispensa da *prova*. E esta verdade não cessará de se oferecer como terreno de satisfação aos convencimentos céleres e aos anseios mais íntimos de punição.[10]

Voltando às dimensões conceituais da *evidência*, percebe-se o quanto a sua *natureza performativa* permite ditar sua potência de "inteligibilidade dos fundamentos do pensamento".[11] E não será por outro motivo que a sua *voz da verdade* terá uma vocação *totalizante*, pois, para lograr atingir a inteligibilidade, vai à cata do que é incontestável e necessário em cada domínio, retendo aquilo que há de máxima certeza. Escreve Gil:

"A linguagem da evidência procura anular as mediações, a distância, a obscuridade, o silêncio, o arbítrio individual. (...) Entre as modalidades da inteligibilidade, ela seleciona a iconicidade da ostensão, a indexicalidade reflexiva

10. GIL, Fernando. *Tratado da...* cit., p. 42-43. Noutro lugar, acerca das variabilidades e primazias que se podem encontrar nos processos judiciais, que acabam, de uma forma ou de outra, compaginadas nas incessantes aporias da *livre convicção* do juiz, escreve acerca dos diferentes sistemas de direito e o distinguível peso da *prova*: "numa palavra, pode-se dar-se a primazia à prova racional ou ao testemunho directo, e os conteúdos do testemunho, a hierarquia e a importância relativa das provas podem variar, deslocar-se segundo os sistemas de direito. A prova decisiva residirá na racionalidade da argumentação ou em signos sobrenaturais empiricamente atestados, na prova de facto por observação, na confissão, em documentos escritos abonados por diversas maneiras... mas em todos os casos, ela visa administrar o fundamento material, desprovido de ambiguidade, da sentença" (GIL, Fernando. *Provas*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986. p. 40).

11. GIL, Fernando. *Tratado da...* cit., p. 69.

do presente da intuição, a injunção da verdade contida na generalidade do símbolo (uma proposição). Para além do quadro, ela dá-se como um preenchimento que será interpretado como uma posição existente."[12]

A *ostensão* referida em inúmeros momentos do nosso argumento tem sede privilegiada aqui. A atenção participante na *evidência* é também mostração e ostensão, quer dizer, um modo de *alucinação* decorrente da autodoação de si da evidência. Ela é própria exatamente deste aparecer no ato significante. *Ostensão*, a seu modo, é o que recobre uma *posição*, aquilo que toca uma *imediatidade*.[13] Deste modo, a sua *verdade de si* dá-se na forma de *injunção*. Seu imperativo, já dito, reporta-se sempre à *verdade*, mais propriamente, "em tornar verdadeiro o estado de coisas que é objecto do mandamento."[14] A *voz* que convoca, que simpatiza, aduz um *acordo* que vale para o futuro, porque não dizer, quase de forma traumática. Reconfigurados a linguagem e os sentidos pelo seu discurso, de maneira sempre excessiva, a disposição espontânea de passagem ao ato da evidência reporta ao mundo dos sentidos. Falou-se de uma intensificação que denota a vocação performática da evidência. Mas qual seu operador fundante? Como funciona esta *ostensão*? Por certo, o cariz *alucinatório* aí presente não decorre de nenhuma disfuncionalidade, mas é a mola propulsora que nos tem convidado, como diz Cunha Martins,[15] a surpreender, tal como várias vezes fazemos, a evidência em ato, seus territórios de ação, identificando seus agentes e desempenho.

Se dissemos que a *evidência* e sua inteligibilidade pautam-se numa reconstrução do sensível, melhor colocado, percorre um aquém da separação metafísica do sensível e do não sensível (tal como enxergara Heidegger),[16] naquilo que Gil[17] chama de uma força e imanência advindas de uma *lógica pagã*,[18] falta ainda ver como funciona esta *alucinação*. Por certo, não sob o aspecto da simples percepção irreal do existente, mas da transposição da percepção para outra coisa que não ela mesma, mais diretamente, a inteligibilidade da *evidência*

12. Idem, p. 72.
13. Idem, p. 119; igualmente em GIL, Fernando. O amor da evidência. *Modos da...* cit., p. 97.
14. GIL, Fernando. *Tratado da...* cit., p. 213.
15. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito – The Brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19.
16. Cf. HEIDEGGER, Martin. *A essência do fundamento*. ed. bilíngue. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988. p. 85 e ss.
17. GIL, Fernando. *Tratado da...* cit., p. 24.
18. Cf. AUGÉ, Marc. *Génie du paganisme*. Paris: Galimard, 1982.

representa uma operação *alucinatória* que "converte em verdade a percepção e a significação".[19]

Nada disto, com relação à *alucinação*, pode-se dar sem a intensificação do dado sensível - daí a força energética da conversão do sensível em conceito. Por isso, a transformação do "pensamento" em "coisa" que viu impor-se claramente (como só há de haver consigo) na encarnação do direito na prova arcaica; mas, sobremodo, nos reflexos icônicos (performáticos) do magistrado em busca de redobrar a *crença* na sua atuação probatória (original ou complementar), ou ainda na permanente superexcitação do *populismo punitivista*. Para além da figura patológica, quase em paralelo com a estrutura psíquica e seu elemento paranoico examinado antes, pode-se já firmar neste momento em estreito paralelo, a determinação marcante da *evidência* e seu caráter *alucinatório*.

Um sentimento de inteligibilidade marcado pela satisfação do espírito operado com relação à *adequação* e à *apodicticidade* expõe, minimamente, o quadro da *alucinação* da *evidência*. Energética e figurativa, ela pertence desde Freud[20] à estrutura da consciência. Não se oblitera, todavia, antes, o dever de analisar uma matriz comum que há entre a *alucinação* e a *patologia*, ainda que jamais possam ser confundidas. Ao fundo, temos a *atenção* como lastro comum.[21] Mais propriamente, a dinâmica do inconsciente, segundo Freud, declina-se sob certo ponto desde categorias da *orientação* e da *atenção*. Ele falará de alguma teoria da alucinação primitiva desde um suporte de distinção entre "interior/

19. GIL, Fernando. *Tratado da...* cit., p. 217.

20. Freud insistia no caráter figural da alucinação, o pensamento transformado em imagem no sonho. Na alucinação do sonho, um conteúdo de pensamento readaptado num fantasma de desejo, torna-se consciente como percepção sensorial: "Las alucinaciones de la histeria y de la paranoia y las visiones de las personas normales corresponden, efectivamente, a regresiones; esto es, son ideas transformadas en imágenes. Pero en estos casos no experimentan tal transformación más que aquellas ideas que se hallan en íntima conexión con recuerdos reprimidos o inconscientes. Uno de los histéricos más jóvenes que he sometido a tratamiento, un niño de doce años, no puede conciliar el reposo, porque en cuanto lo intenta ve caras verdes con ojos encarnados, que le causan espanto" (FREUD, Sigmund. Psicología de los procesos oníricos. *Obras completas*. Buenos Aires & Madrid: Amorrortu, 1985. t. I, p. 676-677). A apresentação de energia pura também é encontrada no terror inexprimível do caso do "homem dos lobos" (cf. FREUD, Sigmund. Historia de una neurosis infantil (Caso del hombre de los lobos). *Obras Completas*. Buenos Aires & Madrid: Amorrortu, 1909. t. II, p. 1.953).

21. GIL, Fernando. *Tratado da...* cit., p. 116.

exterior".[22] A *atenção* tem seu negativo na fixação compulsiva, exatamente presença esta que será o traço distintivo da *evidência*. Na perda dos referenciais, os elementos despregados ganham virtudes alucinatórias, na medida em que este curto circuito implica, para Gil,[23] uma "inquietante estranheza".[24] A linguagem da psicanálise denuncia neste ponto a deletéria confusão entre imaginação e realidade – instante, ainda, podemos dizer, em que se acede ao lugar vazio do significante ordenador e toma-o tal como se realizável o fosse.[25]

De todo modo, quer-se registrar a *alucinação* como estrutural da (in)consciência, alhures ao aspecto patológico. Um operador que realiza, abaixo de alguma precisão maior, a transfiguração do sensível e linguístico em inteligível.

---

22. Particularmente, em dois momentos o texto freudiano isto indica. A tendência de um sintoma neurótico geral de isolamento do mundo exterior é bem examinado no caso do "homem dos ratos", cf. FREUD, Sigmund. Analisis de un caso... cit., p. 1.477-1.480. Diz ele também, agora num texto de 1915: "Sintetizando, podemos decir que los destinos de los instintos consisten esencialmente en que los impulsos instintivos son sometidos a la influencia de las tres grandes polarizaciones que dominan la vida anímica. De estas tres polarizaciones podríamos decir que la de actividad-pasividad es la biológica; la de yo-mundo exterior, la de realidad, y la de placer-displacer, la polaridad económica" (FREUD, Sigmund. Los instintos y sus destinos. *Obras completas*. Buenos Aires & Madrid: Amorrortu, 1909. t. II, p. 2052).

23. GIL, Fernando. *Tratado da*... cit., p. 117.

24. As verdadeiras preocupações fundamentais parecem se implicar sobre dois polos extremos: o da *evidência* e da *estranheza*. Questão muito mais profunda que apenas, para o momento, cabe sinalizar com Guitart: "A partir de la decisión cartesiana de identificar lo verdadero con lo evidente se funda la ciencia y la identificación freudiana de lo verdadero con lo extraño funda el psicoanálisis." O *logo* [donc] cartesiano (*Je pense, donc je suis*) acaba por ser o ambíguo, que sustenta e suspende o discurso: "luego es, según el caso, signo de evidencia objetiva o signo de estrañeza subjetiva. Así, cuando utiliza la articulación luego, el sujeto que habla se inclina ya hacia Descartes, ya hacia Freud." *Talvez* daí embrenhando-se na relação entre matemática e psicanálise haja um núcleo comum: *a letra e sua literalidade*. Para tanto, cf. GUITART, René. *Evidencia y extrañeza – Matemática, psicoanálisis, descartes y Freud*. Trad. María del Carmen Rodríguez. Buenos Aires: Amarrortu, 2003. p. 11 e 13.

25. "Aunque en rigor ya se encuentra incluida en nuestras precedentes afirmaciones sobre el animismo y los mecanismos superados del aparato psíquico, agregaremos aquí una observación general que nos parece digna de ser destacada: la de que lo siniestro se da, frecuentemente y fácilmente, cuando se desvanecen los límites entre fantasía y realidad; cuando lo que habíamos tenido por fantástico aparece ante nosotros como real; cuando un símbolo asume el lugar y la importancia de lo simbolizado, y así sucesivamente" (FREUD, Sigmund. Lo siniestro. *Obras completas*. Buenos Aires & Madrid: Amorrortu, 1988. t. III, p. 2500).

Para nosso interesse, uma instância instigada ou mesmo reproduzível sempre que o dispositivo processual se afaste da *prova* ou a ela se dirija dotado de certa *primazia objetificante*. Nem poderia ser diferente, pois, é a intolerância à frustração que carrega consigo esta *performance*: afinal, a representação da palavra é reduzida à *coisa*, quer dizer, concebida a *coisa* como ela própria realizável, uma espécie de "linguagem de órgão".[26] Estamos, por fim, no núcleo da irredutibilidade primária do *sentir*, quase como se o elemento primitivo do pensamento fosse elevado a um acto de *fé*, o acesso à verdade absoluta do conhecer senão a *coisa em si*.[27] A alucinação, suma, reúne a representação da *coisa* mesma - pura catarse objetificante. Razão pela qual a alucinose revela-se sempre sob o signo da *urgência* e da *força*, tão capitalmente nefastas em matéria de um juízo autossuficiente e alheio à mediação processual.

A alucinação originária da psique, longe da patologia, informa-nos da realização (frustrada) daquele momento ideal de satisfação com o desejo. O estado inicial de fusão, de encontro, não com a imagem do *seio*, mas com *ele* próprio, ajuda-nos a saltar adiante, utilizando Gil,[28] do investimento demasiado intenso na imagem que pode ser produzida como percepção, e captá-lo como um índice de realidade inefável profundamente *problemático*. Não aconselhável é depositar neste estágio aquilo que ele convida, muito mais em sede de postura judicial: o conforto com o resultado das demandas probatórias já previamente satisfeitas e confirmadas desde a sua anterior intenção de encontrá-las.

Posto isto, nunca será demais acentuarmos novamente que é da estrutura da *evidência* - de longa tradição nos problemas epistemológicos - dispensar a

---

26. FREUD, Sigmund. Lo inconsciente. *Obras completas*. Buenos Aires & Madrid: Amorrortu, 1909. t. II, p. 2079.

27. Sempre, de alguma forma, estará envolvida a sentença judicial com um *ato de fé*. Submeter-se à prova e realizar a recognição processual implica uma escolha do magistrado, um *ato de fé*, de *crença* (ainda que haja diferenças consideráveis aos dois níveis) na versão que se está elegendo. Na raiz, como sua própria condição de existência do julgamento, está o *sentir*, um *ato de crença* sobre aquilo que fora demonstrado no processo. A circularidade entre *crença* e *saber* já fora antevista no universo jurídico por Carnelutti. Percebia ele que na *escolha* derivada da *certeza jurídica* da sentença esconde-se um a *fé*: "questo qualcosa non può essere se non la fede". (CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Revista di Diritto Processuale*. vol. XX (II Serie). Padova: Cedam, 1965. p. 8). No mesmo sentido, Cordero vê envolvida, na nomenclatura das funções narrativas de recognição, inerente à máquina retrospectiva que é o processo, onde se formulam várias hipóteses históricas que dependem de *adesão*, "una parola-chiave, molto usata anche in sede legale: 'fede'" (CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 566).

28. GIL, Fernando. *Tratado da...* cit., p. 228.

prova. Pertence ao seu indicador epistêmico – *ser evidente* – a designação do valor de *verdade* de uma proposição. A evidência trabalha todo o pensamento da *verdade*, impõe-se como uma *verdade redobrada*, uma afirmação que não necessita de justificação. Desta maneira, vê-se como índice de si mesma (*Index sui et veri*)[29] autorreferencialidade pretensamente justificada, em que não há espaço ao *contraditório* atinente a qualquer procedimento que se preze, senão a partir do que Cunha Martins refere acerca de uma afetação especial: um *desamor do contraditório*.[30]

Assim, poder-se-ia perguntar: bastaria, pois, pensar em constrangê-la enquanto estivéssemos pensando criticamente em dispositivos processuais voltados à limitação do poder punitivo, da exceção tornada regra, das arbitrariedades em geral, ou qualquer outro modo de *excesso*? Em grande parte, assim o é. Todavia, muito menos complicado se de todo fosse assim. Não haveria necessidade de pensar a *evidência* como componente dos mesmos contrapontos que parecem querer combatê-la. Caso particular da *prova* (e do *contraditório* a ela inerente) e dos operadores da *convicção*, representados aqui pela *crença* (expressão singular da *evidência*). Sem falar nas componentes de *presunção*, hábeis a compaginar expectativas, e tão úteis para dissuadir a pulsão por punição dos mecanismos processuais penais em sede de decisão judicial.

Pensar nos *ambientes de instalação da prova*, tal como oferecemos um painel no primeiro momento, ou, no momento posterior, percebendo os nuances nos discursos penais contentores da *ostensão* do punitivismo, é também atentar aos diversos desdobramentos da *evidência* e suas posições; propriamente, para ver-se como jogar com a maior ou menor capacidade de filtrar a sua *vertigem* antimediadora e antidemocrática. Captar as expressões da *evidência* e assegurar o mínimo de contaminação é supor sua porosidade e sopesar, até mesmo, para sua relevância nalgum ponto, onde a sua capacidade característica poderá ser fundamental em sede de um processo penal democrático. Cada mecanismo, como a *convicção* e a *prova*, veiculado pelo processo em si, a sua maneira, em princípio já está a serviço de impor algum limite às pulsões da *evidência*. O que derivará da complexidade nesta sede é que nada garante algum sucesso pleno. A tendencial contaminação entre tais elementos é que tem lugar ao invés de algum gozo regulatório total.

Comecemos pelo que de mais direto e menos complexo nos indica esta construção, e guardemos para o tópico a seguir (relativo à *presunção de ino-*

29. Idem, p. 9-11 e GIL, Fernando. O amor da evidência. *Modos da*... cit., p. 88.

30. MARTINS, Rui Cunha. Op. cit., p. 3 e 18.

cência e *carga da prova*) aquilo que de inusitado, à vista descuidada, poderá intuir-se. Para já, veja-se como lidar com os materiais de *constrangimento da evidência*. Martins, desde os estudos com Gil, falará em uma *verdade da evidência* simultaneamente existente a uma *verdade da prova*.[31] Se é da estrutura da *evidência* dispensar a *prova*, ela é alheia à ideia de processo em si, já que não remete para dispositivos de avaliação exteriores a sua própria proposição, como o rito: lê-se em seus sinais indubitáveis. Em matéria de *prova*, há uma distinção entre os processos e decisões, diferentemente da *evidência* em que a decisão já se condensa em seu próprio signo, sem precisar decompor seu enunciado.[32] Ao pôr-se por si, *alucina-se*. Daí caberá à *prova* trabalhar esta *verdade* de modo não alucinatório. A *prova* funcionando, assim, ao retirar a verdade do recanto da *evidência*, como um vetor de correção de sua *alucinação*.

De acordo com os fatores ou condições em jogo na reflexão epistemológica como condições do próprio saber, ou seja, *condição de verdade* (CV), *condição de aceitação/crença* (CA) e *condição de justificação* (CJ), pode-se, por Gil,[33] designar também, na *prova*, *três figuras homólogas*. Reencontradas as condições do *saber* na *prova*,[34] o conceito de "estar provado" reúne pelo menos três aspectos inter-relacionados. A CV na *prova* equivale a uma *condição de objeto* (COb), isto é, a inspeção de um dado, a existência de um objeto. Prova-se a realidade de um fato ou de um acontecimento, versando a prova sobre uma ocorrência ou uma correlação, natural e material ou ideal. Busca-se aqui saber se as definições conceituais e formais do *objeto* da prova remetem a definições *ostensivas*. A CJ se compraz às *condições de esteio*, quer dizer, é lastreada pelos operadores da prova (*meios* de prova, como a *observação*, a *experimentação*, a *dedução* e a *presunção* que *infirmarão* ou *confirmarão* a correlação examinada). Repita-se: todas coligadas a remeter para *definições ostensivas*, que se produzem como um efeito de presença coextensivo a sua efetuação e efetividade, quer dizer, pela

31. Idem, p. 5. Nosso trajeto segue, desde aqui simetricamente, ainda que destoante nalgum ponto, àquele da entrevista do autor com Fernando Gil em: GIL, Fernando. Modos da verdade (Entrevista conduzida por Rui Cunha Martins). *Revista de História das ideias*. vol. 23. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideais - Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2002. p. 21-27 (publicada também em GIL, Fernando. *Acentos*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p. 83-88).

32. GIL, Fernando. *Tratado da*... cit., p. 11.

33. GIL, Fernando. A prova. *Modos de*... cit., p. 251-259.

34. "A proposição h será dita provada para S se e somente se S está convencido (CA) da verdade de h (CV), na medida em que h lhe aparece como justificada (CJ). Sob outras formas, as condições do saber reencontram-se na prova" (idem, p. 252).

própria aplicação, sua definição já *se dá a ver*. A CA ou, na prova, *condição de efectuação* (depois de as *condições de esteio* terem manifestado a *compreensão* da prova) denuncia uma instância de autodoação ao sujeito que agencia a prova, acarretando a *convicção* (ato de ter por verdadeiro).[35]

A prova, como aquilo que nos convence e tendo um destinatário, possui por finalidade fazer aceitar um corpo de proposições. Inscreve-se aqui o registro da *evidência*, não tanto na ordem da mera *adesão*, mas na formação da *aceitação* desde o *modo da prova* pelo que é afetado. Pouco há para supor que os dois primeiros níveis (*condições de objeto* e *condições de esteio*) assegurem o afastamento de alguma *patologia da prova*,[36] quer dizer, quando há o enfraquecimento da *prova* em benefício do *saber*. Melhor dizendo, isto se dá quando se passa por cima dos *operadores* e das *condições de objetividade* da prova e se instala diretamente na *aceitação*.

Já se pode avizinhar que jamais a *evidência* desapareceu do campo do processo penal e do direito em geral, seja pela importância dada ao *testemunho* (que espera de si um efeito de *ostensão*), seja o papel da *convicção* do juiz, ou mesmo, de maneira mais tênue, na semiótica da *confissão* e seu "grau zero da prova".[37] Mais profundamente, é da sua copertença que se fala, sua insinuação agenciadora sempre presente, pois ela reside nos próprios agentes destinados ao seu constrangimento. Surpreender seus variados e reconfiguráveis epicentros, originados, mais da *intensificação* do que de alguma inversão das relações entabuladas, pode dar condições para acompanhar sua vertiginosa *performance*.

Por meio disso que será capaz de se falar, dentro das *aporias da evidência*, num *paradoxo da prova*. Antes, devemos examinar cada vez mais, cuidadosamente, o que carrega consigo a formulação "isso é evidente", a qual havíamos anunciado. Para Gil,[38] primeiramente quanto ao sujeito "isso", não se dirá evidente a respeito de uma proposição que remeta a uma promessa ou a um estado futuro. Dir-se-á sobre algo *atual* que julgamos ser *verdadeiro*. Por outro lado, aquilo a que se aplica o adjetivo evidente não é propriamente um fato, mas uma

35. Importante sempre precisar que a *evidência* não é um *convencimento* que conduz à *convicção*, porque, ao contrário da *prova*, como vimos, não se constrói do exterior: "a questão da convicção – cabe precisar com Gil – Não é a questão da evidência. A convicção acha-se no termo dos procedimentos da prova: tem de ser engendrada, conquistada, ganhada. Faz as vezes da evidência mas é uma figura dela simétrica" GIL, Fernando. O amor da evidência. *Modos da*... cit., p. 91.

36. GIL, Fernando. A prova. *Modos de*... cit., p. 260.

37. Idem, p. 259.

38. GIL, Fernando. O amor da evidência. *Modos da*... cit., p. 80 e ss.

relação que nos parece indubitável. Malebranche acentuava este imbricamento como característica da evidência que nos fará localizá-la na *verdade do fato* que dizemos evidente, não quanto ao fato em si.[39] Já o indicador epistêmico do predicado "é evidente" refere-se ao percurso máximo de expectativas satisfeitas, ou seja, seu modo de asserção é o indicativo. Significa uma atualidade suposta verdadeira, que se impõe diretamente, sem depender da nossa vontade. Como *index sui*, índice de si mesma, somos forçados a consentir por algo que se dá como objetivo. Estamos a dar-lhe *assentimento*. Damos o nosso *acordo*, com toda a potência lembrada por Gil ao designar o arcaico da *evidência* que reformula o sensível em inteligível, ressoando as palavras em alemão em torno do termo voz (*Stimme*): acordo (*Einstimmung*) e acordo redobrado (*Übereinstimmung*), acorde de um instrumento (*stimmen*), justeza (*es stimmt*), determinação (*Bestimmung*).[40] A evidência se qualifica não por uma imposição de uma verdade do exterior, antes por uma aquiescência interior a ela. Se sua palavra vem da família da visão, esta vidência vem de dentro. Mais ainda: mostra-se, dando-se a ver, estado que o termo *ostensão*, várias vezes utilizado, resume.[41] A *percepção* acaba por ser a matriz. Nela não existem opacidades intermediárias, por isso, neste modo, a antinomia da *evidência* com a *prova*. Mas tal percepção e significação manifestam-se numa presencialidade direta e atual (*apresentação* no tempo presente) enunciada como *intuição*.[42] O que se sobressai quando a significação da proposição em questão "isso é evidente" esgota-se e funda-se em si própria, é o conceito de *identidade*. Tudo isto para conjugar a *identidade* e a *intuição* – o acesso sem intermédios a uma significação invariável e autossuficiente – e derivar a terceira característica da evidência: a *certeza*. Mais uma vez, por isso dispensa a *prova*, exatamente porque "a certeza da evidência é *index veri*, índice do verdadeiro, e é o verdadeiro que é *index sui* [índice de si]".[43]

Diante das suas condições/características, podem-se admitir as *aporias da evidência*: se a *identidade* da evidência é indeterminável/circular e a sua *intuição* desprovida de efeitos de conhecimento (é muda), a alegada *certeza* da evidên-

39. "(...) there is but one action of the will with regard the truth, which is its assent [acquiescement] or consent to the representation of the relation between things (...)" (MALEBRANCHE. *The search after truth*. Edited by Thomas M. Lennon and Paul J. Olscamp. Cambrigde Texts in the History of Philosophy. Cambrigde: Cambrigde University Press, 1997. p. 9).

40. GIL, Fernando. *Tratado da...* cit., p. 214.

41. Para um trato minucioso da questão, ver Idem, p. 119-143.

42. Idem, p. 145-182.

43. GIL, Fernando. O amor da evidência. *Modos da...* cit., p. 86.

cia será, de sua parte, *improvável* (*racionalmente inatingível*). Como acentua Gil,[44] a desconstrução da certeza subjetiva da *evidência* sempre se fez em benefício exatamente da exigência de *prova*. Mas não é a *evidência* o fim último da *prova*? A *prova*, de certa maneira, sendo vista como uma adequação do dizer ao objeto, em que o pensamento se enuncia a si, não seria esta adequação o equivalente da *evidência*?

Apenas nesta medida de adequação equivalente à evidência que a *prova*, submetida a sua série de constrangimentos e critérios, poderia ser dita como "um regime forte do pensamento". Daí seu *paradoxo* ou *antinomia* da prova:

"A prova não deve ser fraca: prova fraca é aquela que se satisfaz com a verossimilhança, com o que se diz ser uma crença racional. Mas a verossimilhança que, fora da lógica e da matemática, é o regime normal da prova, não é em si um critério satisfatório, por mais convincente que seja. A verossimilhança não remove a eventualidade de excepções e de contra exemplos – e as crenças racionais podem revelar-se errôneas: os erros judiciários assentam sempre em verossimilhanças e crenças racionais. Portanto, a prova tem de ser forte. Mas a prova forte revela-se de imediato demasiado forte porquanto não é capaz de satisfazer as condições da prova forte (...)".[45]

Enfim, sendo a *prova* crucial impossível, ou a teríamos de forma insuficiente (fraca) ou noutro extremo (forte) incapaz. O excesso que decorre desta forma, assim, dá-se em termos de uma *ostensão* (pura presencialidade que irrompe e por essa irrupção se impõe)[46] com efeitos fantasmáticos. A *prova*

---

44. Idem, p. 91.

45. Idem, p. 92. Noutro momento ainda esclarecendo: "a prova apagógica deve ser rejeitada, pois, é demasiado fraca; assim, do ponto de vista da inteligibilidade, será uma verdadeira ilusão (...). A prova transcendental é uma prova forte. Mas revela-se de imediato demasiado forte, pois não é suscetível de satisfazer as suas próprias exigências. As provas transcendentais são circulares ou envolvem petições de princípio, ou assentam ainda em deslizes de sentido que roçam o paralogismo. A prova parece então ou incapaz ou inviável: é como se houvesse uma ilusão transcendental da prova, como se o pensamento fosse demasiado fraco para poder fundar-se, ou como se a sua força o colocasse para além das provas" (GIL, Fernando. Exemplo, prova, pedra-de-toque. *Modos de*... cit., p. 289).

46. No quadro da disciplina da razão pura em relação as suas demonstrações, quando Kant desenvolve a teoria da prova na doutrina transcendental do método, em especial primeiramente ao mencionar as provas transcendentais, assevera que tais devem ser ostensivas, diretas, pois aliam conjuntamente a convicção da verdade e a inteligência das fontes dessa verdade: "As provas das proposições transcendentais e sintéticas têm em particular, entre todas as provas de um conhecimento sintético a priori, que

ostensiva[47] delineia uma exigência máxima em matéria de prova. Já estamos em terreno da *evidência*, por certo, que nesta *vertigem alucinatória da prova* não mais requisita a si mesma – panorama que o *diferendo* de Lyotard dito antes vai enunciar de forma analógica.

A *prova*, deste ponto, destina-se a lastrear o *convencimento* e engendrar a *convicção*. Esta colocação não avança sem a condição de saber que não há prova sem destinatário.[48] Ademais, se o *assentimento* se apresenta em *graus*, como quer Gil desde Leibniz, o problema que se coloca é em que condições e segundo quais critérios um juízo deve ser declarado suficientemente justificado de modo a suscitar a *convicção*?[49] A *convicção* é reconhecida assim como receptáculo do investimento probatório, no intuito de constituir a sapiência do verdadeiro. Estar convencido significa *saber o verdadeiro*.[50] Entra em cena uma reconstituição de uma *atividade* pura, inteligência primitiva, ou o conceito mesmo de *pulsão* fichtiana para Gil. Esfera não subordinada à intenção, estrato inconsciente da atividade e da ação, conformadora de um *sentimento* que exprime a positividade irredutível da sensação. É o registro pré-intencional da *convicção* que não se elide como componente deste modo subjetivo do verdadeiro. Na medida em que a *crença* e a *convicção* dizem respeito exclusivamente ao sujeito, já que esta permanece uma crença subjetiva, o modo de doação/aprovação da *convicção*, ou seja, a aceitação subjetiva pode chamar-se *adesão*. A força da *convicção* vem exatamente desta fusão entre tendência (pulsão) e

---

nelas a razão, mediante os seus conceitos não deve se orientar directamente para os objectos, mas primeiro demonstrar a priori a validade objectiva dos conceitos e a possibilidade de sua síntese. (...) Na verdade, a prova não mostra que o conceito dado (...) conduza directamente a um outro conceito (...), pois semelhante passagem seria um salto que não se poderia justificar; mas mostra que a própria experiência, portanto o objecto da experiência, seria impossível sem uma tal ligação" (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, p. 623). Daí Gil retira o sentido kantiano de *ostensão*: "uma indubitabilidade incontestável, proveniente do recobrimento perfeito do subjetivo (a certeza, a convicção) pelo objetivo (inteligibilidade plena da situação)" (GIL, Fernando. *Provas*, cit. p. 27).

47. Idem, p. 26-27.

48. "(...) engendrar a convicção é o essencial da prova e que essa convicção não se reconduz pura e simplesmente à demonstração que a engendra. Uma prova que não provocasse convicção não seria uma prova." GIL, Fernando. Introdução – Colóquio com André Barata. *Acentos*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005. p. 28.

49. GIL, Fernando. *Provas*, cit., p. 24.

50. GIL, Fernando. *A convicção*. Trad. Adelino Cardoso e Marta Lança. Porto: Campo das Letras, 2003. p. 82.

ato, e a satisfação daí decorrente. Sem olvidar que, "em termos de satisfação do espírito, a tendência (o sentimento, o pré intencional, o afectivo) prima sobre o acto (a determinação racional)",[51] o que, noutras palavras, é suficiente para dizer que o ato de conhecer não se esgota em si, mas a *aprovação* que convoca não é de natureza cognitiva.

Assim, quando se fala da natureza subjetiva da *convicção*, o que se interdita é a pretensão de uma veracidade intrínseca. O que não afasta o círculo entre a *convicção* e o verdadeiro, já vimos. Somente ele força a *convicção*. O acordo consigo, representado ao fim como ponto supremo de um procedimento submetido a constrangimentos, é que se torna índice de si mesmo, o que não deixa de pôr no centro da questão, portanto, a *crença*: "*a convicção é crença no verdadeiro*". E será a *adesão* este sinalizador afetivo da *crença*, sem o qual não haverá *convicção*. Não há *adesão* sem *crença* e vice-versa. A *convicção* incide sobre uma relação, um predicado que acaba por se desdobrar ao fim, subjetivamente, num constrangimento de aceitação, noutras palavras, numa *adesão* que investe no objeto. *Adesão* esta, importa salientar, que é do registro da *crença*. Poupa-se às operações de conhecimento, ou seja, a *crença* pula da pulsão ao objeto que ela mesma engendra.[52] Em termos simples, se a *crença* se afasta de procedimentos cognitivos, sendo opostamente a *convicção* oriunda da ordem da verdade, será a *adesão* o operador epistêmico que proporcionará o contágio máximo entre ambas.[53]

Avançando com Wittgenstein, e auxiliado por Gil, vê-se a *convicção* como originária da atividade cognitiva e sobre a qual retorna; uma *certeza* redobrada, disposição herdada e transmitida que não exige ser provada, não requer que seja verificada em cada utilização.[54] Na teoria wittgensteiniana, a certeza e seu

---

51. Idem, p. 87.

52. Idem, p. 90-91.

53. Cf. a parelha "convicção-crença", inerente às "questões-de-facto–questões-de-direito" (NEVES, António Castanheira. *Questões-de-facto – Questões-de-direito*. Coimbra: Almedina, 1967) nas decisões judiciais, em DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca do papel da convicção-crença nas decisões judiciais. *O processo da crença*. GIL, Fernando; LIVET, Pierre e CABRAL, João Pina (coords.). Lisboa: Gradiva, 2004. p. 268-284. Sem esquecer o quanto isso é fundamental na sentença penal, levando a pontuar que a legitimidade das decisões judiciais é essencialmente *política*, ver BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

54. "670. Poderíamos falar de princípios fundamentais da investigação humana. 671. Vou de avião para um local do mundo onde as pessoas têm apenas uma informação vaga, ou nenhuma, acerca da possibilidade de deslocações em avião. Digo-lhes que acabo de vir de avião de... Perguntam-me se não poderei estar enganado. Têm,

alcance transcendental só pode ser descrita; como fundamento, não pode ser explicada. Mas o que está no cerne da mensagem do filósofo é a *confiança*: condição nativa do espírito, aquilo que permite os próprios jogos linguísticos[55] e que de alguma forma habita incondicionalmente o juízo.[56] Para isto basta constatar que na base mais radical haverá uma *crença* que não pode ser fundada. Para saber há a necessidade de recorrer a convicções incontestáveis. E para firmar o certo descolamento que pode haver entre *certeza* e *convicção*, o autor português destaca: "em especial – é este o Leitmotiv de Da certeza –, o jogo de linguagem da convicção não coincide inteiramente com o da prova. (...) as

---

obviamente, uma impressão errada de como é que a coisa aconteceu. (Se eu fosse transportado dentro de uma caixa, seria possível que me enganasse sobre a maneira como viajara.) Se eu simplesmente lhes disser que não posso enganar-me, é provável que isto não as convença; mas convencerá, se eu lhes escrever o processo como vim. Então, certamente que não suscitarão a possibilidade de um erro. Mas, apesar de tudo – mesmo se confiarem em mim –, poderiam acreditar que eu sonhei ou que uma magia me fez acreditar nisso. 672. Se eu não confiar nesta evidência, porque hei-de confiar em qualquer evidência?" (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. ed. bilíngue. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa. Edições 70, 2000. p. 189).

55. "(...) o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem" (WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. *Tratado lógico-filosófico investigações filosóficas*. Trad. e Prefácio M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 207).

56. "150. Como é que alguém decide qual é a sua mão direita e a sua mão esquerda? Como é que sei que o meu juízo estará de acordo com o de outra pessoa? Como sei que esta cor é azul? Se não confio em mim próprio nisto, porque confiaria na capacidade de julgar de outra pessoa? Há um porquê? Não deverei eu começar a confiar nalgum ponto? Isto é: num certo ponto tenho de começar a não duvidar; e isso não é, por assim dizer, apressado ainda que desculpável: faz parte do acto de julgar (...) 509. Realmente pretendo dizer que um jogo de linguagem só é possível se confiarmos nalguma coisa (não disse podemos confiar nalguma coisa)" (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*, cit., p. 55 e 143). Noutro lugar: "o cepticismo não é irrefutável, mas obviamente falho de sentido por pretender pôr em dúvida o que não pode ser perguntado. E isto porque só pode haver dúvida onde pode haver pergunta, e uma pergunta só onde pode haver uma resposta, e esta só onde algo pode ser dito." (WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus Lógico-Philosophicus. *Tratado lógico-filosófico*... cit., p. 141). A *confiança*, segundo Gil, acaba por ser uma crença de segunda ordem, a partir da qual poderá se instituir o "jogo da prova": "relação a dois, crença de segundo grau, convicção sem provas que deu provas na acção de conhecer, expressão da identidade e condição de esperança, a confiança parece ser uma atitude epistêmica de pleno direito" (GIL, Fernando. Crer, confiar. *Acentos*, cit., p. 113-115; publicado ainda como "Em guisa de posfácio: crer, confiar". *O processo da crença*, p. 424-446). Cf. no mesmo local GIL, Fernando. Senso comum e convicção: uma reflexão Wittgensteiniana. *Acentos*, cit., p. 142-143.

convicções mais certas não são suscetíveis de demonstração".[57] Há um fundo perdido, por assim dizer, em que a prova desdobrada em certeza descola-se de uma convicção que nem sempre requer a prova.

Sobre a *convicção*, propriamente, nunca se dirá o suficiente acerca dos diversos níveis que se imbricam. Como atenta Martins, o trajeto linear seria salvacionista se sobreposições e contaminações não representassem a dimensão de *circularidade* entre *crença*, *dúvida*, *assentimento*, *confiança*, *aceitação* e *justificação*, todos eles capazes de ser "palco de insinuações de toda ordem" por parte das mais diversas "expressões dos regimes epistêmicos da evidência".[58] Sua operatividade, em especial em sede de *convencimento*, necessita ser perquirida. Constranger a *evidência*, neste patamar retrato de pulsões inquisitoriais, além de se deparar com seu caráter instável e complexo, é antes indagar por onde passam as zonas de contágio nas quais a promiscuidade da dimensão da *crença*, sempre subsistente, dá-se convivendo com os registros alucinatórios da *evidência*. A vocação expansiva dos agentes objetos do *convencimento*, diga-se claramente, o ativismo judicial em matéria probatória, é suscetível de produzir uma colonização do processo pela *decisão antecipada*. Assim, *quando*[59] entrar em cena o destinatário da *prova*, ou seja o juiz, acaba por aparecer como aspecto central a ser questionado.[60]

---

57. GIL, Fernando. *A convicção*, cit., p. 192.

58. MARTINS, Rui Cunha. Op. cit., p. 21-22.

59. "A única esperança, diante de tal quadro, é o juiz desconfiar, sempre e sempre, das suas próprias aparências/imagens e, de consequência, das decisões, colocando-as à prova até quando não mais for possível, em face do rito e o momento determinado para a sentença porque, teoricamente, nela, poderia encerrar sua atividade judicante no caso concreto." (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *O novo processo penal à luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de, e CARVALHO, Lui Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13; ainda publicado antes na *Revista de Informação Legislativa (Reforma do Código de Processo Penal)*. SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). *Revista de Informação Legislativa*. edição especial. ano 46. n. 183. Brasília: jul.-set. 2009. p. 112.

60. O que está, sobretudo, em causa, segundo Martins, no tocante a um sistema de constrangimentos impostos à evidência é "o momento a partir do qual o assentimento do juiz pode substituir a tramitação do processo, sendo que o receio do direito garantístico é o de que, por norma, esse momento surja cedo demais. Ou seja: situa-se o problema ao nível da respectiva temporalidade, numa clara tentativa de, perante a inevitabilidade desse momento de assentimento, o retardar ao máximo, assim minorando a activação de um mecanismo colocado sob suspeita, digamos assim" (GIL, Fernando. Modos da verdade (Entrevista conduzida por Rui Cunha Martins), p. 26).

2. A *PRÉ OCUPAÇÃO* DE INOCÊNCIA E A CARGA DA PROVA – REGRAS DE CLAUSURA E DE CRUZAMENTO

A *teoria das presunções* e do *onus probandi* intervém em qualquer *controvérsia*.[61] Com o processo penal, visto ao menos genericamente como argumentação racional contraditória inspirado pelos procedimentos retóricos da *prova*, não seria diferente. Ainda sob alguma inspiração retórica, poder-se-ia dizer que a *prova judicial*, segundo Henri Lévy-Bruhl[62] trazido ao texto por Gil, é um "mecanismo destinado a estabelecer uma convicção sobre um ponto incerto".[63] Se, de modo mais simples, a prova é a atividade necessária para se verificar se um sujeito cometeu um delito, até que ela se produza mediante um juízo regular, ninguém poderá ser considerado culpado.[64] Assim o *princípio da jurisdicionalidade* postula a *presunção de inocência*. Como assevera Luigi Lucchini,[65] para além de ser presunção "até que se prove o contrário", trata-se de um corolário lógico racional do próprio processo e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão pelo procedimento. Em que pese o princípio da *presunção de inocência* ter sido afirmado a todos, como se vê em Carmignani,[66] sob

61. Controvérsias entendidas, na sua constância, como um índice de instabilidade do próprio conhecimento. Cf. GIL, Fernando. *Mimésis e negação*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1984. p. 484 e ss.

62. Cf. também, sobre o método da jurística, LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 99-118.

63. GIL, Fernando. *Provas*, cit., p. 36.

64. Naturalmente que isto não pode ser visto senão desde as três tradições que contribuíram para o pensamento científico da *prova*, quer dizer, um conjunto de proposições que formam um *corpus* de uma teoria da prova científica que representa um complexo de inteligibilidade "filosófica", de persuasão "retórica" e de objetividade "jurídica". Cf. GIL, Fernando. *Provas*, cit., p. 23-44. De forma resumida ainda em GIL, Fernando. Três notas sobre prova e controvérsia. *Mediações*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001. p. 55-68.

65. "Non sarebbe conforme a diritto quel sistema processuale che disconoscesse nella legge l'intento tutelare della liberta e dell'innocenza. (...) La presunzione d'innocenza è un corollario logico del fine razionalmente asseganato al processo (...) non potendosi esigere la dimostrazione della sua innocenza (...). La presunzione dell'innocenza costituisce la prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino, presunzione 'juris', como soul dirsi, cioè sino a prova contraria, sino a che non sia dimostrata la verità dell'imputazione mediante la sentenza di condanna" (LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. 2 ed. rev. e ampl. Firenzi: G. Barbèra, 1899. p. 10 e 15).

66. "La base della presunzione è ciò che ordinariamente accade: ma più spesso avvieneche egli uomini si astengano dal delinquere, anzichè commettano delitti. Quin-

reflexo de uma concepção positiva e otimista do homem, respaldado por uma valoração probabilística, independentemente da aceitação disto, atualmente é *estado* fundamental do cidadão, retrato da opção política ínsita ao Estado Democrático de Direito.

Não seria necessário se deflagrar uma disputa desta visão com o *pessimismo antropológico fascista* que inspirou o brasileiro CPP/1941 diante da assunção do modelo republicano de democracia.[67] Dispensável ainda novamente rever as odes de Alfredo Rocco[68] à reação de Manzini ao Código italiano de 1930 acerca da *presunção de inocência* (já a fizemos no momento primeiro); fragilidade que impôs, segundo o Ministro de Mussolini, tantos danos à justiça criminal - por isso o Código vigoroso de Manzini centrado na incisiva intervenção capital do magistrado e seu protagonismo combinado ao menosprezo a este princípio.[69]

---

di la legge consacra e difende a tutti i cittadini la presunzione della innocenza." Como uma petição de princípio que determina a maneira de decidir judicialmente, "quanto più atroce sia un delitto, tanto maggior forza acquista la detta presunzione dell'innocenza. Quindi, ove ad alcuno venga obbiettato un atroce misfatto, le ordinarie presunzioni o della legge, o dell'uomo perdon gran parte del loro valore, ed un numero maggiore se ne richiede" (CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del diritto criminale*. 2. ed. napolitana sull'ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854. p. 145).

67. Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 155 e ss.

68. ROCCO, Alfredo. Prefazione. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino, Torinese: Imprenta, 1952. p. IX-X.

69. Avançar por cima de alguma lógica empirista encravada na probabilidade é o que nos permite, de alguma forma, não recair nas armadilhas da racionalidade fascista de Manzini – como aconselha Vélez Mariconde (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de derecho procesal penal II*. Cordoba: Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956. p. 26-27). Manzini, em tom ameno quando discute o objeto do processo (particularmente no § I sobre *Finalidades e Interesses Processuais* do Cap. V), para ele, o processo penal terá por *finalidade* obter a declaração de certeza da realização de uma "pretensão punitiva" derivada de um delito. O seu *conteúdo* propriamente constitui esta declaração auferida mediante a intervenção do juiz. Todavia, o interesse característico determinante do processo penal é posto claramente, sem subterfúgios: "considerati pertanto lo scopo, il contenuto e il carattere suddetti, è manifesto che l'interesse fondamentale, che determina il processo penale, è quello di giungere alla punibilità del colpevole, di rendere cioè realizzabile la pretesa punitiva dello Stato contro l'imputato (...) non già l'interesse di pervenire alla proclamazione dell'innocenza (...)." Por isso, instala-se numa cisão maniqueísta entre "interesse público" e "interesse privado", como se, em matéria penal, todos os valores em jogo, principalmente os do réu, não estivessem

O substrato radical da *presunção de inocência* alude uma opção garantista

situados na dimensão dos direitos e garantias fundamentais impostas pela finalidade política e jurídica do Estado Democrático de Direito (ver BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. Trad. Amilcare Carleti. São Paulo: Pilares, 2008. p. 175-186). Propositalmente, comporta-se míope aos alertas, tais como de W. Goldschmidt: "Los derechos fundamentales, como tales, se dirigen contra el Estado, y pertenece, por consiguiente, a la sección que trata del amparo del individuo contra el Estado (...)." (GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la Justicia (Dikelogía)*. Madrid: Aguillar, 1958. p. 201). Assim, não interessa dizer que o principal valor a ser tutelado é a *liberdade* em razão do *protagonismo do réu*, como assevera Guarnieri (GUARNERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952. p. 272) ou que processo penal deva traduzir-se como componente de um *sistema de garantias do mais débil* (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías - La Ley de Más Débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trota, 1999. p. 15-35); patente é sustentar que "le norme processuali penali tutelano principalmente l'interesse sociale relativo alla repressione della delinquenza", ou seja, "un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole, a realizzare cioè la pretesa punitiva dello Stato." Daí a liberdade individual, segundo esta ordem, mesmo que tenha algum lugar (subalterno e obsoleto, é evidente), nada a põe como prevalente. Ao chegar enfim à *tutela da inocência*, nesta parada, ao tratar do que chama de *pretesa presunzione d'innocenza*, parte-se do fato de que, não ser reconhecido como culpável não equivaleria a ser declarado como inocente. Para tanto, Manzini supõe o conceito como equivocado, "goffamente paradossale e irrazionale", "strana assurdità dall'empirismo francese", já que a experiência histórica coletiva ensina, segundo ele, que a maior parte dos imputados não são inocentes. Parca sustentação que destoa da argúcia do raciocínio do autor. Incide na mesma deriva da Escola positivista como faz, por exemplo, LOMBROSO, Cesare. *O homem delinqüente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. p. 193 e ss. Em realidade, o que era apenas a causa da prisionalização, ou seja, produto dos processos de criminalização, o positivismo criminológico enxergava sua filogenia criminal, nutrida por características estéticas (feias) assinaladas como a causa do delito. Estreito paralelismo e congruência com o pensamento de Manzini que não via razão na presunção de inocência, não a admitia com valor algum, porque sua lógica partia do final do filtro processual onde apenas vislumbrava condenados em maioria. Apenas se presume inocente, para o autor italiano, aquele contra o qual nada se prova, o que significa não dever se presumir inocente o imputado no curso da instrução e até o julgamento. Este é o sentido que encontra ao interpretar fielmente o apogeu inquisitorial de estilo: a *Ordonnance Criminelle* francesa de 1670. Ali está consignado no art. 28, V: "Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus" [todos se presumem bons enquanto não se prove que são maus]. A degeneração, segundo um autor que a vê como um "estranho princípio", "sonho" ou uma "ficção", naturalmente, apenas poderia ter começado com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* e seu n. IX. Para lastrear processualmente um regime amplamente autoritário é fundamental tornar supérflua esta presunção. Encontrava-se já nas atas do projeto preliminar o rechaço peremptório de Manzini a

de civilidade, como aponta Ferrajoli, "a favor de la tutela de la inmunidad de

---

esta premissa que iria então sufragar o Código italiano de 1930: "Va anzi tutto rilevato che il progetto, come del resto il codice vigente (del 1913), respinge in pieno la assurda presunzione d'innocenza, che da taluni si vorrebbe riconoscere a favore dell'imputato. Questa è una stravaganza derivante da quei vieti concetti, germogliati daí principî della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali. Sacro e inviolabile è senza dubbio il diritto di difesa, certo e inconcusso è il principio che l'imputato non può essere ritenuto colpevole prima della sentenza irrevocabile di condenna; ma che lo si debba reputare innocente, mentre si procede contro di lui perchè incolpato del reato, è una tale enormità, una così patente inversione del senso logico e giuridico, che non può essere ammessa nepure come modo di dire. Finchè vi è un procedimento in corso (dicevo nel mio discorso al Senato) non vi è nè un colpevole nè un innocente, ma soltando un indiziato: solo nel momento in cui interviene la sentenza si saprà se l'indiziato è colpevole o è innocente" (MANZINI, Vincenzo. Relazione ministeriale sul progetto preliminare del Codice di Procedura Penale. *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. Roma: 1929. vol. VIII, p. 22). Com estes materiais ainda lidamos hoje em dia. "Concede" o argumento inclusive o direito de defesa e seu contraditório, pois não abrirá mão de que a *gestão da prova* recaia, de alguma forma, sob os auspícios do magistrado e tenha como companheira fiel a ignorância à *presunção de inocência*. Vendo-se apenas, sob esta construção, um "indiciado culpável" a obscurecer qualquer limite à intervenção do Estado onipotente, de fato, não se justifica qualquer presunção – como se tal não escondesse, por detrás de um procedimento todo respaldado por um regime totalitário, o alijamento da liberdade como regra e a persecução e condenação a todo custo como *pré-ocupação* do *campo*. Então, a "vera condizione dell'imputato" surge deste novo distanciamento entre alguém não ser considerado culpável e dele se presumir a inocência: até a condenação definitiva, ninguém será considerado culpável, implicando, segunda esta razão estrita, que não estar certo da culpabilidade de uma pessoa indiciada significa necessariamente duvidar de sua inocência. Apesar, como dito, de uma falaciosa e cínica defesa da liberdade individual resguardada constitucionalmente, afirmando: "nello Stato fascista il riconoscimento e la tutela della libertà individuale sono condizioni per il progresso della società (...). La legislazione fascista svolge secondo questi concetti fondamentali il principio dichiarato nell'art. 26 dello Statuto, per cui la liberta individuale è garantita [Neste ponto Manzini, como se pode ver na terceira edição de 1949 da obra traduzida para o espanhol, substitui a expressão *Stato fascista* por "Estado moderno" e *legislazione fascista* por "legislación italiana" – ver *Tratado de derecho procesal penal*. t. I, p. 257]", não deixa de assinalar que "ma lo Stato fascista, a differenza dello Stato democratico-liberale, non considera la libertà individuale come un diritto preminente, bensì come una concessione dello Stato accordata nell'interesse della collettività [passagem flagorosamente suprimida nas edições futuras da obra]". Para arrematar, novamente sob um suposto "conflito de interesses", apesar do mero "reconhecimento" do interesse relativo à liberdade individual, o elemento específico e essencial que caracteriza o processo penal "rimane sempre l'interesse repressivo" (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di*

los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable".[70] Decisão política de princípio fundamental.[71] Razão tão bem explicada por Carrara - em prol do maior interesse que todos os inocentes sejam protegidos -, pela contraposição entre o "mal certo e positivo" da condenação de um inocente em oposição ao "mero perigo" (de delitos futuros) representado pela absolvição de um culpável.[72] Máxima a ser trabalhada de forma ideal, mas que denota a radical inclinação de qualquer sistema processual. Na medida em que a falta é

---

diritto processuale penale italiano: secondo il nuovo Codice. Prefácio: Alfredo Rocco. Torino: Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1931. vol. 1, p. 175-184).

70. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trota, 1995. p. 549.

71. Ao ponto de Vélez Mariconde abandonar a expressão "presunção" para ficar apenas com *princípio de inocência* para aludir precisamente ao *estado jurídico do imputado*: "(...) reafirmar un principio de eterna justicia, que está en la base del ordenamiento jurídico-penal y tiene primordial transcendencia, abandonemos la fórmula tradicional que alude a una 'presunción' de inocência. Llamémoslo, simplemente, principio de inocência" (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de derecho procesal penal II*. Cordoba: Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956. p. 27).

72. Alude o autor, com maestria, contra aqueles que denunciam em seus discursos - tão presentes nos contextos atuais de hiperpunição o qual destacamos - o suposto "escândalo político" por cada absolvição que deixa impune um delito: "Scrisse Pastoret – vi sono nel giure penali degli assiomi così apodittici quanto possono esserlo quelli delle matematiche: e come tale; e come il più positivo fra questi; bisogna riconoscer quello che proclama – Salius esse impunitum facinus relinqui, quam innocentem damnare. Nessuno oserebbe oggidì a fronte scoperta impugnare questa verità. Ma però le tradizioni dell'antica barbarie fanno ripetere talvolta anche oggidì quella bestemmia, che una sentenza assolutoria sia uno scandalo politico. Scandalo vero serebbe vedere i tribunali condannar sempre; e dei giudici a cui sembrasse commetere un peccato assolvendo; e che tremassero come per febbre, e sospirassero come per infortunio, nel firmare le assoluzioni; senza tremare nè sospirare nel firmar le condanne. Scandalo vero: perchè con ciò assumerebbe profonda radice nel popolo la funesta idea che il giudici criminali siedano per condannare, e non per amministrare imparziale giustizia. Ciò ucciderebbe ogni fiducia nella giustizia umana, facendo ravvisare come ragione della condanna non l'esser convinto colpevole, ma l'essere accusato. Le sentenze assolutorie sono la riprova del conto. Esse onorano la magistratura, e rafforzano la fede nelle sentenze condennatorie (...). La sentenze assolutorie assodano nei cittadini l'opinione della propria sicurezza" (CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Lucca: Tip. Canovetti, 1863. p. 373, nota 1). Tão longe parece estarmos de escutar o antigo conselho do Professor sobre a honra que deveria carregar as sentenças absolutórias para toda a magistratura, condição que faz com que a figura de um "juiz absolvidor" consolide muito mais fortemente a própria *confiança* e *segurança* dos cidadãos na função jurisdicional exercida.

constitutiva, e não se alcançará a punição de todos os culpados, nem mesmo o resguardo de todos os inocentes, importará indagar, democraticamente, se é preferível termos certo número de casos de culpáveis absolvidos com nenhum risco de algum inocente condenado ou, pendente ao autoritarismo, aceitar-se-iam todos os culpados condenados, mesmo ao preço de algum inocente.

Alternativa política esta fundada na linha tênue, tanto discutida no trabalho, sobre o nexo entre *liberdade* e *segurança*, que não pouco se olvida acerca da relação recíproca entre ambas. Ou seja, esquecido é o fato de que segurança genuína apenas poderá ser conquistada com o respeito à liberdade individual. Em oposição, o que avança é o enorme investimento no cerceamento de liberdades presente nas dinâmicas securitárias sob a promessa de menos risco, que acabam por acarretar nenhum acréscimo de segurança e, como resultado certo, trilham a passos largos para regimes autoritários.[73] Distancia-se da necessária premissa de que ambos os elementos devem estar implicados, segundo muito antes já escrevia Montesquieu,[74] porque apenas alguma *segurança* poderá ser conquistada na medida em que houver *confiança* na não violação da *liberdade* de quem quer que seja. Os dois valores jamais vistos excludentemente que se pudesse afastar a convicção de que a segurança está assentada na própria liberdade política. A *presunção de inocência* acaba por ser não apenas uma garantia de *liberdade* como valor fundamental – e de que a *verdade* produzida validamente no processo penal não será hipertrofiada e sujeita a qualquer preço – mas de *segurança* e *confiança* dos cidadãos na prestação jurisdicional. O *medo* como sintoma que assola o inocente demonstra tão somente o compasso da quebra da função jurisdicional: "cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho".[75] Qualquer tipo de inversão como indicou-se atrás no tra-

73. DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûrete dans un monde dangereux*. Paris: Éditions du Seuil, 2010. p. 237.

74. "Philosophical liberty consists in the exercise o four will, or at least (if we must speak agreeably to all systems) in the opinion we have of exercising our will. Political liberty consists in security, or at least in the opinion we have of security. This security is never more dangerously attacked than in public or private accusations. It is therefore on the goodness of criminal laws that the liberty of the subject principally depends" (MONTESQUIEU. *The spirit of laws*. A compendium of the first edition – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977. p. 217; no mesmo sentido, PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul processo criminale*. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787. p. 27-28).

75. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 550.

balho demonstra o obscurecimento desta regra de tratamento, recorrente nas práticas inquisitivas.[76] Dado como pressuposto das demais garantias e elevado por Carrara[77] a postulado racional e jurídico fundamental da ciência proces-

76. Assim foi visto como funcionavam as práticas de semiprova; semiculpabilidade e semicondenação apostas na baixa Idade Média. Cf. PAGANO, Francesco Mario. Op. cit., p. 83-92; CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma/Bari: Laterza, 1981. p. 625-658 e CORDERO, Franco. *La fabbrica della peste*. Roma/Bari: Laterza, 1984. A jurisdicionalidade vinculada à presunção de inocência inclui-se paulatinamente no pensamento processual, a antever-se na própria postulação da definição da *pena*, e o fato dela apenas dever ser imposta após um processo de cognição. Como consagrado de forma clássica Pufendorf, em seu Livro VIII, Cap. III "Of power of the sovereign over the lives and fortunes of the subject in criminal cases", no ponto VII sobre "The power to punishing where lodged": "the power of punishing is a part of sovereignty, and consequently that no body can properly be faid to inflict punishment upon a man, unless he has authority over him. (...) I think it is sufficiently clear from reason, that punishment, as it is the execution of a judiciary sentence, ought to be derived from some superior, or from a person who has autority over the criminal. Neither is there any reason why we should be so nice in the explication of the world superior; for 'tis absolutely false, that every sin leaves such a blot upon a man's honour and character, that he must presently be thought no better than a beast. Neither is it good reasoning to infer, that because such a man is guilty of such a crime, therefore i have power to punish him" (PUFENDORF. *Of the law of nature and nations*. Eight books - Written in Latin by the Baron Pufendorf, Counsellor of State to his late Swedish Majesty, and to the late King of Prussia. Done into English by Basil Kennett, D. D. late President of Corpus Christi College in Oxford. The fourth edition, carefully corrected. London: Printed for Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, and T. Osborne, 1779. p. 770).

77. Ademais do referido, consigna Carrara sobre o juízo criminal: "Il giudizio penale così estrinsecamente guardato si definisce: - Una serie di atti solenni, coi quali certe persone a ciò legittimamente autorizate, osservato un certo ordine e forma determinata dalla legge, conoscono dei delitti e dei lori autori, acciò la pena si storni dagli innocenti, e si infligga ai colpevoli." A origem filosófica passa, segundo ele, "(...) la ragion di essere del giudizio penale guardato obiettivamente – pronuncia dell'uomo sullo stato di reità o di innocenza dell'altro'uomo: o si cerca la ragione di essere del giudizio penale subiettivamente guardato – forme che circoscrivono l'autorità giudiciale. Passivo del primo è il solo giudicabile: passive del secondo, insieme con lui, son tutte le persone che nel giudizio intervengono." Como condição esencial deste juízo está a razão: "La natura del giudizio criminale, che lo destina ad essere un atto di ragione; il suo principio fondamentale; il suo fini; concorrono a persuadere che devono esservi nel giudizio delle condizioni essenziali, assolute, indispensabili al medesimo in tutti il luoghi, in tutti i tempi, e sotto tutte le forme alle quali si atteggi. Condizioni che non possono mancarvi senza far degenerare il giure penale in un abuso di forza." Desta forma, os atos neles dispostos devem ser essencialmente qua-

sual, a *presunção de inocência* tem sido alvo, desde o XIX, sistematicamente do ataque do pensamento autoritário. Para chegar aos adágios fascistas de Manzini, foi antes na Escola Positivista italiana[78] que o arsenal foi montado para poder munir a autoridade e o golpe decisivo sobre ela dado pelo Código Rocco de 1930. Estratégia central da toada fascista que se transportou incólume à legislação brasileira juntamente com a centralidade e controle do magistrado sobre a prova. Ambos os corolários – desprezo pela *presunção de inocência* e *gestão da prova* sobre a égide do juiz (núcleo fundante da diferenciação sistêmi-

---

tro: "(...) la contestazione dell'acusa: la prova: la difesa: la sentenza. Queste quatro condizione; che io dico essenziali alla forma del giudizio in qualsiasi metodo; rispondono ai quattro atti essenziali che sono impreteribili in ogni ricerca che voglia istituirsi in conformità della buona logica. 1.° esporre il dubio – 2.° raccogliere gli argomenti che possono chiarire il vero – 3.° discutere gli argomenti raccolti – 4° decidere." Mas ponto fulcral dá-se quanto à prova, onde a lição é inafastável: "La prova credettesi un tempo che non fosse essenziale al giudizio, quando nei secoli barbari si pensò che la sola acusa bastasse a costringere l'accusato a purgarsi. L'idea torta che un'accusa bastasse ad obbligare il reo a purgarsene fu quella che introdusse le ordalie, gli esperimenti, i duelli giudiciarii; e per ultimo i giuramenti purgatorii del reo, e dei suoi alleati, detti conjuratores. Ma il progresso deli lumi portò alla rettificazione di cotesto assurdo concetto. (...) L'accusato non ha obbligo di purgarsi di nienti; perchè la reità, quatunque presentata dall'accusa sotto forma di teorema (...) Ma col negare ha il reo bastantemente repulso l'accusa, nè altro dovere gli corre finchè l'accusatore non prova – Reus inficiando vincit. (...) con grande benefizio all'umanità (...) proclamando come necessità la prova anche in criminale la regola actore non probante reus absolvendus: domma che a certi tempi parve una novità. Dopo ciò non lice più dubitare che la prova sia uno degli atti essenziali di cui non può fare a meno il giudizio penale. Può questo fatto della prova riesciere incompleto, e il risultato del giudizio sarà allora l'assoluzione." Natural, assim, o alerta sempre atual quanto ao lidar com a figura do réu: "è chiaro da ciò che nel linguaggio giuridico la parole reo ha un significato assai diverso da quello in cui si adopera nel linguaggio volgare. Il reo pel volgo è il colpevole. Pel giurista il reo può essere innocente. Ed è grave errore quello di chi, per una prevenzione funesta, osi confondere il senso giuridico di questa denominazione col suo volgare significato." De uma forma ou de outra tudo a fundar um inalienável direito de defesa: "(...) deve sempre ammetterse l'accusato alla propria difesa. E poichè non sempre può aver l'accusato intelligenza bastante a presentare la sua discolpa, il diritto di difesa porta alla necessità di dargli l'assistenza di un difensor legale di sua libera scelta. (...) La difesa no è un privilegio, nè una concessione voluta dall'umanità. È un vero diritto originario dell'uomo, e perciò inalienabile" (CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Lucca: Tip. Canovetti, 1863. p. 364; 370-371; 377; 379-381 e 450-451, sucessivamente).

78. Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 106-116.

ca no processo penal)[79] – podem ser dispostos como faces do mesmo centavo. Não for falta de motivações que Garofalo[80] considerava um absurdo a fórmula

79. Por todos, MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à teoria geral do direito processual penal.* MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). Rio de janeiro: Renovar, 2001.

80. Segundo este perspectiva, contrastante supostamente a uma jurisprudência que apenas tem feito a "proteger o delinquente contra a sociedade" prejudicando a "applicação das sancções estabelecidas" – nada distante das corriqueiras *demandas punitivas* dos hodiernos discursos de lei e ordem –, "a prisão preventiva deveria ordenar-se em todos os crimes a que correspondem penas as quaes pode presumir-se que o reu queira evitar pela fuga ou pelo exílio voluntario; em todas as offensas a pessoas, emquanto dure a doença; em todas as offensas, seja qual fôr o seu genero, capazes de provocarem uma provável vingança de sangue; em todas as reincidências e, em geral, em todos os delictos habituaes; emfim, em todos os casos em que a natureza do crime, a índole do reu e as condições ambientes possam fazer-nos receiar a ameaça, a intimidação e o suborno de testemunhas, o desapparecimento de vestigios criminaes ou qualquer meio de iludir a perturbar a acção do magistrado." Isto está no foco central do repúdio aos "myopes progressistas" que defendiam o sistema acusatório, pois no sistema de julgamento da escola positiva (e de todo modelo inquisitivo tendencialmente) qualquer *diferimento* posto pelo rito aos sinais claros eivados na imediaticidade é proibido, ou seja, não há qualquer suspensão de sentido que tenha lugar diante da *verdade apodítica* emanada da *evidência.* Dispensável qualquer prova frente à *adequação* e à *justeza* mostrada: "antes de tudo, nenhuma necessidade de uma discussão sobre o facto quando o reu tenha sido surprehendido em flagrante ou plenamente o haja confessado e não exista motivo para duvidar de tal confissão." Nulo e sem qualquer sentido torna-se a existência de algum contraponto defensivo: "nem a presença de um defensor deveria ser exigida pela lei sob pena de nullidade." A roda está gasta sob este exame em virtude de "freios demasiadamente usados" que garantem a liberdade do indivíduo e impedem o curso da condenação. Quando deve dar a demonstrar como a engrenagem opera em momento singular, as premissas da intolerância ao "degenerado moral" são postas claramente. É o caso da prisão automática do réu, após ter sido ele condenado ainda de maneira não definitiva, e sua posterior absolvição em segundo julgamento. À hipótese concreta de como se lidar com a presunção de inocência, poderá resolvê-la com a simples indenização. Dirá: "é uma d'estas infelicidades que pode succeder ainda ao mais honesto. Mas o homem de bem, o que acima de tudo desejo em tal caso é a rehabilitação da propria honra; e, por outro lado, alguns mezes de prisão não constituem um mal intoleravel, principalmente se existe o direito de indemnisação. Depois, a causa do erro deve quase sempre atribuir-se em parte á imprudência do imputado, á sua leviandade, á sua conducta excêntrica ou estranha, á má companhia em que se achava, e apenas em rarissimos casos e uma verdadeira circumstancia impossivel de prevêr-se. E é justo que a indemnisação seja tanto menor quanto mais rasoaveis eram as suspeitas que a conducta do imputado faz nascer e que induziriam em erro o primeiro juiz.". O que

da presunção de inocência, exigindo, para delitos graves, como obrigatória e generalizada, a prisão provisória. A seu turno, o expoente mais denso da Escola, Ferri,[81] dedica-se, dentro de seus modelos de justiça sumária muito além das provas de culpabilidade, a reduzi-la a mero aforismo ilógico. Os dois, em paralelismo notável, procuraram atacar a medula que erige não apenas um sistema acusatório, mas a mediação de um processo em geral.[82]

Na disputa sobre o verossímil, na contraposição das hipóteses trazidas, é sobre a *dúvida* que se fala e, consequentemente, sobre a solução a ser escolhida ao final. Vê-se ainda mais claramente com a implicação da *carga da prova*. A *presunção de inocência* funciona desde o mesmo operador que proíbe a gerência da prova pelo magistrado. Funciona como um *estabilizador de expectativas* que, na mesma medida que vedará o juiz de realizar qualquer diligência em

---

não impede de arrematar o testemunho desta lógica com a afirmação da prejudicial "*anomalia da funesta maxima pro reo*" derivada de um grave mal do "humorismo applicado às leis [que] não faz rir senão os malfeitores e faz chorar os honestos!" (GAROFALO, R. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Seguido de um appendice sobre Os termos do problema penal por L. Careli. Versão Portugueza com um prefacio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893. p. 384; 394-395; 408; 410; 412-413 e 416).

81. Para tanto, constrói um argumento mais elaborado para este "aforismo jurídico ilógico". Inteligentemente reconhece a presunção de inocência ao início inclusive concedendo-la uma "*base positiva incontestável*": "*a presunção de inocência, e com ela a regra mais geral* in dubio pro reo *tem seguramente um fundo de verdade e até é obrigatória*" para então restringi-la "*quando se trata*[r] *do período preparatório do juízo*". Aceitando que apenas uma escassa minoria não se trata de "*gente honrada*" e são delinquentes, mesmo assim a confluência à *adesão* pronta aos mecanismos da *evidência* vez mais podem ser localizados: "*mas quando se trata de um flagrante delito ou de uma confissão do processado, confirmada por outros dados, esta presunção, que lhe é favorável, não me parece ter a mesma força lógica ou jurídica.*" A presunção de inocência, neste viés, apenas existirá num plano abstrato, pois qualquer movimento persecutório para além da investigação negá-la-á ou, ao menos, sempre a porá em dúvida. Ela será eliminada "*em todos os casos e em todos os períodos do juízo em que está em contradição com a mesma realidade das coisas*" – e já que isto para ele representa enxergar no processo penal como mecanismo maximizador da utilidade social na eliminação do *criminoso nato*, assim "*se suprimirá todo o fundamento e as demais disposições processuais que nelas se inspiram e que são verdadeiramente contrárias às razões mais claras de justiça e de utilidade social.*" (FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006. p. 241-242).

82. O modelo jurídico nada mais estabelece que *a arte de disputar o verossímil*. Cf. GIL, Fernando. Do direito à teodiceia: Leibniz e o ónus da prova nas controvérsias". *Mediações*, cit., p. 74.

caso de *dúvida* sobre a matéria de juízo, torna-se um instrumento pronto para atuar se, ao final do processo, remanescer a falta de comprovação legítima da tese acusatória. A seu modo, a *presunção de inocência* não aventa apenas uma "norma de tratamento" - daí se extrai como regra processual (como correlato lógico atinente ao fato de que o processado é inocente) a *carga da prova* atribuída à acusação.[83] Contudo, não há nenhum *ônus* a ser suportado pelo réu para afirmar sua inocência. Poderá sim, estrategicamente, ter *interesse* de se desincumbir de algum elemento de prova, quer dizer, *provar a dúvida* com relação à prova produzida, jamais *encargo* ou *ônus*.

Nada adequado falar-se em *ônus probatório* em sede de processo penal, porque não se trata rigorosamente de "divisão" e sim de "atribuição" da *carga da prova* ao acusador, diferentemente do que se passa no processo civil.[84] Uma visão complexa que leve em conta a *situação jurídica* do processo penal como fez Goldschmidt,[85] autoriza a pontuar a existência de *chances* que permitem

83. Sobre esta relação genética *presunções* e *carga da prova*, cf. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956. p. 179-218.

84. Numa visão tradicional, no processo civil, ver Idem, p. 83-109.

85. Desde uma concepção dinâmica e complexa do processo como *situação jurídica* (ao menos a partir do clássico que veio a público em 1925 – *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens* de James Goldschmidt) que diz com o "*estado de una persona con respecto a su derecho bajo el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las leyes*" (GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. *Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 47 e, igualmente, em GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936. p. 55) – por certo, tal abordagem permite, em nossa leitura, bem vislumbrar a posição da defesa quanto à *carga* que se (im)põe no processo penal à acusação. Sobre o acusador, para prevenir uma desvantagem processual, em último caso uma sentença desfavorável, incumbe-lhe a carga processual. Qualquer "carga" (apenas se quiser, em *sentido material*) que se pudesse atribuir à defesa nada tem a ver com a divisão da carga probatória com a acusação, no sentido em que não se pode confundi-la com o próprio *interesse* (*não dever*) que pode ter o réu de, por exemplo, responder ao interrogatório e não permanecer calado como lhe é de direito. Goldschmidt a denomina *carga de defesa menos perfeita*, dependente de algum prejuízo advindo delas do arbítrio judicial, assemelhando-se, segundo ele, à *carga material da prova*, ou seja, atinente ao *interesse* da parte em que se comprove determinado fato. Completamente distinta é a ideia de carga formal da prova que dispensa o juiz de informar-se de ofício e de praticar diligências necessárias a fim de averiguar a verdade. Necessidade esta de aportação de provas imposta às partes pelo princípio dispositivo. "Por consiguiente, los señalamientos de pena imponen una carga de defensa." A carga da defesa será,

possibilidades de que sejam obtidas futuras *vantagens* processuais para a defesa no momento da decisão. Não se trata de nenhum *dever*, podendo ou não "assumir riscos" no exercício de seu direito subjetivo de provar (melhor dizendo, exercer ou não sua *chance*) em vista de uma sentença favorável.[86] Determinan-

---

assim, dedutível do poder punitivo junto ao processo penal, quer dizer, da carga ou *interesse* neste sentido do acusado de não se deixar convencer o julgador do fato punível a si atribuído. Nada a ver com a *carga formal necessária* regulada pela relação entre as partes e o juiz, mas atinente ao liame mútuo das partes (GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. *Conferencias dadas en la Universidad*... cit., p. 52-53).

86. Para se alçar a teoria do processo não mais como uma relação jurídica abstrata, ao menos desde Goldschmidt, há que se ver a dupla natureza das normas jurídicas: como imperativos aos cidadãos e como *medidas para o julgamento juiz* (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría*... cit., p. 43). Neste último viés, de cariz dinâmico, é que se devem assentar as adequadas categorias para se compreender os nexos processuais. Todas as interconexões processuais devem se constituir numa relação com a sentença judicial esperada, ou seja, tem como lastro a *expectativa* da conduta do juiz quanto à decisão final. Daí a vigência do direito para o autor estar fundada na força psíquica da expectativa das promessas ou ameaças de uma sentença de certo conteúdo. "Los lazos jurídicos de los individuos que se constituyen correspondientemente, son expectativas de una sentencia favorable o perspectivas de una sentencia desfavorable" (GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. *Conferencias dadas en la Universidad*... cit., p. 46 e GOLDSCHMIDT, James. *Teoría*... cit., p. 50-51). A parte que poderá se encontrar na ocasião de obter uma vantagem processual pela realização de um ato, possui então uma *possibilidade processual* e aquela que tem que executar um ato para prevenir um prejuízo processual, e em definitivo um sentença desfavorável, incumbe-lhe uma *carga* processual. Claramente vê-se o *fluxo* retomado como operador necessário para a análise complexa da fenomenologia do processo, mormente o penal: não mais meramente *direitos* no sentido clássico, mas *expectativas* e *possibilidades* frente a uma decisão (des)favorável. Enfim: "La expectativa de una ventaja procesal, y, en último término, de una sentencia favorable, la dispensa de una carga procesal y la posibilidad de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal, constituyen los derechos en el sentido procesal de la palabra. En realidad, no se trata de derechos propiamente dichos, sino de situaciones que podrían denominarse con la palabra francesa: chances. Las tres clases de derechos procesales que se han establecido corresponden a las tres especies de derechos materiales que suelen distinguirse. Las expectativas de una ventaja procesal pueden compararse con los derechos relativos, porque hay por parte del juez vinculación de satisfacerlas; las dispensas de cargas procesales se parecen a los derechos absolutos en que ponen a salvo la libertad de la parte interesada contra cualquier perjuicio; por último, las posibilidades de actuar con éxito en el proceso se corresponden totalmente con los derechos potestativos o constitutivos. Por otro lado, la necesidad de una actuación para prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, repre-

te é o poder do imputado de carear elementos suficientemente idôneos para sustentar a dúvida no pensamento do julgador, o que nada interfere na inteira *carga da prova* a ser suportada pela acusação.[87] Não havendo qualquer carga

---

senta una carga procesal. Esta última categoría del enfoque procesal corresponde al concepto material del deber o de la obligación" (idem, p. 52-53 e, análogamente, em GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. *Conferencias dadas en la Universidad...* cit., p. 47).

87. Diretamente na lição do professor alemão, importa ainda frisar, com auxilio de ALCALÁ-ZAMORA y Castillo (Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. t. II (n. 12-30). p. 53-80), que as situações processuais se formam desde os *atos processuais*. Neles há que se distinguir os *atos das partes* e *atos judiciais*. Os primeiros podem ainda se dividir em *atos de obtenção* (*Erwirkungshandlungen*) e *atos de causação* (*Bewirkungshandlungen*). Mesmo que estes últimos tenham a ver com os fatores de "atendibilidade" daqueles (valoração de validade e eficácia – são exemplos os convênios processuais, declarações unilaterais ou participações de vontade, confissão judicial, apresentação de documentos etc.; cf. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría...* cit., p. 148-152), os *atos de obtenção* são o centro do processo, por isso atribuídos às partes em sentido estrito, dispostos a trazer um fato à *evidência*, como é o caso das *aportações de prova*: "encaminan a impetrar una resolución de un contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez" (GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. *Conferencias dadas en la Universidad de Madrid...* cit., p. 48 e GOLDSCHMIDT, James. *Teoría...* cit., p. 102). Independente de se tratar de uma *proposição de prova*, em que a parte se oferece para provar um fato concreto mediante determinado meio de prova, ou de uma *produção de prova* em que se faz eficaz diretamente este meio de prova comunicando percepções sensíveis ao juiz, resulta clara a qualidade da prova como *ato das partes*: "(...) actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho" (Idem, p. 130). Nos atos judiciais, encontram-se em seu centro as *resoluções*, que se definem como "manifestaciones de voluntad, emitidas por el juez con el fin de verificar lo que se estima justo" (GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. *Conferencias dadas en la Universidad de Madrid...* cit., p. 49. Ver, ainda, GOLDSCHMIDT, James. *Teoría...* cit., p. 175-185). Ademais delas, ele admite como atos judiciais, além de outros meros atos de causação e de celebração de vista e recebimento da prova, atos judiciais de *produção de prova* ("actos que suplen o reemplazan a los actos de obtención de las partes, a saber: a) producción de prueba, en cuanto que al Juez se le permite o se impone esta actividad a consecuencia de que el medio de prueba se ha propuesto, solicitado o traído por una parte (...)". (GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. *Conferencias dadas en la Universidad de Madrid...* cit., p. 49; igualmente em GOLDSCHMIDT, James. *Teoría...* cit., p. 187) – mesmo que nos limites daquilo que fora trazido pelas partes, intervalo que identificamos como problemático em sede da expansividade inquisitiva. Ao nosso entender, completamente condizente ao princípio acusatório está a centralidade dos *atos de obtenção de prova nas partes* - pois tem valor, segundo o autor assinala per-

para a defesa, o problema apenas poderá pôr-se na dimensão da perda de uma *chance* em virtude de um *risco* de não obter o sucesso na decisão final.

Em matéria probatória, além das elementares garantias do *contraditório*, sem o qual não há sequer prova, e da *motivação*, medida mínima de controle sobre a livre convicção do magistrado, é que vem à tona a *carga da prova*.[88]

---

feitamente, não apenas o "*nemo iudex sine actore*" e "*ne iudex eat ultra petita partium*", mas também a proibição em absoluto de se praticar diligências de prova para além das propostas pelas partes - que faz incumbi-las não somente da *proposição* mas da *produção* da prova. O que não impediu Goldschmidt de tolerar, em algum momento, a "cooperação" do juiz no encalço da prova. Admite-a, mesmo negando que o faça em favor de "adquirir el convencimiento de la verdad", finalidade última, irá dizer, do processo penal (GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. *Conferencias dadas en la Universidad de Madrid*... cit., p. 64 e 68).

88. As garantias processuais em sede probatória estão depositadas na administração da *verificação/refutação* fáticas. Aqui, segundo Ferrajoli, trabalhando-se com a lógica *indutiva*, nunca estaremos diante de alguma verdade da conclusão, mas tão só uma *probabilidade* disto (*força indutiva das provas*), pois não é possível "demonstrar" o rigor causal, mas sim sustentá-lo como plausível. Nesta atividade intelectual e, sobretudo, normativamente disciplinada, a conclusão "provada" pelo processo penal tem um valor de hipótese *explicativa de natureza probabilística*, que conecta a ação imputada à culpabilidade de um sujeito e ao conjunto de fatos descritos em premissas (pista já sinalizada por PAGANO, Mario. *Principi*... cit., p. 59-71). Qualquer forma de regime quanto às formas de controle na investigação indutiva não poderá dispensar o aumento de plausibilidade e do grau de probabilidade de acordo com método (nada mecânico, profundamente inventivo e confiado à imaginação) de *confirmação* e *refutação*. A estrutura lógica da prova dá-se nesta parelha: *confirmação/refutação*. Não se trata, na indução judicial, segundo Ferrajoli, de demonstrar a verdade de uma hipótese acusatória, e sim *confirmá-la* ou *invalidá-la*. Por esta razão, deve-se falar, não em *provas suficientes* para a condenação, mas de *provas necessárias*. Há uma transposição cênica no processo acusatório de uma certa investigação científica que justificará a indução fática presente no processo desde três condições: a *carga da acusação* de produzir as provas a confirmar sua hipótese; o *direito de defesa* de invalidar tal premissa e a faculdade do juiz de aceitar como convincente a hipótese acusatória se concordar com todas as provas e resistir a todas as contraprovas recolhidas. Resumidamente, como garantias da estrita jurisdicionalidade no processo penal, teremos a *necessidade da prova*, a *possibilidade de refutação* e a *convicção justificada*. Só a partir disto é que o processo penal poderá se montar como contenda entre hipóteses em concorrência que ao juiz cabe dirimir: a carga da prova recaída sobre a acusação, aliada à contraprova das hipóteses trazidas ou mesmo contra-hipóteses compatíveis com os dados disponíveis capazes de administrar explicações alternativas, fazem com que o magistrado somente possa justificar a condenação adequadamente se: "sólo si, además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no contradichas por ninguna con-

Seu caráter epistemológico, para além do jurídico, reflete, não uma lógica de valoração das provas, mas de redução do poder de verificação e denotação fática do juiz, condizente com a segurança da máxima de que nenhum culpável será punido. Como critério de justificação da convicção, ou seja, legitimador da verificação indutiva no processo, a *carga da prova* tem posto privilegiado dentro das garantias epistemológicas de *verificação* e *refutação* fáticas patentes. Para que indefectivelmente o puro poder não se sobreponha ao saber é que há a *necessidade da prova* concretar-se com a *carga jurídica da acusação* e não ser dissolvida em nenhum critério vazio de íntima convicção.[89]

Sobre a *livre convicção*, cabe antes asseverar que a superação moderna das provas legais e a sua consagração foram posto avançado de extensa tradição antes mesmo da ilustração do processo penal do século XVIII.[90] Conservada na *law of evidence* enquanto nublada pela inquisição na Europa,[91] ela é recuperada pela cultura ilustrada imersa na lógica indutiva probatória e pela concepção clássica de processo como *disputatio* (resultado de confirmações e refutações). Tal via, ligada à retórica,[92] incorpora-se aos valores democráticos e liberais. Pressupostos humanistas estes que acabarão por alimentar a estrutura acusatória do processo penal clássico, em especial a imparcialidade e o caráter alheio do juiz a respeito da contenda.[93]

---

traprueba, también está en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contrahipótesis planteadas y planteables." A acusação com as suas hipóteses e provas e a defesa com o direito de contradizê-las, o juiz cujos hábitos não tenham distado da imparcialidade e da dúvida, neste esquema, apenas poderá aceitar como verdadeira a tese acusatória se elas forem confirmadas pelas provas capazes de sustentar a pretensão, não ser desmentida por nenhuma contraprova e prevalentes sobre todas as demais em conflito com ela. Quando não resultem refutadas nem a hipótese acusatória nem aquela em conflito com ela é que entrará em cena a conformidade do princípio *in dubio pro reo* como norma de fechamento – basta as contra-hipóteses não terem sido desmentidas para aceitá-las como verdadeiras de acordo com esta regra de jurisdicionalidade (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 151-152).

89. Idem, p. 147-155.

90. A extensão quase infindável desta trajetória por ser percebida em idem, p. 136-141.

91. DAMAŠKA, Mirjan R. *Evicence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. p. 07-25.

92. Além de um vasto apanhado da tradição em matéria de prova, cf., em particular, sobre a concepção da prova como *argumentum* ligada ao processo ático: GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giufrrè, 1971. p. 136.

93. Para vez mais lembrar o caráter central que permanecerá como rasgo constante da experiência processual inglesa de triste desprestígio atualmente no contexto euro-

A *livre convicção* já aparece neste panorama como "argumentada" (*iuxta alligata et probata*) nunca tendo entrado em conflito com a necessidade de provar.[94] Desenvolvendo-se o caráter meramente "provável" da verdade empírica, ganha espaço a aceitação da verdade judicial, por exemplo em Pagano e Carmignani, como algo nunca absoluto ou objetivo.[95] Neste sentido, o princípio da *livre convicção* do juiz adentra como um rechaço ao sistema de *provas legais* e torna-se intimamente ligado à *presunção de inocência* e à *carga da acusação* – ambas a solidificarem a *dúvida* como hábito profissional do juiz. Longe de ser um trivial critério discricionário da valoração, substitutivo às provas legais, indica mais profundamente as condições epistemológicas da prova (*teoria das provas legais negativas*). Resultou que, depois da Revolução Francesa não cessou de ser transformada numa fórmula tosca, idônea a legitimar o arbítrio judicial.[96] Aquilo que deveria ser um freio às provas legais como condições suficientes para a condenação, converteu-se na própria negação da prova como condição necessária da "livre" convicção. De garantia indispensável a pensar a *carga da prova*, passou de forma leviana a entrar em contradição com ela.[97]

---

peu – como se verá adiante –, servimo-nos de Bacon: "The parts of judge in hearing are four: to direct the evidence; to moderate length, repetition, or impertinency of speech; to recapitulate, select, and collate the material points of that which hath been said; and to give the rule or sentence" (BACON, Francis. *The works of Francis Bacon*. Collected and Edited by James Spedding; Robert Leslie Ellis; Douglas Denon Heath. vol. XII. Boston: Brown and Taggard, 1860. p. 267-268).

94. "Il quesito ha le sue radici nella applicabilità dell'uno o dell'altro (o di entrambi) fra i due principi iudex debet iudicare secundum allegata et probate e iudex debet iudicare secundum conscientiam" (DOSI, Ettore. *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957. p. 3).

95. PAGANO, Mario. *Principi*... cit., p. 59 e ss. e CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del diritto criminale*. 2. ed. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854. p. 140-142.

96. Quando não aparece mais o legalismo das provas, escreve Cordero, sob o exemplo emblemático da legislação italiana, crítica mesma cabível a toda tradição continental: "Il legalismo della prova non riappare più. 'Libero convincimento', ed è chiarissimo cosa significhi: le prove contano nella misura in cui i giudici le ritengano attendibili; e comunque concludano, devono addure ragioni. Ma la prassi torna alla pura gnoseologìa inquisitoria (allora temperata dal formalismo legalistico), sviluppando una macchina onnivora: viene utile ogni dato, comunque conosciuto; il metabolismo decisorio scinde e assimila tutto, dalle prove vietate alle non-prove (ad esempio, denunce, rapporti della polizia, scritti anonimi, l'esperimento eseguito privatamente in camera di consiglio)." Em suma, "(...) e 'libero convincimento' diventa la formula d'una gnosi onnivora in perfetto stile inquisitorio" (CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 567 e 602-603).

97. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 139 e 147.

Esquematicamente, a *livre convicção*, fiel à clássica *ars disputandi*, e depois ao *law of evidence*, com a montagem do procedimento inquisitório (dito misto) em 1808, é sepultada em favor da *intime conviction*.[98] Aquela anomalia bifronte também teve a enorme capacidade de funcionar como diluidora da *carga da prova* diante de uma fórmula vazia de "íntima" convicção. Com isto se pretendia encerrar ou deixar encoberto o problema das *condições probatórias* que justificariam a convicção ("prova adequada" ou convincente a sustentar a decisão judicial), vez mais denunciando a pouca importância epistemológica que acaba por ter a prova para a matriz inquisitiva, senão como epicentro da função produtiva do magistrado.[99]

De alguma forma, é desde esta formatação que, epistemologicamente, o critério da *livre convicção* tenta "conciliar", por assim dizer, os dois fundamentos dos mecanismos da prova: a *argumentação* e o *testemunho*. A tensão entre os dois níveis - a saber, o primeiro de *correspondência passiva* a retratar o empírico e o outro de *construção racional* ativa e conceitual - é que se encontra neste terreno de constantes aporias.[100] A expressão "livre convencimento", desta forma, não poderá funcionar para justificar disfarces para a infração das regras estabelecidas.[101] Nunca deixará de ser plenamente motivado, tendo o juiz o dever de justificar e exteriorizar a sua decisão com base na prova dos autos. Trata-se de realizar uma declaração na qual se pode crer e, sobremaneira, o livre convencimento, para não se converter numa chave falsa nas mãos de um juiz que se considera onisciente,[102] impõe a força do rito no lastro das partes.

Isto bem apontado, a *carga acusatória da prova* apenas fará algum sentido propriamente num processo acusatório como garantia de sua *verdade processualmente válida*.[103] A verdade desejada pelo processo inquisitivo, única e substancial, não admite a legitimidade de pontos contrastantes arbitrado por um juiz imparcial. A eminência substancialista vista na inflada verdade destes sistemas remete ao poder investigatório do juiz inquisidor e seu protagonismo.

---

98. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. 3 reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. t. I, p. 870-876; ademais, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 17-40.

99. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 140.

100. GIL, Fernando. *Provas*, cit., p. 36-37.

101. CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*. 4. ed. Torino: Utet Giuridica, 2009. p. 299.

102. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 602.

103. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 194.

O "carácter monista y monologante de la actividad procesal"[104] necessita, pois, da prova, arrancada, sem mais, ao próprio acusado. Na condição de o primeiro movimento incumbir à acusação, posto que assistido o acusado do postulado da *presunção de inocência*, natural que quem deva aportar *toda* a prova a confirmar sua hipótese seja a acusação. Precisamente, é do polo atrativo do sistema acusatório que a *carga acusatória da prova* impede sujeitos diversos da acusação de desempenhar esta função. Diversos são os estilos, como vimos, mas a primazia do *fim* (de uma verdade máxima) é que estampa o horizonte de um modo de operar inquisitivo, ao contraponto da relevância dos *meios* no processo acusatório, enquanto garantias de uma verdade mínima (mais certa possível, que não se submeta a ser posta, contudo, no exílio por algum regime de sua pura negação).[105]

Apenas assim que uma concepção epistemológica falsificacionista de uma "prova adequada" – confirmada por uma pluralidade de provas (*modus ponens*) e não desmentida por nenhuma contraprova (*modus tollens*) – pode ser compatível com uma *livre convicção*, nada entendido como um princípio autoritário a permitir o juízo condenatório independente das provas, mas como representação da garantia de submissão de qualquer meio de prova à livre valoração do juiz e da obrigação do juízo de culpabilidade atrelada à prova.

A *carga da prova* acaba por ser, sob um aspecto epistemológico mais amplo, objeto privilegiado em qualquer modelo de controvérsia, pois representa o *entrecruzamento*, segundo Gil, de três tipos de regras: *regras sintáticas*, *regras semânticas* e *regras pragmáticas*. Bem de se notar que tais regras serão, mais precisamente, os *constrangimentos aos limites* da estrutura da argumentação, formadores do estrato transcendental, segundo Gil, das controvérsias. Quando se diz de *regras sintáticas*, reporta-se aos *modos formais de oposição dos argumentos*, que regulam tanto a abertura e o desenrolar da disputa processual (a dialética dos argumentos tão bem espelhada no processo penal sob o valor do *contraditório*) quanto às *regras de fechamento* que resolvem o debate (aventada pela ideia de *presunção de inocência*). As *regras semânticas* respeitam a *validação dos argumentos*, dependente das anteriores decisões sobre a quem cabe provar e quem se beneficia de uma presunção. Intima-

104. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 610.

105. Cf. MARTINS, Rui Cunha. Op. cit., p. 87-92 e o nosso AMARAL, Augusto Jobim do. Algumas (re)descrições sobre a verdade no processo penal. *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 17, n. 202, p. 4-6. São Paulo: IBCCRIM, set. 2009.

mente estão conectadas à *pragmática* concernente, para além das "regras" processuais, à dimensão intersubjetiva da controvérsia, sobre a qual se institui um *regime de discurso intensivo* (apaixonado) que necessita ser regulado. Assim é que o vetor de *cruzamento* presente na *carga da prova* anuncia sua singularidade.[106]

Importando pouco seguir estritamente a relação estabelecida por Gil entre carga da prova e presunção (de "todo e parte", esta sendo abarcada por aquela), importa angariar o efeito deixado pela função da *carga da prova* como *regra de cruzamento* profundamente ligada à presunção. Assim, o produto ainda melhorado poderia ser obtido, não obstante, quando se observa de outro ponto mais adequado, não mais desde a *carga da prova* a englobar a *presunção de inocência*, por exemplo, em suas *regras sintáticas*, todavia desde o mirante da própria *presunção de inocência*, agora posta como *regra de clausura*, incluindo-se aí a visão da *carga da prova* como representação de sua dimensão de *norma probatória*. Assim, pode-se agregar um argumento mais rico com relação à *presunção de inocência*.

Desta forma, decidido por este registro, rigorosamente falando, poderíamos chegar ao ponto extremo, seguindo Illuminati,[107] de até mesmo dispensar falar em *carga da prova*, à força obviamente apenas da condição de valoração radical da *presunção de inocência*. É assim que o autor realiza ao prescrever a *presunção de inocência* como *norma de juízo*, ou seja, produto da proibição de alguém ser condenado senão quando completamente provada sua culpabilidade. Isto, sobretudo, faz-nos vislumbrar a radical *simetria* quanto aos valores aqui envolvidos, independentemente do viés abordado: *presunção de inocência* e *carga da prova*, intimamente vinculadas. A visão da *presunção de inocência*, sistematicamente posta como *norma de tratamento*, *norma probatória* ou *norma*

106. Dirá Gil quanto aos modelos de controvérsia em geral: "A distribuição do ónus é o objeto principal das regras processuais, no cruzamento da sintaxe, da semântica e da pragmática. São sintáticas na medida em que têm incidência sobre a ordenação dos argumentos (as jogadas). Relacionam-se com a semântica porquanto a avaliação dos argumentos pode depender de decisões sobre saber a quem cabe provar e quem se beneficia de uma presunção (as presunções favoráveis são simétricas do ónus da prova). E são ainda pragmáticas pois processo e controvérsia decorrem da circunstância de cada contentor procurar vencer o outro. A esfera transcendental em matéria processual consiste no requisito de uma instância de julgamento" (GIL, Fernando. Um modelo para as controvérsias. *Mediações*, cit., p. 38).

107. ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. 6. ed. Bologna: Zanichelli 1984. p. 110 e ss.

de juízo[108] não afasta, muito pelo contrário é aprofundada quando o que há de determinante em sua gênese deixa ultrapassar seu mero escopo jurídico: a

108. Em tese incomparável, é Maurício Zanoide de Moraes que firma tal estrutura no processo penal brasileiro, com minucioso trabalho, quase exaustivo, sobre o tema que imediatamente remetemos por sua excelência. Não que antes, por exemplo, Illuminati não tenha aberto caminho e consignado a presunção de inocência como *regra de juízo*, aproximando-a principalmente da concepção também de *norma probatória*, ao sublinhar a relevância forte da regra em relação às decisões sobre o fato incerto. Quando da sua aplicação nas conclusões das questões probatórias em que o juiz ficar na *dúvida* sobre qual reconstrução acreditar, dá por assentado o autor a sua função modelar de configuração do método probatório (idem, p. 91-93). De outra parte, pondo-se todas estas dimensões referidas sobre uma mesma norma jusfundamental, sustentando que elas devem ser articuladas a fim de interagir, não deixa o autor brasileiro de diferenciá-las metodicamente em formas autônomas. Se o significado de "norma de tratamento" relaciona-se mais diretamente com a figura do imputado, os outros dois significados ("norma de juízo" e "norma probatória") estão mais ligados à matéria probatória. Ao considerar, em especial, o *favor rei* e o *in dubio pro reo* diferenciadamente (incidentes ambos, todavia, como "norma de juízo" e aplicáveis ao nível judicial de efetivação das normas ao caso concreto), sustenta de fundamental, no primeiro, a alusão natural à ideia de *dúvida* a ser resolvida favoravelmente ao réu, enquanto, no *favor rei*, trata-se de uma escolha valorativa que não tem como causa a dúvida; a base informadora deles são os ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal. Isto faz o *favor rei* incidir tanto no campo legislativo quanto no campo judicial, deixando o *in dubio pro reo* fora da incidência no campo legislativo. "Não se pode confundir a dúvida gerada pelo desconhecimento ou pelo conhecimento parcial de algo, típica do 'in dubio pro reo', com a escolha que deve ser feita conforme a linha doutrinária, metodológica ou ideológica que o intérprete possua. O "favor rei" incide exatamente neste instante (...)" (MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 365). Em suma, o *in dubio pro reo* limita-se ao âmbito judiciário, destinado e determinado pelo caso concreto, e não projeta seus efeitos no âmbito legislativo. Propriamente, sintetizando os três aspectos (Idem, p. 424 e ss.) do *princípio da presunção de inocência*, teremos: a presunção de inocência como "norma de tratamento", compreendendo a ideia tradicional mais assimilada da garantia de todo cidadão ser tratado na persecução penal como inocente, impondo-se que os efeitos da decisão condenatória apenas sejam aplicados após o seu trânsito em julgado, diretamente perceptível no art. 5.º LVII da Constituição da República (certamente não o único significado extraível). A presunção de inocência como "norma probatória", oriunda da doutrina espanhola, expõe que sejam necessários "aspectos objetivos" relativos a uma atividade probatória atribuída ao órgão da acusação, uma atividade lícita e incriminadora. Desta forma: o primeiro aspecto diz com "*quem deve provar*" no processo penal (que o autor chama, a nosso despeito, de ônus probatório) sem esquecer, num segundo ponto, que a prova a ser produzida pelo órgão acusador trata-se de uma "*prova lícita*"; arrematando ao entender que a prova incriminadora deve ser apta a demonstrar

natureza de *regra de fechamento*,[109] quer dizer, horizonte de expectativa a ser preenchido com a *decisão política* auferida na sentença quando persistir a *dúvida* a ser convertida em *certeza jurídica*.

3. INDICANDO NOVOS MODOS DE *EVIDÊNCIA*

Ao que parece ser – somos capazes de assentar nesta altura com pouca margem de erro –, também é de encontro ao caráter expansivo e incorrigível da *convicção* sobre o qual deve se dirigir o argumento acusatório como modalidade de constrangimento, lugar cativo em que adentram a *presunção de inocência* e a *carga da prova*. Isto nos conduz a perguntar: poderá dispensar, por esta via, ou ter, nalgum ponto, a *evidência* como aliada? Isto é possível? Em que medida

---

a materialidade do crime com todas as suas circunstâncias e a sua autoria. Por fim, como "norma de juízo", a presunção de inocência não mais estaria sobre a relação de aspectos objetivos, mas imersos nas noções de suficiência, probabilidade, dúvida etc. peculiares à subjetividade. Este última dimensão (onde a presunção de inocência informa o sentido de juízo, na medida em que traz ao nível de concretização o *favor rei e o in dubio pro reo*) também difere da anterior, pois somente poderá ocorrer sobre um material probatório já produzido, no instante da formação da convicção judicial. O aspecto citado tem uma conotação, segundo o autor, subjetiva na determinação da "suficiência" da atividade probatória. Ao novo ver, para que as diferenciações, a certa altura, não se tornem nebulosas ao extremo - invertendo razoavelmente o intento de delimitar as dimensões aludidas, produzindo o efeito conhecido similar àquele do mapa tão bem detalhado que acaba por reproduzir integralmente a realidade a representar, inviabilizando sua função primeva - nossa preocupação dirige-se (muito menos sobre diferenciações que podem se tornar estéreis) no sentido de comungar suas representações, de espreitar seus nexos, azeitar suas sobreposições, sopesar suas intersecções e confluências, com o tino de uma ideia forte de corpo de conteúdo a dotá-la de uma montagem capaz de ler estas dimensões como reflexos de sua complexidade e de sua própria reflexividade inovadora. Isto pode tornar tamanha argúcia, ao nosso interesse, prejudicial nalguma medida (talvez não deva ser desprezado o fato de Illuminati tê-lo feito sob um aspecto unitário), no momento em que se sabe - "embaralhando-se" as perspectivas - o quanto a atribuição probatória, que deve ser realizada por um órgão da acusação, quando vem à tona como exercício judicial, tem a influir derradeiramente na convicção da sua decisão. Aqui tais aspectos dicotômicos ("objetivos" quanto à produção da prova/"subjetivos", quanto à avaliação do material produzido) merecem ser pulverizados exatamente para deixar evidenciado o aspecto bifronte da *gestão da prova* (neste especial, irmanação da *carga da prova* e da *presunção de inocência*).

109. Ideia surpreendida por Ferrajoli apenas quanto ao *in dubio pro reo* (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 151), mas que merece ser amplificado seu alcance para que se retire daí os merecidos frutos.

particular? A resposta parece indicar, diga-se desde logo, que, no momento em que as *presunções* são informadas por operadores como a *confiança*, a *evidência* pode ser usada em favor de *maximizar as expectativas acusatórias*. A *presunção de inocência*, como retrato ao portador (do réu) da *evidência* como aliada, tem papel central na arena do convencimento. Ela funciona, para o bem de uma lógica acusatória, como *estabilizadora de expectativas*, quando não significando, pelo próprio mecanismo da *confiança* por ela desencadeado, a realização de um *desejo de preenchimento* de um sistema acusatório.

Na medida em que a *convicção* não poderá ser abandonada pela *crença*, e sendo o nervo dela a *adesão*, o seu grau máximo de assentimento constituir-se-á em *confiança*.[110] Em apertada síntese, "a confiança é a matriz da crença em geral".[111] Aqui se pode explicar o porquê de às vezes se crer com razões insuficientes ou contra elas, ou mesmo o motivo pelo qual se tende a crer (a existência de uma certa propensão ao *investimento*), sem esperar a *avaliação* – vimos na prática da gestão temerária do juiz em sede probatória. A primazia da

110. Para Wittgenstein, certas proposições que chama de "proposições-gonzos", porque são "gramaticais" (sendo elas que, de alguma maneira, permitem os próprios jogos de linguagem), desenham uma "imagem do mundo", nem verdadeira nem falsa (não se provam, pois escapam desta dimensão), e funcionam como *background* de toda questão sobre esta condição. Desde esta leitura, a *confiança*, para Gil, acaba por ser uma crença de segunda ordem, a partir da qual poderá se instituir o "jogo da prova" (GIL, Fernando. "Crer, confiar" e "Senso comum e convicção: uma reflexão Wittgensteiniana. *Acentos*, cit., p. 113-115 e 142-143, respectivamente).

111. GIL, Fernando. Crer, confiar. *Acentos*, cit., p. 110. É na *presunção* que reside o operador da *confiança* como matriz da crença em geral. Um mecanismo responsável para estimar decisões com relevo ordenador na administração da própria *segurança*, por exemplo, contra os influxos punitivos. Havendo um momento para estimar alguma categorização sistêmica, certamente este ponto consegue-se aqui vislumbrar. Tal seria: a *confiança*, via *presunção de inocência*, como tática *restritiva*, sob esta leitura, de limitação ao poder punitivo e como *oportunidade* estratégica de conferir espaço ao regime acusatório no processo penal. Este operador da *confiança*, visto como um reforço natural da *presunção* (*de inocência* no processo penal), pode-se ajustar a um panorama de elasticidade persecutória que não para de multiplicar seus limites. Reconhecer estas possibilidades expansivas da punição pode dotar uma gama de meios capazes de neutralizar os perigos destas relações, além de internalizar um respaldo das *expectativas* democráticas (cf., na condição de algum foco pouco ortodoxo, LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Introducción de Darío Rodriguez Mansilla. Barcelona: Antropos, 1996. p. 105-112). Todavia, não esqueçamos que a *confiança*, como um operador útil de contágio da *evidência*, será virtuoso, ao nosso interesse, apenas como produto de um investimento no *desejo* democrático, adequado à premissa *acusatória*, e distante das pulsões simplificadoras das demandas punitivas.

identidade, isto posto, combinada com uma certa ideia de estabilidade, irremediavelmente invoca a base epistêmica da *presunção*. Segundo Cunha Martins, "a presunção é apanágio da evidência",[112] e o problema fulcral passa a ser a *gestão das expectativas* que nela se deposita. A *evidência*, mesmo que devendo ser comprimida num extremo, não se conserva alheia ao jogo probatório (pois é sua base) e pode implicar, com o seu operador de *confiança* aplicado na presunção, hábil mecanismo de minimização das pulsões punitivas.

Se no direito a *presunção* está a serviço da Justiça, precisamente à justeza do processo - que paradoxalmente é a mediação invocada pelo operador da *prova* -, ela deve ser acompanhada, tal como pontua brilhantemente Whateley, de uma "*pré ocupação do terreno*". Escreve:

"According to the most correct use of the term, a "Presumption" in favor of any supposition, means, not (as has been sometimes erroneously imagined) a preponderance of antecedent probability in its favor, but, such a pre occupation of the ground, as implies that it must stand good till some sufficient reason is adduced against it; in short, that the Burden of proof lies on the side of him who would dispute it."[113]

---

112. MARTINS, Rui Cunha. Op. cit., p. 10. Encontramos, neste ponto, uma ressalva a ser feita. Não podemos aderir na totalidade ao que o operador epistêmico da *presunção* pode indicar a uma vista rápida. Mesmo sendo vista a *presunção* sob uma lógica de mobilização, ela precisa ultrapassar os esquadrinhos da "lógica estatística", de uma "moral do plausível", ao menos em sede de processo penal. Do contrário, cairíamos facilmente na armadilha que acarretaria sua própria deterioração em sede de processo penal, pois, para aderir a esta premissa, bastaria o argumento aduzir, sob uma sustentação rasteira, quando não fascista, de que não haveria motivo para defender qualquer *presunção*, neste ponto, na medida em que o empirismo indicaria que a maioria dos processados acaba por ser condenado. O que, de resto, coaduna e retroalimenta uma moral punitivista ao nosso gosto nada razoável. Em se tratando de uma estética democrática, a *presunção de inocência* outorga-se, mais que um dever de tratamento, nada inconsciente, um valor radical sobre a própria escolha democrática.

113. Segue o autor: "Thus it is a well-known principle of the Law, that every man (including a prisoner brought up for the trial) is to be presumed innocent till his guilt is established. This does not, of course, mean that we are to take for granted he is innocent; for it that were the case, he would be entitled to immediate liberation: nor does it mean that it is antecedently more likely than not that he is innocent; or, that the majority of those brought to trial are so. It evidently means only that the 'burden of proof' lies with the accusers; - that he is not to be called on to prove his innocence, or to be dealt with as a criminal till he has done so; but that they are to bring their charges against him, which if he can repel, he stands acquitted. Thus again, there is a 'presumption' in favor of the right of any individuals or bodies-corporate to the property of which they are in

É a *evidência* posta diante de si mesma, à vista desarmada e a bom termo. Ou, noutras palavras, a *evidência* atuando como coadjuvante de um dispositivo, o processo penal - que, à primeira vista, sabedor da permeabilidade da *evidência*, enxerga-a como alvo a ser constrangido (pela *prova*) -, aqui é elevada ao primeiro plano da cena, exatamente para comungar esforços na contensão das *pulsões inquisitoriais* se assim quisermos. A *evidência* não só não pode ser eliminada do cenário, tal como a *verdade*, mas será hábil de ser canalizada - e o salto responsável aí estará - como uma convidada estratégica, quando não uma parceira mesma da engrenagem probatória, pronta a resguardar o *regime da prova* que se fixará também a partir dela. Diretamente dito: indissociável será um *regime de prova* alheio ao protagonismo judicial na sua coleta, ou seja, valorizador pleno do sistema acusatório, e o *assentimento* da *presunção de inocência* que poderá, inclusive, defendê-lo de eventuais incidências ou invasões da *evidência* em nível de complementação probatória a cargo do magistrado.

Elemento, sem dúvida, dotado de uma potência estabilizadora do ordenamento e organizador de expectativas que, afinal, dotá-lo-á de maior ou menor *confiança*. Com a presunção, pode-se "introduzir entorses no regime da prova",[114] na medida em que se antecipa uma espécie de *preenchimento* de expectativa, ou seja, antevê-se um modelo de acontecimento. A parelha *expectativa/preenchimento* é da arqueologia da *evidência* e da própria estrutura arcaica da compreensão.[115] Saber atuar nestes jogos é propriamente ter a noção do quanto o *regime da evidência* é componente e pode inclusive ajudar a reforçar os lastros democráticos do processo penal.

---

actual possession: this does not mean that they are or are not likely to be the rightful owners; but merely, that no man is to be disturbed in his possessions till some claim against him shall be established. He is not to be called on to prove his right; but the claimant, to disprove it; on whom consequently the 'burden of proof' lies. (...) There is a Presumption in favor of every existing institution. Many of these (we will suppose, the majority) may be susceptible of alternation for the better ; but still the 'Burden of proof' lies with him who proposes an alteration; simply, on the ground that since a change is not a good in itself, he who demands a change shew cause for it. No one is called on (though he may find it advisable) to defend an existing institution, till some argument is adduced against it: and that argument ought in fairness to prove, not merely an actual inconvenience, but the possibility of a change for the better" (WHATELY, Richard. *Elements of retoric*. 3. ed. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830. p. 98-101).

114. GIL, Fernando. Do direito à teodiceia: Leibniz e o ónus da prova nas controvérsias". *Mediações*, cit., p. 78.

115. GIL, Fernando. Expectativa e preenchimento. *Modos*... cit., p. 65.

Deve haver uma propensão dinâmica e necessária de um sistema acusatório em *constranger a evidência*, pois nela há uma vertigem antidemocrática por dispensar a prova? Sob alguma resposta mais simplória, sim. Por certo, haveria como eliminá-la? Nem se fosse possível, seria aconselhável, pois sua *permeabilidade* torna-a útil aos elementos, como a *presunção de inocência*, que darão a sustância necessária, doutro modo, à *gestão da prova* a cargo das partes, exatamente para que não recaia na sedução da imediação do contraditório. Em suma, poder-se-ia ver um "uso benéfico" da *evidência*; contorná-la sob novos usos.

Toda a *expectativa*, assim, está assentada na *constância*, na regularidade do seu sistema, condição, segundo Wittgenstein,[116] do exercício da própria linguagem. É da gramática da expectativa poder saber de algo, um esperar "objetivado", sem deixar de ser intencionado. E se ela se reporta sem intermediários à realidade, como afirma Gil na sua análise de Wittgenstein, alheia a mediações, quer dizer, naturalmente, que funciona no registro da *evidência*.[117]

Estamos acompanhados por verbos intencionais que conduzem as expectativas, mais ou menos a exigir o seu *preenchimento*: um plano a pedir sua realização ou como uma esperança aguardando ser satisfeita.[118] A *presunção de inocência*, vista deste plano, é uma hipótese firmada pelo regime democrático. Uma lei sobre a qual se firmam as demais proposições, uma intenção que antecipa de certa forma a realidade processual de maneira muito particular, quer dizer, satisfaz-se convocando um *estado* de coisas que a preencherá. É nesta *copertença* entre *expectativa* e *preenchimento* que se poderá fundar algum

116. Tudo se passa na linguagem, não existe distância: "Na linguagem, a expectativa e a satisfação tocam-se" (WITTGENSTEIN, Ludwic. Investigações filosóficas. *Tratado*... cit., p. 418). Outras secções nos ajudam a acompanhar o tema: "Gramaticalmente a expectativa é um estado; como é ter uma opinião, ter uma esperança, saber uma coisa, ser capaz de fazer uma coisa. Mas para se compreender a gramática destes estados tem que se fazer uma pergunta: Qual o critério válido para determinar que uma pessoa está num destes estados? (Estado de dureza, de peso, de ajustamento)" (Idem, p. 458-459). Mais: "Uma expectativa está inserida numa situação, da qual resulta. A expectativa de uma explosão pode, por exemplo, resultar de uma situação na qual se espera uma explosão" (idem, p. 461).

117. GIL, Fernando. "Expectativa e Preenchimento", p. 70

118. "Um plano, enquanto tal, é algo que não está ainda satisfeito (como o desejo, a expectativa etc.). O que quero dizer é o seguinte: é a expectativa ao está satisfeita, porque é a expectativa de alguma coisa; a crença, a opinião, não está satisfeita porque é a opinião de que uma coisa se passa, uma certa coisa real, uma certa coisa fora do processo de formar uma opinião" (idem, p. 415).

desejo de sistema acusatório. Se a lógica epistêmica da *evidência* nos autoriza a compreender um campo processual penal de *experiências*, somado a um *horizonte de expectativas* informado pelo sistema acusatório (o juiz espectador da prova), uma *vontade de preenchimento* pode bem ser auxiliada pelo operador da *presunção de inocência*. Na condição da *expectativa* convocar, em todas as situações processuais, o estado de inocência que a preencha, ou seja, que fixa o seu regime de *preenchimento*,[119] a *evidência* - via *presunção de inocência* - acaba por ter entrada privilegiada nos *regimes de gestão das expectativas acusatórias* de um sistema processual penal.

Em suma, do operador epistêmico da evidência não se escapa em qualquer patamar que se interesse pela prova. A prova, mesmo destinada a afastá-la, contém-na. Aprendendo-se a lidar com os paradoxos da prova é que se pode verificar onde a evidência é capaz de ser requisitada com adequação. Fugir de sua vertigem é poder vislumbrar na sua verdade propriedades centrais à estética do processo penal acusatório. São os novos usos da evidência que permitem alcançar o binômio *pré ocupação* de inocência/carga da prova (destinada exclusivamente à acusação), dentro da dialética do cruzamento processual, como regra, sobretudo, de clausura, que preencha o horizonte de expectativas acusatórias da decisão política auferida na sentença, quando persistir a dúvida convertida em certeza jurídica (de absolvição). A evidência alia-se ao argumento democrático como uma modalidade de compressão da convicção apressada, via realização de um desejo de preenchimento figurado pela confiança no *pré ocupado* terreno acusatório. Por sua vez é o modo de exercício da prova, no tocante a disparar o magistrado a complementá-la que o inclina na formação de uma aceitação sobre a qual se instala o registro alucinatório da evidência.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. t. II (n. 12-30).

AMARAL, Augusto Jobim do. Algumas (re)descrições sobre a verdade no processo penal. *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. ano 17. n. 202. São Paulo: IBCCrim, set. 2009.

_____. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AUGÉ, Marc. *Génie du paganisme*. Paris: Galimard, 1982.

119. GIL, Fernando. Expectativa e preenchimento. *Modos*... cit., p. 75 e 77.

BACON, Francis. *The works of Francis Bacon*. Collected and Edited by James Spedding; Robert Leslie Ellis; Douglas Denon Heath. vol. XII. Boston: Brown and Taggard, 1860.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. Trad. Amilcare Carleti. São Paulo: Pilares, 2008.

BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Lucca: Tip. Canovetti, 1863.

CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del diritto criminale*. 2. ed. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Revista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1965. vol. XX (II Serie).

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*. 4. ed. Torino: Utet Giuridica, 2009.

CORDERO, Franco. *La fabbrica della peste*. Roma/Bari: Laterza, 1984.

_____. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. *Riti e sapienza del diritto*. Roma/Bari: Laterza, 1981.

DAMAŠKA, Mirjan R. *Evicence law adrift*. New Haven/London: Yale University Press, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûrete dans un monde dangereux*. Paris: Éditions du Seuil, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

DOSI, Ettore. *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.

DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca do papel da convicção-crença nas decisões judiciais. In: GIL, Fernando; LIVET, Pierre; CABRAL, João Pina (coords.). *O processo da crença.*. Lisboa: Gradiva, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías - La Ley de Más Débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trota, 1999.

_____. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trota, 1995.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006.

FREUD, Sigmund. Analisis de un caso de neurosis obsesiva (Caso el hombre de las ratas). *Obras completas*. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu, 1909. vol. X, t. II.

_____. Historia de una neurosis infantil (Caso del hombre de los lobos). *Obras completas*. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu, 1909. t. II.

_____. Lo inconsciente. *Obras completas*. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu, 1909. t. II.

_____. Los instintos y sus destinos. *Obras completas*. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu, 1909. t. II.

_____. Lo siniestro. *Obras completas*. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu, 1988. t. III.

_____. Psicología de los procesos oníricos. *Obras completas*. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu, 1985. t. I.

GAROFALO, R. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Seguido de um appendice sobre "Os termos do problema penal" por L. Careli. Versão portuguesa com um prefácio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893.

GERNET, Louis. *Anthropologie de la grèce antique*. Paris: François Maspero, 1968

GIL, Fernando. *A convicção*. Trad. Adelino Cardoso e Marta Lança. Porto: Campo das Letras, 2003.

_____. *Acentos*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

_____. *Mediações*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001.

_____. *Mimésis e negação*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1984.

_____. *Modos da evidência*. Com intervenções de Patrice Loraux, Marc Richir, Antonia Soulez e Paulo Tunhas. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

_____. *Provas*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986.

_____. Modos da verdade (Entrevista conduzida por Rui Cunha Martins). *Revista de História das ideias*. vol. 23. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideais - Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2002.

_____. *Tratado da evidência*. Trad. Maria Bragança. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1996.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giufrrè, 1971

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. *Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona: Bosch, 1935.

_____. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la Justicia (Dikelogía)*. Madrid: Aguillar, 1958.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GUARNERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

GUITART, René. *Evidencia y extrañeza – Matemática, psicoanálisis, descartes y Freud*. Trad. María del Carmen Rodríguez. Buenos Aires: Amarrortu, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *A essência do fundamento*. ed. bilíngue. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. 6. ed. Bologna: Zanichelli, 1984.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinqüente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. 2. ed. rev. e ampl. Firenzi: G. Barbèra, 1899.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Introdução de Darío Rodriguez Mansilla. Barcelona: Antropos, 1996.

LYOTARD, Jean-François. *The differend – Phrases in dispute*. Trad. Georges Van Den Abbeele. Manchester: Manchester University Press, 1988.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed., 3. reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. t. I.

MALEBRANCHE. *The search after truth*. Edited by Thomas M. Lennon and Paul J. Olscamp. Cambrigde Texts in the History of Philosophy. Cambrigde: Cambrigde University Press, 1997.

MANZINI, Vincenzo. Relazione ministeriale sul progetto preliminare del Codice di Procedura Penale. *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. vol. VIII. Roma: 1929.

_____. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. t. I.

_____. *Trattato di diritto processuale penale italiano: secondo il nuovo Codice*. Prefácio: Alfredo Rocco. Torino: Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1931. vol. 1.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito – The Brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *O novo processo penal à luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MONTESQUIEU. *The spirit of laws: a compendium of the first edition*. Introdução David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEVES, António Castanheira. *Questões-de-facto – Questões-de-direito*. Coimbra: Almedina, 1967.

PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul processo criminale.* Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787.

_____. *Principi del Codice Penale e logica de' probabili – Per service di Teoria alle Pruove nei Giudizj Criminali.* Napoli: Da'Torchi di Raffaello di Napoli, 1828.

PUFENDORF. *Of the law of nature and nations.* Eight books - Written in Latin by the Baron Pufendorf, Counsellor of State to his late Swedish Majesty, and to the late King of Prussia. Done into English by Basil Kennett, D. D. late President of Corpus Christi College in Oxford. The fourth edition, carefully corrected. London: Printed for Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, and T. Osborne, 1779.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956

ROCCO, Alfredo. Prefazione. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano.* Torino, Torinese: Imprenta, 1952.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). *Revista de Informação Legislativa.* edição especial. n. 183. ano 46. Brasília: jul.-set. 2009.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de derecho procesal penal II.* Cordoba: Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956.

WHATELY, Richard. *Elements of retoric.* 3. ed. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza.* Edição bilíngue. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa. Edições 70, 2000.

_____. *Tratado lógico-filosófico investigações filosóficas.* Trad. e Prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prova e a busca pela verdade no direito processual penal, de Tiago Ivo Odon – *RT* 824/443; e
- Princípios do processo penal, de Renê Ariel Dotti – *RePro* 67/72.

Veja também Jurisprudência

- Utilização de prova colhida em processo administrativo disciplinar na demanda criminal: *JRP\2007\491.* Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br].

O CONSENSO HABERMASIANO NO PROCESSO PENAL: JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E O PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

2

The habermasian consensus in criminal procedure: criminal Justice and consensus and the principle of opportunity in tax crimes

FERNANDA REGINA VILARES

Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCrim. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Coordenadora do Boletim do IBCCRIM do biênio 2011-2012. Procuradora da Fazenda Nacional.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Tributário

RESUMO: A ética do discurso, preconizada por Habermas, tem como escopo atingir o consenso entre os sujeitos. A aplicação dessa teoria ao mundo da vida oferece formas alternativas de solucionar os conflitos entre os indivíduos, dispensando a tradicional via processual. Os conflitos penais também podem ser solucionados por meio de medidas alternativas de solução de controvérsias, o que é concretizado por meio da introdução da Justiça consensual penal, caracterizada no direito brasileiro pelas medidas previstas na Lei 9.099/1995, que trouxe exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Essa lógica vem se alastrando por outros pontos do ordenamento, sendo possível notar manifestação do princípio da oportunidade no que tange

ABSTRACT: Discourse ethics defended by Habermas, aims at reaching a consensus among subjects. The application of this theory to the world of life provides alternative ways to resolve conflicts between individuals, eliminating the traditional procedural approach. Criminal conflicts can also be solved by alternative means of dispute resolution, which is carried out by the introduction of Consensual Criminal Justice, characterized by the measures provided for in Law 9.099/1995, which brought exceptions to the principle of mandatory prosecution in Brazilian law. This logic has been spreading to other area of law, and it is possible to see the manifestation of the principle of opportunity in relation to tax crimes due to the fact that

aos crimes tributários, uma vez que a composição civil tem o condão de extinguir a punibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Consenso - Habermas - Justiça penal consensual - Princípio da oportunidade - Crimes tributários.

civil composition has the power to extinguish criminal liability.

KEYWORDS: Consensus - Habermas - Consensual criminal Justice - Principle of opportunity - Tax crimes.

Sumário: 1. Introdução - 2. Consenso em Habermas - 3. Justiça consensual penal: 3.1 Considerações iniciais; 3.2 O modelo consensual na Justiça criminal brasileira - 4. Princípio da oportunidade da ação penal: 4.1 Definição e manifestação no ordenamento brasileiro; 4.2 O princípio da oportunidade nos crimes tributários - 5. Conclusão - 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Habermas é um dos principais pensadores da pós-modernidade. Apresentando uma alternativa à razão instrumental da modernidade, cria a chamada teoria do agir comunicativo que tem como base a ideia de razão comunicativa e que preconiza que a finalidade do discurso é atingir o consenso.

Com base nessa nova abordagem das relações sociais, culturais, políticas e econômicas, é possível apresentar soluções para diversos problemas atuais. Neste breve estudo pretendemos demonstrar que os conflitos sociais, notadamente os de viés criminal, podem ser solucionados por meio de medidas consensuais, sendo desnecessário mover a máquina judicial para tanto.

Nesse contexto pretendemos delinear os contornos da Justiça penal consensual e apresentar sua concretização no direito brasileiro, demonstrando como as medidas previstas na Lei 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Criminais, colocam em prática a ética do discurso e trouxe, para o nosso ordenamento, o princípio da oportunidade da ação penal como alternativa à obrigatoriedade irrestrita.

Por fim, abordaremos o tratamento dado aos crimes tributários com o escopo de revelar que neste âmbito, também, existe a previsão de uma modalidade consensual de resolução do conflito, uma vez que está consagrado o princípio da oportunidade na legislação pertinente.

2. CONSENSO EM HABERMAS

Para bem abordar o tema central desse capítulo, é necessário contextualizar os estudos de Habermas. Apenas com a compreensão do momento histórico em que sua teoria do agir comunicativo e da razão comunicativa surgiram é possível entender seu conceito de consenso.

Em meados do século XX, inúmeros acontecimentos sociais e culturais mostravam que o projeto da modernidade, oriundo do esclarecimento do século XVIII, estava obsoleto. Esse conjunto de transformações sociais, políticas, econômicas e culturais sustentadas por ideais filosóficos calcados na supervalorização da razão tornou-se insuficiente para resolver os problemas do mundo da vida e, pode-se dizer que o excessivo culto à razão chegou trouxe diversos problemas para a sociedade.[1]

Essa razão cultuada pela modernidade foi batizada de razão instrumental:

"A razão instrumental (*Instrumentellen Vernunft*), portanto, ou seja, aquela colocada a serviço da produção, da riqueza, do pragmatismo produtivo, do fazer, escravizada pelas condições capitalistas, que lhe haveriam de ditar os caminhos a seguir, parece ter sido a geradora de diversos desvios (previsíveis) nas rotas e nos rumos da própria modernização."[2]

Dessa crise e da necessidade de revisão nasce a pós-modernidade. É verdade que não houve substituição de uma ordem por outra de um dia para o outro. Observa-se, ainda, a coexistência de valores de ambos os movimentos.[3]

Uma das grandes responsáveis pelas críticas à modernidade foi a Escola de Frankfurt. De origem alemã, a escola resultou da reunião de alguns intelectuais que defendiam a filosofia dirigida à *praxis* e atacava alguns pilares da modernidade, razão pela qual afirma-se ter dado corpo à teoria crítica da sociedade.[4]

Essa teoria, contudo, não é homogênea. Horkheimer, um de seus grandes expoentes, atacou o reducionismo provocado pela instrumentalização da razão levada a cabo pela modernidade. Outro grande expoente foi Adorno, de quem Habermas foi assistente. No entanto, este acabou desviando-se um pouco da linha de pensamento do mestre, amenizando as críticas à modernidade e valorizando a aplicação de suas teorias na sociedade. Nesse sentido, cria a teoria do agir comunicativo, valorizando a dimensão da intersubjetividade e combatendo a unilateralidade da razão solitária típica da modernidade. Habermas, todavia, é mais moderado do que seus predecessores, pois ele dá grande importância à análise da sociedade e aceita a manutenção de alguns dogmas iluministas.[5]

---

1. BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universirária, 2009. p. 35-36 e 39.
2. Idem, p. 40.
3. Idem, p. 107-108.
4. Idem, p. 121.
5. Idem, p. 121-122; SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 24-28.

Habermas é um autor que, apesar de reconhecer as falhas da modernidade, tenta restaurá-la na medida do possível. Para ele: "a pós-modernidade é fruto contestado da própria modernidade, como decorrência direta da fragmentação dos modelos construídos ao longo de sua jornada de avanços conquistados nestes últimos séculos."[6] Nessa conjuntura de fragmentação decorrente da razão, o autor não a abomina, nem enxerga a conjuntura atual com excessivo pessimismo como Adorno. Apenas acredita que o paradigma deve ser alterado.

Assim, Habermas posiciona-se diante da dicotomia modernidade e pós-modernidade com a teoria do discurso, consistente em uma solução moderna para os problemas pós-modernos. Esta tem como cerne a razão comunicativa, que reage à razão instrumental num contexto de valorização das relações intersubjetivas, de maneira a impedir a transferência da instrumentalidade da economia para o mundo da vida. Para ele, os problemas sociais e humanos devem ser pensados a partir da matriz da comunicação, de maneira que as relações estão entrelaçadas por fatos linguísticos e suportam uma razão discursiva.[7] Nesse sentido, Luiz Roberto Gomes:

"Para Habermas, é exatamente no aspecto da segregação da razão, legitimada pela lógica dos complexos de racionalidade, que reside o grande problema da modernidade, de modo que o sentido deva ser restabelecido a partir de uma integração entre as diferentes esferas de valor, na medida em que a ação seja coordenada por uma racionalidade que pressuponha o entendimento linguístico."[8]

No âmbito da teoria do agir comunicativo, que é sinônimo de racionalidade comunicativa, a verdade deixa de ser vista como a correspondência da mente com as coisas e passa a ser vista como fruto de uma experiência intersubjetiva e dialógica, com troca de experiências comunicativas tendo em vista o alcance do consenso, fugindo da abstração exasperada ou o racionalismo isolacionista kantiano.[9] Substitui-se o conceito de razão centrada no sujeito para um conceito processual e comunicativo que inclui outros elementos além do cognitivo, tais como o prático, moral, emancipatório e estético.[10]

---

6. BITTAR, Eduardo C. B. Op. cit., p. 143.
7. BITTAR, Eduardo C. B. Habermas: a razão comunicativa entre ética, política e direito. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica* 39/121.
8. GOMES, Luiz Roberto. *Educação e consenso em Habermas*. Campinas: Alínea, 2007. p. 75.
9. BITTAR, Eduardo C. B. Habermas: A razão... cit., p. 122-123.
10. SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Op. cit., p. 63.

Nesse contexto, a linguagem passa a ser mais do que o meio de comunicação ou de externalização do pensamento, atingindo a condição de ser parte da realidade. Deixa de ser mero instrumento de fala para ser instrumento de realização da cultura, da introjeção e projeção de valores e, consequentemente, de entendimento entre os sujeitos.[11]

Levando em consideração que os atos de fala sempre possuem intenções escusas, não declaradas, que dificultam encontrar um consenso, Eduardo Bittar afirma:

"O entendimento surgirá quando e somente quando os sujeitos falantes se prostrarem diante do discurso, mediante atitude consensual, e jamais imposta ou manipulada pela outra parte falante, por práticas comuns, com pretensões de aceitarem condições comuns, que induzam à formação de um espaço de convívio entre o ego e o alter."[12]

Para Habermas, a ética do discurso é a única via alternativa à ética do dever ou de princípios. Por meio dela, a comunidade pensa seus problemas e constrói comunicativamente suas soluções morais e jurídicas, o que resulta na conclusão de que o consenso é a finalidade da realização discursiva.[13] Nas palavras do autor:

"Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que dependem do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo. Este assenta-se sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de valides em princípio criticável."[14]

Extrai-se do excerto acima que existem pressupostos para a formação desse consenso. Alessandro Pinzani os denomina de condições gerais do agir comunicativo que, em última instância, visam à produção de: compreensão recíproca; saber compartilhado; confiança recíproca; e consenso recíproco.[15]

---

11. BITTAR, Eduardo C. B. Habermas: a razão... cit., p. 125.
12. Idem, ibidem.
13. Idem, p. 126-127.
14. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 165.
15. PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 86. Essas quatro condiçõe podem ser explicadas da seguinte maneira, com inspiração no texto de Apel: o

Essas condições, cujo atendimento permite alcançar o consenso, remetem às quatro pretensões de validade que substituem o maniqueísmo e os conteúdos morais e axiológicos pelos modos pelos quais se fazem os discursos. São elas: compreensibilidade, verdade, veracidade e justeza.[16]

O mecanismo descrito acima é o que se chama de proceduralismo, e deve ser seguido para que se atinja a chamada situação ideal de fala, essencial para o alcance do desejado consenso. Para concluir essa breve exposição, é pertinente a transcrição do trecho de Luiz Roberto Gomes expondo o que entende por consenso:

"O verdadeiro consenso só pode ser obtido mediante um discurso que se expõe permanentemente à competência crítica dos participantes da integração linguística, pois o resultado do discurso depende, por sua vez, da obtenção de um consenso que possa ser considerado argumentativamente sólido. (...) a antecipação de uma situação ideal de fala é a garantia para podermos associar a um consenso alcançado faticamente, a pretensão de ser um consenso racional. (...) só assim estaríamos diante de um entendimento real, que é fruto de um reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, explicitadas através do discurso."[17]

3. JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL

3.1 Considerações iniciais

Habermas não foi um filósofo com preocupações exclusivamente teóricas. Ao contrário. O cerne de sua teoria do agir comunicativo é a sociedade, visando sempre compatibilizar teoria e prática.[18] Nesse sentido, a ideia de consenso deve ser transposta para a solução dos conflitos sociais. Indispensável, portanto, superar a cultura da judicialização dos conflitos para convidar as partes a construir uma solução que vá a raiz dos problemas, utilizando a conciliação de

falante deve escolher uma expressão compreensível pelo ouvinte; o falante deve querer comunicar um conteúdo verdadeiro para que o ouvinte compartilhe do seu saber; o falante deve querer expor sua intenção com validade para que o ouvinte possa crer; e o falante deve escolher um enunciado de acordo com as normas e valores existentes, para que o ouvinte aceite-o.

16. Idem, p. 86; BITTAR, Eduardo C. B. Habermas: a razão... cit., p. 130.

17. GOMES, Luiz Roberto. *Educação e consenso em Habermas*. Campinas: Alínea, 2007. p. 106-107.

18. "O propósito é restabelecer a unidade entre a razão teórica e prática, instaurando desta forma uma nova mediação entre teoria e práxis." Cf. GOMES, Luiz Roberto. Op. cit., p. 69.

interesses. Não basta extinguir o processo. Indispensável, também, extinguir os conflitos.

Essa ideia se coaduna com a tese da instrumentalidade do processo defendida por Cândido Rangel Dinamarco. Para o processualista, o verdadeiro escopo da jurisdição e, pois, do processo, é a paz social, o qual se atinge por meio da eliminação dos conflitos por meio da aplicação de critérios justos.[19]

A ênfase na eliminação dos conflitos é observada no sistema anglo-saxão, sobretudo no sistema adversarial norte-americano, de maneira que, para eles, o processo é um instrumento para resolução de um conflito, estruturado como um livre jogo competitivo entre as partes, e não para a verificação da verdade. Institucionaliza-se a premissa de que há vezes nas quais os interesses envolvidos podem ser melhor atendidos por meio de acordos e concessões, de maneira que a verdade assume um papel secundário ou irrelevante para dar lugar à pacificação social e a resolução do conflito.[20]

Sob essa inspiração foi implementada a Lei 9.099/1995, que além de criar os Juizados Especiais no Brasil, trouxe para o nosso sistema mecanismos de Justiça penal consensual, notadamente a transação penal e a suspensão condicional do processo. Sobre o novo paradigma, Grinover, Gomes Filho, Scarance e Gomes:

"Abriu-se no campo penal um certo espaço para o consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada.

A preocupação central, agora, já não é só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito. A vítima, finalmente, começa a ser redescoberta, porque o novo sistema se preocupou precipuamente com a reparação dos danos. Em se tratando de infrações penais da competência dos Juizados Criminais, de ação privada ou pública condicionada, a composição civil chega ao extremo de extinguir a punibilidade."[21]

---

19. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181-196.

20. Damaska aborda a ênfase consensual do direito anglo-saxão, transcrevendo uma máxima latina que traduz bem essa ideia: "l'accordo prevale sul diritto e l'amore sulla sentenza del giudice". DAMASKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Bologna: Il Mulino, 2003. p. 164-165. Cf. TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *RePro* 181/171.

21. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de*

A ideia geral de justiça consensual envolve uma série de características que nem sempre são encontradas em todas as experiências concretas. Todavia, apesar das variações, as práticas de justiça consensual integram a mesma filosofia de negociar a solução do conflito e evitar o processo.[22]

O direito norte-americano é conhecido por utilizar a conhecida barganha-penal, possuindo dois mecanismos básicos para tanto: o *guilty plea*, por meio do qual o acusado declara-se culpado, e o *plea bargaining*, segundo o qual acusação e acusado realizam ampla negociação sobre os fatos, qualificação jurídica e a pena.[23] Ambos dão grande importância ao consenso entre as partes, mas não foram adotados pelo novo sistema de despenalização brasileiro.[24]

Em geral, os países de *civil law* adotam institutos consensuais que, embora possuam inspiração nos modelos americanos, contam com restrições legais mais rigorosas em virtude da adaptação da ideia de consenso às legislações internas.[25]

É o caso do direito brasileiro, que analisaremos no item a seguir. Antes, porém, cumpre consignar que diversos autores renomados brasileiros criticam ferrenhamente o modelo da justiça consensual. Todavia, entendemos que as críticas mais ferozes referem-se ao modelo negociado, aos institutos previstos no direito americano, de forma que não se aplicariam ao modelo da Lei 9.099/1995.

De qualquer maneira, é honesto dizer que nem todos receberam as alterações festejadamente. Salo de Carvalo diz que a proposta de resgate da vítima e tentativa de conciliação decorre de uma: "(...) visão romântica do ser humano como capaz de diálogo em momentos de crise. De uma visão ingênua do ho-

---

26.09.1995. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 45-46.

22. LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro.* Tese de Doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2009, p. 33.

23. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 44.

24. Neste ponto, cabe a distinção feita entre justiça negociada, que designa as situações do direito americano nas quais o imputado tem um verdadeiro poder de discussão das propostas, e a justiça consensual em sentido estrito, em que, utilizando a definição do direito civil, existe um consentimento das partes envolvidas. "Em termos comparativos, a justiça consensual se assemelharia a um contrato de adesão, enquanto a justiça negociada, a um contrato sinalagmático." Cf. LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit., p. 31.

25. LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit., p. 33.

mem e de suas perversões",[26] e Aury Lopes Jr. afirma que o modelo relaciona-se ao afastamento do Estado imposto pelo neoliberalismo, ensejando "uma perigosa medida alternativa ao processo, sepultando as diversas garantias obtidas ao longo de séculos de injustiças".[27]

3.2 O modelo consensual na Justiça criminal brasileira

A Lei 9.099/1995 delineou o modelo brasileiro de justiça consensual mediante a previsão dos institutos da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, institutos despenalizadores que evitam as desvantagens e estigmatização do processo. Além de promover um estímulo ao consenso, a Lei 9.099/1995 adota a concepção de um procedimento simplificado e informal, que não interessa analisar a fundo neste breve ensaio. Passemos aos instrumentos que envolvem o consenso entre as partes.[28]

O limite à utilização dos mecanismos de justiça consensual é a gravidade do delito. O sistema consensual penal brasileiro aplica-se apenas às infrações de pequeno potencial ofensivo. Em sua versão original, o art. 61 da Lei 9.099/1995 previa que a composição civil e a transação penal só poderiam ser aplicadas para contravenções e delitos cuja pena máxima cominada fosse igual ou inferior a um ano. Com a alteração promovida pela Lei 11.313/2006 o limite foi alterado para dois anos.[29] No que tange à suspensão condicional do processo o art. 89 diz expressamente que é admissível sua aplicação para os delitos cuja pena mínima aplicada é igual ou inferior ao um ano. Note-se que é outro o paradigma.

---

26. Cf. CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências de justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: _____; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 151.

27. LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125. Nesse sentido, ainda: PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul; KOSOVSKI, Ester (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. João Marrcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 269-278.

28. LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit., p. 138-142.

29. A Lei de 2006 veio trazer coerência ao sistema, uma vez que a Lei 10.259/2001, que previu os Juizados Especiais Federais, havia previsto um limite diferente para os crimes de sua competência.

Isto, posto, passemos aos mecanismos. A composição civil desloca o momento da reparação da vítima do processo penal que, em geral, depende da prolação da sentença e de seu trânsito em julgado. Por isso mesmo só poderá ser utilizada em crimes cuja vítima esteja bem definida e tenham havido danos a serem reparados. Nesses casos, em uma audiência preliminar, o agente e a vítima terão oportunidade de conversar, expor seus argumentos e, no caso de assumirem uma postura consensual, dirigida ao entendimento ao invés de dissimularem suas reais intenções, será possível atingir um consenso, nos termos do que expusemos no item 2.

No caso de ser atingido o consenso e aperfeiçoada a conciliação, o juiz homologará o acordo realizado e suas consequências jurídicas estão previstas no art. 74 da Lei ora em comento. Em se tratando de crime processado por meio de ação de iniciativa privada ou ação de iniciativa pública condicionada à representação, o acordo homologado acarretará a renúncia tácita ao direito de queixa ou representação o que, em última instância, significa a extinção da punibilidade.[30] Sobre o tema:

"Releva notar, finalmente, que o instituto processual da renúncia tácita ao direito de representação ou queixa tem também natureza penal, quando visto em sua dimensão de acordo civil extintivo da punibilidade, acrescendo-se agora uma nova hipótese ao rol do art. 107 do CP."[31]

A composição civil é um típico instrumento de justiça consensual que repercute na persecução criminal, poupando o Estado de ter que mover a máquina jurisdicional no caso da vítima se satisfazer com a reparação do dano e o crime ser submetido a ação privada ou pública condicionada, o que só pode ser alcançado no caso das partes estarem predispostas a encontrarem um denominador comum.[32]

---

30. É verdade que o art. 107, V, do CP fala apenas de extinção de punibilidade com relação à renúncia ao exercício da queixa, assim como os respectivos artigos do Código de Processo Penal, sobretudo o art. 57, que trata da renúncia tácita, complementado pelo art. 104 do CP. Todavia, temos no parágrafo único do art. 74 uma expressa previsão da possibilidade de renúncia à representação no caso de ação pública condicionada. A bem da verdade, a representação é uma condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada, sem a qual adenúncia não pode ser recebida (arts. 24 e 395, II, do CPP), acarretando a extinção da punibilidade do agente.

31. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 136.

32. LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit., p. 144.

No caso de não ter sido obtida a composição civil dos danos ou de ser o crime submetido a ação pública incondicionada, o art. 76 permite que o Ministério Público proponha a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, nunca pena restritiva de liberdade, desde que preenchidos os requisitos legais. Esta figura foi batizada de transação penal. Considerando que nosso enfoque não é para o procedimento dos instrumentos ora apresentados, mas para sua relação com a ideia de consenso advinda da razão comunicativa preconizada por Habermas, o trecho a seguir é elucidatório:

"O termo transação – seja por sua origem etimológica, seja pela definição contida no Código Civil – remete-nos apra a noção de acordo, de ajuste em que as partes fazem concessões recíprocas no intuito de obter *resultado* satisfatório para os sujeitos intervenientes, pondo fim a um conflito de interesses."[33]

Por meio da transação penal, evita-se o processo ao mesmo tempo em que se satisfaz o *jus puniendi*. O autor do fato aceita submeter-se ao cumprimento de uma pena, mas não reconhece sua culpabilidade, de maneira que o sistema brasileiro afasta-se das figuras do *guilty plea* e do *plea bargaining* e aproxima-se do *nolo contendere* do sistema americano. Por tal razão, não podem prosperar as críticas que afirmam haver infração ao princípio da presunção de inocência. A aceitação da pena, com a presença de seu advogado, é técnica de defesa, uma vez que é feita com base na avaliação do que é mais benéfico para o autor do fato: cumprir a pena restritiva de direitos ou submeter-se a um processo cujo resultado é incerto e a duração em si constituiu um constrangimento.[34]

Por fim, importa dizer que o Ministério Público, conquanto possa dispor sobre a sanção penal, há que agir dentro dos limites legais previamente estabelecidos. Nesse sentido fala-se da vigência da discricionariedade regrada para a atuação ministerial em substituição à obrigatoriedade da ação penal.[35]

Outra decorrência da discricionariedade regrada institucionalizada na nessa lei foi a suspensão condicional do processo, inspirada na *probation*, embora dela se diferencie porque a *probation* consiste na suspensão da sentença condenatória e a suspensão condicional do processo impede a própria realização da instrução.[36] Aqui, pretende-se evitar a estigmatização decorrente de uma

33. Idem, ibidem.

34. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 100-101.

35. Idem, p. 44.

36. Não se pode confundir a suspensão condicionada do processo com o *sursis*, ou suspensão condicionada da pena prevista no art. 77 do CP, mas deve ser ressaltado que

sentença condenatória, bem como do ônus que representa a simples existência do processo.

A proposta de suspensão do processo deve ser feita no momento da denúncia por crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano e depende da aceitação do acusado. No caso de ser aceita, o processo é paralisado e a punibilidade poderá ser extinta caso todas as condições sejam cumpridas durante o período de prova. Destaque-se que, neste caso, também não se discute a culpabilidade.[37]

Existe uma espécie de transação na essência da suspensão condicional do processo. É apontada sua semelhança com a conformidade processual, na qual existe a aceitação de algo que se reflete imediatamente no processo. Neste caso não há uma negociação acerca da pretensão punitiva estatal, pelo que se fala em via despenalizadora indireta.[38]

Quanto ao aspecto que constitui o cerne desse estudo, Rosimeire Leite afirma:

"A suspensão é instituto consensual e bilateral. O Ministério Público concorda em não exercer, temporariamente, o poder-dever do Estado de prosseguir com o processo criminal para acertamento da responsabilidade. Cabe ao réu, juntamente com o seu advogado, analisar a conveniência de concordar com a proposta do órgão acusador. O principal benefício é evitar que o acusado suporte os ônus do processo, assumindo o risco de uma condenação que macularia sua vida pregressa. É também uma medida de economia processual, pois, provavelmente no final do processo, havendo condenação, seria aplicada a suspensão condicional da pena. Em troca dessas vantagens, o acusado renuncia à oportunidade de tentar demonstrar sua inocência mediante os elementos probatórios que teria direito de apresentar no processo. Firma-se, então, um acordo com o órgão acusador, sendo que o conteúdo desse pacto é bastante restrito, ou seja, abrange tão somente a continuidade ou a suspensão do processo."[39]

Considerando que a reparação de danos é uma das condições impostas e que a suspensão condicional do processo tem âmbito de aplicação muito maior do que o das infrações de menor potencial ofensivo, ela amplia as possibilida-

---

alguns referem-se ao instituto, inapropriadamente, como *sursis* processual. Cf. idem, p. 239-240.

37. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 240.

38. Idem, p. 241.

39. LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit., p. 169.

des de aplicação do consenso no processo penal. Embora o processo chegue a ser deflagrado com o recebimento da denúncia, não existe a imposição de qualquer pena, apenas o cumprimento de condições para que a punibilidade venha a ser extinta, pelo que gera menos controvérsias do que a transação penal.[40]

Feita a exposição sobre as alternativas processuais penais que adotam o modelo consensual, a conclusão que se impõe é a existência de exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que, a *contrario sensu*, indica a adoção, em algumas situações, do princípio da oportunidade pelo ordenamento pátrio. Este será o tema central do item a seguir, possibilitando nossa análise da situação dos crimes tributários.

4. PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE DA AÇÃO PENAL

4.1 Definição e manifestação no ordenamento brasileiro

O sistema penal enfrenta grande crise: seja pelo esvaziamento da força intimidadora da pena, seja pelo excesso de processos decorrente da enxurrada criminalizadora decorrente dos movimentos de Lei e Ordem. Para combater essa situação, pode-se tanto operar a descriminalização de condutas, quando a despenalização. A primeira deve ser aplicada aos delitos de bagatela, sem relevante lesão ao bem jurídico. Na última, o fato não perde seu caráter delituoso, reconhecendo-se a existência de efetiva lesão, mas a aplicação das penas é evitada ou dificultada em virtude da menor gravidade da situação, em geral por se tratar de um conflito interindividual, e uma das maneiras de fazê-lo é por meio de medidas processuais consensuais como as expostas no item anterior.[41]

A opção de muitos países para os casos de condutas penais que envolvam conflitos interindividuais ou condutas que promovam uma menor lesão ao bem jurídico tem sido o abrandamento do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ou mesmo sua substituição pelo princípio da oportunidade. Com isso quer-se dizer que, em havendo elementos de autoria e prova da

40. Idem, p. 170.

41. Essa é a opinião de Lenio Luiz Streck, para quem os rigores do direito penal devem ser reservados para os delitos que colocam em xeque os valores que o Estado Democrático de Direito visa implementar. Denomina sua proposta de relegitimação do direito penal. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. *RBCCrim* 28/115. Ver também LUISI, Luiz. A crise do sistema penal – Soluções processuais. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, p. 108-109.

materialidade o Ministério Público não será obrigado a oferecer denúncia em determinadas situações. Em alguns ordenamentos, a discricionariedade do Ministério Público é ampla (oportunidade livre), mas em outros, ela depende da estrita observância das condições legais, quando se fala em oportunidade regrada.[42]

Raquem Castillejo Manzanares afirma que: "a criminalidade menor", pouco conflitiva, representada por atos isolados que não devem se repetir na vida do autor deve ser conduzida por soluções de consenso que contribuam para não estigmatizar aquele que não é um delinquente no sentido de não praticar delitos reiteradamente. A mesma solução deve ser aplicada aos casos em que os fatos não possuíram transcendência social, bem como naqueles em que a solução consensual proporcionar uma melhor reinserção social do acusado. Nessas situações a pacificação por meio da busca de um consenso é um imperativo ético e jurídico. Portanto, é conveniente utilizar a oportunidade regrada.[43]

A princípio pode parecer incoerente o Estado criminalizar uma conduta para, depois, possibilitar a despenalização da mesma. No entanto, há juízos de valor que só podem ser feitos no caso concreto, em virtude da percepção de que a lesão ao bem jurídico que se visava proteger com a criação do delito não foi significativa, não transcendeu o âmbito interindividual, ou que a reparação do dano material satisfez a vítima e não existiria mais razão para aplicar uma pena ao autor do delito.

Entendemos que o ideal seria que toda essa avaliação fosse feita previamente e que as condutas fossem descriminalizadas quando não fossem consideradas relevantes penalmente. Todavia, na atual conjuntura, cremos que o recurso ao princípio da oportunidade de forma regrada resolve muitos problemas e evita injustiças,[44] sobretudo porque o processo legislativo é levado pelo clamor

---

42. A França adota o princípio da oportunidade de forma incondicionada, assim como os países do sistema anglo-saxão. Já a Alemanha prevê hipóteses para sua utilização. A oportunidade regrada é o sistema adotado pelos Códigos reformados da América Latina, que preveem possibilidades de escolhas consensuais. LUISI, Luiz. Op. cit., e GRINOVER, Ada Pellegrini. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre juiz e Ministério Público – Seus limites. *RBCCrim* 40/99.

43. MANZANARES, Raquel Castillejo. El nuevo proceso penal. La mediación. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 23, vol. 1, p. 78.

44. Nesse sentido, Eleonora Devoto: "*El modelo conciliatorio o consensual no importa adhesión al abolicionismo penal, pero sí pretende reducir los componentes de irracionalidad e injusticia del actual sistema penal.*" Cf. DEVOTO, Eleonora. Oportu-

público de maior punição e cabe aos operadores do direito agirem de forma a promover o equilíbrio. Além disso, evita as soluções informais de seleção de casos, o que costuma se dar de forma arbitrária e inadequada.[45] Nesse sentido:

"Desse modo, a obrigatoriedade da ação penal pode coexistir com critérios de oportunidade que permitam saídas alternativas ao processo, consensuais ou não, sem que isso signifique perda de legitimidade do sistema jurídico-penal. É necessário, contudo, que o Ministério Público atue dentro das limitações ditadas pela legalidade, com mecanismos de controle da discricionariedade que lhe é conferida, a fim de que não haja excessos nem violação do princípio da igualdade na condução dos casos criminais."[46]

Para Mauricio Antonio Ribeiro Lopes o processo penal é a garantia maior do indivíduo para que resista à pretensão punitiva do Estado quando a ele for imputado um fato típico, culpabilidade e antijurídico. Assim, quando não for observada a culpabilidade ou antijuridicidade do fato, havendo apenas a tipicidade, não há que se propor a ação pena, sob pena do processo, passar de garantia para coação ilegal. Nesse sentido, o princípio da oportunidade seria mais coerente com a razão de ser do processo penal.[47]

O sistema brasileiro é um daqueles que adota os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, mas admite a disponibilidade regulada pela lei e controlada pelo juiz. Para Grinover, Gomes Filho, Scarande e Gomes, abre-se espaço para a autonomia das vontades, mas não se trata da oportunidade pura, em que a realização do acordo fica a critério exclusivo do acusador, desde que a outra parte consinta. Trata-se da discricionariedade regulada,[48] que:

---

nidad y composición: una síntesis posible. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal 2/378.

45. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 99.

46. LEITE, Rosimeire Ventura. Op. cit., p. 47.

47. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípio da oportunidade no sistema penal contemporâneo. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (coord.). *Justiça penal 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 156-157.

48. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 97. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, faz interessante análise do contexto do direito brasileiro afirmando que a Lei 9.099/1995 apenas trouxe uma mitigação do princípio da obrigatoriedade. Para ele, este deriva de uma concepção kantiana do direito penal, já superada, devendo hoje prevalecer critérios de conveniência e oportunidade consoantes com a finalidade preventiva da pena. Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Op. cit., p. 165-168.

"(...) pretende é substituir os mecanismos informais de seleção de casos já operantes na sociedade, introduzindo em seu lugar critérios legais transparentes, racionais e congruentes com as escolhas do direito penal, que também levem à pacificação social."[49]

Essas considerações são relevantes, uma vez que embora a justiça penal consensual já seja parte da realidade brasileira, poucos são aqueles que admitem possuirmos hipóteses de aplicação do princípio da oportunidade da ação penal, ainda que regulada. Por tudo o que expusemos, é claro que este princípio faz parte do contexto de valorização da vítima e de ênfase à resolução dos conflitos de forma extrajudicial, por meio do consenso entre as partes e existe no nosso ordenamento.

Ele permite que o titular da ação penal se omita na proposição da ação penal ou no seu prosseguimento nos casos de escassa lesividade social, leve culpabilidade e desde que cumpridos outros requisitos legais. Por caracterizar-se como princípio supletivo ao princípio da legalidade no direito brasileiro, os casos em que sua aplicação será admitida devem ser determinados que a justifiquem, na pequena e média criminalidade.[50]

Nesse sentido, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes propõe, com inspiração em outros autores, a seguinte definição do princípio da oportunidade:

"(...) faculdade que é outorgada ao titular da ação penal para dispor, sob determinadas condições, de seu exercício, com independência de que se tenha provado a existência de um fato punível contra um autor determinado."[51]

De todo o exposto, claro é que não existe incompatibilidade entre os direitos da vítima, autor do fato e princípio da oportunidade, desde que regrada por lei e submetida ao controle judicial. O ofendido tem grande destaque nos delitos em que se admite a relativização da obrigatoriedade, dando-se maior importância à satisfação de seus interesses do que à necessidade de efetuar a persecução penal. Já analisamos as possibilidades comumente tratadas na doutrina: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. Agora, é nesse contexto que faremos a análise da previsão de extinção da punibilidade nos crimes tributários pelo pagamento do tributo.[52]

---

49. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 98.

50. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Op. cit., p. 170.

51. Idem, ibidem.

52. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 100.

4.2 O princípio da oportunidade nos crimes tributários

A conciliação entre o autor e vítima pode levar ao arquivamento do processo penal em virtude da reparação do dano em diversos países da América Latina.[53] Ainda, é prevista expressamente como causa extintiva de punibilidade pelo art. 74 da Lei 9.099/1995 para crimes submetidos à ação pública condicionada ou à ação privada, conforme exposto no item 3. Esse contexto deixa clara a existência de efeitos do consenso entre as partes na persecução penal, notadamente quando há reparação dos danos causados ao ofendido pelo autor do fato.

Agora, cumpre indagar se a aplicação do princípio da oportunidade pode ser estendida aos casos em que vigora a ação penal pública e as penas previstas são superiores àquelas dos delitos de menor potencial ofensivo, como os crimes tributários previstos na Lei 8.137/1990. Na esteira do que expusemos acima, a resposta deve ser positiva, desde que estabelecidas as condições previamente pela lei.

Com efeito, o art. 34 da Lei 9.249/1995 prevê expressamente que haverá extinção da punibilidade dos crimes previstos na Lei 8.137/1990 desde que efetuado o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Além disso, o art. 6.º da Lei 12.382/2011 veio trazer nova mudança ao art. 83 da Lei 9.430/1996 para definir, em seu § 4.º, que quando tiver ocorrido prévia adesão a parcelamento, cujo pedido deve ser anterior ao recebimento da denúncia para produzir efeitos criminais de acordo com o § 2.º do mesmo artigo, a punibilidade será extinta com o pagamento integral do tributo.

Se analisarmos o crime de sonegação fiscal, cuja vítima é a Fazenda Pública, chegamos à conclusão de que o pagamento do tributo nada mais é do que a reparação civil do dano causado. Sendo prevista expressamente em lei a extinção de punibilidade para os casos em que a recuperação do crédito tributário é alcançada, impõe-se o reconhecimento de que estamos diante de uma solução consensual para a possível persecução penal.

Apesar de os crimes de sonegação fiscal serem de iniciativa pública incondicionada, o Estado é a própria vítima e, por meio de lei, abre um espaço de negociação com o autor do fato, seja por meio do parcelamento, seja por meio da oportunidade de dispor da persecução penal para o caso de haver pagamento integral do tributo. Por óbvio, estamos diante da previsão de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal em virtude da satisfação civil do

53. Idem.

ofendido. Consagrado, portanto, em nosso ordenamento, o princípio da oportunidade no que tange aos delitos tributários.

A solução não é novidade. Na Argentina, o art. 16 da Lei 24.769/1996 prevê a possibilidade de, atendidos determinados requisitos, dentre os quais se encontra o pagamento da dívida, extinguir a ação penal nos processos por evasão tributária simples, o que a doutrina interpreta como expressão do princípio da oportunidade.[54] Veronica Vieito reconhece expressamente que o objetivo da lei e promover a reparação do dano da vítima do delito, no caso, o erário. Além disso, propõe que, para abrandar a irracionalidade da seletividade penal e promover a igualdade em face daqueles que não tenham condições econômicas de efetuar o pagamento do tributo, seja mantida a possibilidade de suspensão condicional do processo.[55]

Podemos transpor essa crítica para a situação brasileira, também, por questão de coerência. Se a conciliação civil extingue punibilidade antes do recebimento da denúncia e a vítima, Estado, contenta-se com a extinção da dívida, por que não prever possibilidade de suspensão condicional do processo se o pagamento for posterior, no contexto da justiça penal consensual? Tendo em vista que a pena mínima cominada para os crimes do art. 1.º da Lei 8.137/1990 é de dois anos, no atual sistema não podemos aplicar a suspensão condicional do processo.

Poder-se-ia, ainda, afirmar que o direito penal não pode ser utilizado para fins meramente arrecadatórios e, sendo *ultima ratio*, a inadimplência tributária não poderia ser criminalizada. Mas existem diversas outras questões envolvidas, incluindo o fato de que existem outros bens jurídicos protegidos, tais como a fé pública e a confiança nas relações. Num momento posterior, pode ser necessária a reflexão sobre o tema.[56] Uma alternativa seria acrescentar outros requisitos para a aplicação do princípio da oportunidade.

---

54. A doutrina argentina aponta falhas na legislação, clamando pela extensão da possibilidade para outros delitos similares, em nome da igualdade. Cf. RIQUERT, Marcelo Alfredo. El principio de oportunidad en el derecho penal tributario y previsional argentino (art. 16, Ley 24.769). *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudecia Penal*, vol. 5, n. 9, p. 754 e 787.

55. Existe uma discussão de direito intertemporal na argentina, uma vez que a lei anterior tinha previsões que autorizavam a suspensão condicional. VIEITO, Veronica. La suspension del juicio a prueba y los delitos tributarios: La probation en los delitos tributarios. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 6/1153-1155.

56. Nesse sentido, o editorial do *Boletim do IBCCrim* de outubro de 2011 defendeu a descriminalização dos crimes tributários, afirmando que: "Na linha da descriminalização

Por ora, para os fins deste estudo, consideramos satisfatória a constatação de que já existe uma medida despenalizadora processual vigorando no âmbito dos crimes tributários, consistente na institucionalização do princípio da oportunidade da ação penal cuja condição é a composição civil das partes, ou seja, o pagamento do tributo. A extinção do conflito sem movimentação da máquina estatal por meio de soluções consensuais, portanto, não está restrita aos conflitos entre indivíduos, podendo ser encontrada, também, nos casos em que a vítima identifica-se com o próprio Estado detentor do *jus puniendi*.

5. CONCLUSÃO

A crise do sistema penal é uma das manifestações da crise da modernidade como um todo. Nesse contexto de transição, soluções devem ser encontradas e a ética do discurso se apresenta como uma alternativa que merece atenção. Nesse sentido, a utilização da linguagem como forma de proporcionar o entendimento entre as partes que assumam uma postura favorável a tanto pode ser um instrumento para promover a pacificação dos conflitos sociais de viés penais.

Nesse contexto surge a justiça consensual penal que, além de evitar a aplicação da pena privativa de liberdade para casos em que a ofensividade aos bens jurídicos protegidos seja de menor monta apresenta maior eficiência no que tange ao tratamento da vítima e à reparação dos danos sofridos. Ao permitir que o acordo civil tenha o efeito de extinguir a punibilidade, a Lei 9.099/1995 incentiva o autor do fato a colaborar e empregar maiores esforços para realizar a composição civil, além de prever uma clara exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Outra não é a conclusão acerca dos crimes tributários. Ao possibilitar que o pagamento tenha o condão de extinguir a punibilidade, a lei está coroando o

---

aqui preconizada, podemos buscar inspiração no modelo das contraordenações portuguesas, para intervir nas situações em que não se justifica um rótulo de crime por falta de dignidade penal, mas que afetam bens jurídicos importantes. Na prática, o direito das contraordenações difere do direito penal por conta da natureza da sanção que, naquele caso, é pecuniária ou restritiva de direitos e chama-se coima, a qual é estabelecida de acordo com o poder aquisitivo do infrator e a relevância do dano causado. A utilização deste instrumento de descriminalização sem a correspondente permissividade possibilitaria a implementação de uma maior coerência entre a sanção prevista para a sonegação de tributos e a relevância atribuída à conduta pelo próprio Estado". Reflexões sobre os crimes tributários: protesto pela coerência. *Boletim IBCCrim*. n. 227, ano 19, p. 1.

princípio da oportunidade em virtude da reparação do dano causado ao erário por parte do autor do fato. Neste caso, sendo o Estado a vítima, ele assume uma postura aberta ao entendimento ao positivar tal possibilidade na lei e o devedor, ao efetuar o pagamento, demonstra também estar aberto à possibilidade de se chegar a um consenso com o escopo de evitar a deflagração da persecução penal.

6. BIBLIOGRAFIA

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universirária, 2009.

_____. Habermas: a razão comunicativa entre ética, política e direito. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica*. n. 39. p. 121-141. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru. jan.-abr. 2004.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências de justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: _____; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DAMASKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Bologna: Il Mulino, 2003.

DEVOTO, Eleonora. Oportunidad y composición: una síntesis posible. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n. 2. p. 370-378. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GOMES, Luiz Roberto. *Educação e consenso em Habermas*. Campinas: Alínea, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre juiz e Ministério Público – Seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 40. p. 91-104. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2002.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Ed. RT, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de Doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2009, p. 33.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípio da oportunidade no sistema penal contemporâneo. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). *Justiça penal 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

LUISI, Luiz. A crise do sistema penal – Soluções processuais. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. p. 105-116. Brasília: CDIG, jul.-dez. 1996.

MANZANARES, Raquel Castillejo. El nuevo proceso penal. La mediación. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. v. 1. n. 23. p. 69-91. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2010.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul; KOSOVSKI, Ester (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. João Marrcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. El principio de oportunidad en el derecho penal tributario y previsional argentino (art. 16, Ley 24.769). *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudecia Penal*. vol. 5. n. 9. p. 753-788. Ad-hoc, 1999.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*. vol. 28. p. 108-115. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1999.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*. vol. 181. p. 167-172. São Paulo: Ed. RT, mar. 2010.

VIEITO, Veronica. La suspension del juicio a prueba y los delitos tributarios: la probation en los delitos tributarios. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n. 6. p. 1147-1155. Buenos Aires: Lexis Nexis, jun. 2007.

Editorial de periódico

Reflexões sobre os crimes tributários: protesto pela coerência. *Boletim IBCCrim*. n. 227. ano 19. p. 1. São Paulo: IBCCrim, out., 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Obrigatoriedade e oportunidade no direito processual penal brasileiro e português, de Cláudio Luiz Frazão Ribeiro – *RT* 806/395.

A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos

3

Law 12.654/2012 and human rights

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP. Professor do curso de mestrado do IDP-DF. Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Professora Doutora de Direito Processual Penal da USP.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: A Lei 12.654/2012 é analisada criticamente. A pesquisa cuida do processo legislativo e das relações da nova lei com a Constituição e com tratados internacionais. Ademais, são discutidos os temas da inviolabilidade do corpo humano diante dos interesses da investigação criminal. Finalmente, outro aspecto é enfocado, um novo efeito da condenação criminal: a sujeição coercitiva de fornecimento de material genético para os registros criminais.

Palavras-chave: Registros criminais – Identificação – DNA – Direitos humanos – Devido processo legal material – Constituição – Processo penal – Direito penal.

Abstract: Law 12.654/2012 is critically analyzed. The research involves its edition and relation to the Constitution and international documents. Furthermore, the topics of inviolability of the human body and the interests of the criminal investigation are also discussed. Finally, another aspect is considered, a new consequence of criminal conviction: the coercive duty of providing genetic material to criminal files.

Keywords: Criminal files – Identification – DNA – Human rights – Substantive due process of law – Constitution – Criminal procedure – Criminal law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Lei 12.654/2012 e o processo legislativo – 3. O novo banco de dados de perfil genético e a investigação criminal – 4. A natureza jurídica do novel art. 9.º-A da Lei de Execução Penal – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em 28.05.2012, veio a lume diploma normativo destinado a alterar a Lei 12.037/2009 (que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado) e a Lei de Execução Penal, para prever a "coleta de perfil genético como forma de identificação criminal".

A Lei 12.654/2012, por mais que empolgada por boa intenção, relativamente à modernização do sistema de identificação criminal, a fim de coibir erronia na elucidação de práticas delitivas, peca, pensamos, relativamente a comezinho aspecto de direito constitucional. Acreditamos que o legislador, talvez premido por um modelo de modernidade líquida, cujos contornos daninhos foram denunciados por Zygmunt Bauman,[1] errou na mão,[2] tisnando seriamente o princípio da dignidade humana.

---

1. Aduz o autor: "O que leva tantos a falar do 'fim da história', da pós-modernidade, da 'segunda modernidade' e da 'sobremodernidade', ou a articular a intuição de uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou ao seu 'limite natural'. O poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico – e assim o tempo requerido para o movimento de seus ingredientes essenciais se reduziu à instantaneidade. Em termos práticos, o poder se tornou verdadeiramente *extraterritorial*, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço (o advento do telefone celular serve bem como 'golpe de misericórdia' simbólico na dependência em relação ao espaço: o próprio acesso a um ponto telefônico não é mais necessário para que uma ordem seja dada e cumprida. Não importa mais onde está quem dá a ordem – a diferença entre 'próximo' e 'distante', ou entre o espaço selvagem e o civilizado e ordenado, está a ponto de desaparecer). Isso dá aos detentores do poder uma oportunidade verdadeiramente sem precedentes: eles podem se livrar dos aspectos irritantes e atrasados da técnica de poder do panóptico. O que quer que a história da modernidade seja no estágio presente, ela é também, e talvez acima de tudo, *pós-Panóptica*." BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 17-18.

2. Acerca do hodierno e renitente desaviso nomogênico, conferir: MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Responsabilidade penal: aspectos polêmicos. In: FERREIRA, Gilmar Mendes; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; Eugênio Pacelli (coords.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 281-285.

É fundamental, num momento nomogenético como o presente, remarcar as liberdades civis. As garantias constitucionais, a blindar o indivíduo diante do Estado, asseguram ao Brasil uma condição mínima de respeitabilidade nos sistemas regional e global de proteção dos direitos humanos. Como ensina Alberto Silva Franco, com apoio em Canotilho: "O Estado de direito é, por último, um Estado de direitos fundamentais. A Constituição garante a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, na sua complexa qualidade de pessoa, cidadão e trabalhador. Neste sentido, o Estado de Direito é um Estado de distância porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos".[3]

Por meio da Internet, já é possível identificar um debate ainda embrionário, mas aceso sobre a lei em testilha. Favoravelmente, Guilherme de Souza Nucci defendeu a constitucionalidade da nova lei, salientando que todos deveríamos ser identificados civilmente com dados genéticos. Sublinhou que a providência seria salutar, mormente na seara criminal, porquanto evitaria erros judiciários, decorrentes de troca de identidades.[4]

Lado outro, assinalou Aury Lopes Jr., alguns cuidados na determinação da medida. No campo processual penal, o doutrinador, diante da gravidade da intervenção corporal, afirmou que seria necessária a concorrência de dois requisitos: (a) necessidade para a investigação, ligada à ideia de que a elucidação da identidade não pudesse ser alcançada por outros meios (*ultima ratio*); e (b) autorização judicial, motivada nos moldes do art. 93, IX, da CF. Propugnou, ainda, o autor a vinculação causal da medida para certo e determinado caso penal. Não tendo a lei preestabelecido um rol de crimes mais graves nos quais seria possível a identificação criminal, antes da condenação, prosseguiu, afirmando a necessidade de ater a juízo de proporcionalidade. Já, no âmbito da execução penal, apontou a impropriedade da estigmatização de certa parcela de condenados.[5]

Nesse contexto, vimos apontar algumas considerações acerca do descompasso da novel legislação com o melhor direito.

---

3. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 34.
4. Nucci, Guilherme de Souza. Comentário sobre a Lei 12.654. 04.06.2012. Disponível em: [pt-br.facebook.com/guilherme.nucci/posts/3634800503024]. Acesso em: 21.06.2012.
5. Lopes Jr., Aury. Comentário sobre a Lei 12.654. 04.06.2012. Disponível em: [pt-br.facebook.com/psadvogado/posts/391495350900884]. Acesso em: 21.06.2012. Conferir, ainda, do mesmo autor: Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim* 236/5-6.

2. A LEI 12.654/2012 E O PROCESSO LEGISLATIVO

O diploma normativo em comento tem como origem o PLS 93/2011, de autoria do Senador Ciro Nogueira, PP-PI. O parlamentar apresentou a seguinte justificação, em março de 2011:

"O presente Projeto de Lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. O sistema, denominado Codis (Combined DNA Index System) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países. O processo para a implantação do Codis começou em 2004. O banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele.

O Codis prevê ainda um banco de identificação genética de criminosos, que conteria o material de condenados. Todavia, a sua implantação depende de lei. É do que trata o presente Projeto. De fato, uma coisa é o banco de dados operar apenas com vestígios; outra é poder contar também com o material genético de condenados, o que otimizaria em grande escala o trabalho investigativo.

A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal.

Evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos etc.) são frequentemente encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. Obviamente que o DNA não pode, por si só, provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime. Atualmente os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos em processos judiciais em todo o mundo.

O DNA pode ser encontrado em todos os fluidos e tecidos biológicos humanos e permite construir um perfil genético individual. Além disso, características moldadas ao longo da história evolutiva dos seres vivos adaptaram o DNA para ser uma molécula informacional com baixíssima reatividade química e grande resistência à degradação. Essa robustez da molécula faz com que o DNA seja ideal como fonte de identificação resistente à passagem do tempo e às agressões ambientais frequentemente encontradas em cenas de crimes.

A determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para muitos fins hoje em dia: demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica."

Pela leitura da justificação, percebe-se a ausência de qualquer preocupação com a compulsória intervenção corporal. Na Comissão de Constituição e Justiça, na Casa Iniciadora, foi designado como relator o Senador Demóstenes Torres, à época DEM-GO, que asseverou o quanto segue, em 24.08.2011:

"(...) Os esforços visando o desenvolvimento da genética forense no cenário nacional resultaram, em 2009, na assinatura do termo de compromisso para utilização do *software* Codis, programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo FBI, como já informado. Em 2010, foi feita a maior instalação do programa Codis fora dos EUA, incluindo 15 laboratórios estaduais, um laboratório federal, mais os bancos nacionais, tanto do Codis 5.7.4 (criminal), quanto do Codis 6.1 (pessoas desaparecidas). Essa estrutura de laboratórios e bancos foi batizada como Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

(...)

A efetiva atuação da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos certamente diminuirá esses índices alarmantes de violência.

Todavia, a legislação em vigor não obriga os condenados por crimes graves a fornecer amostras biológicas de referência.

Entendo, portanto, que a presente proposição ofertará mais eficiência ao banco de dados de identificação de perfil genético, ao permitir a colheita de DNA por procedimento não invasivo, não ofendendo, por conseguinte, os princípios de respeito à integridade física e à dignidade humana.

Cumpre ressaltar que o conceito de crime praticado com violência contra a pessoa abrange a lesão corporal leve, parecendo exagerado submeter o agressor, nesse caso, à identificação genética. Por isso, proponho a alteração da redação do projeto para crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa.

Haja vista que o PLS cuida de identificação genética de condenados, proponho, também, que a sua redação refira-se à "identificação do perfil genético", para guardar coerência com os termos constantes do sistema em implantação no Brasil.

Ademais, dada a afinidade temática, entendo que tal forma de identificação deva constar da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.07.1984) e não de lei autônoma" (destacamos).

Percebe-se que o Senador Demóstenes Torres já indiciou toda a problemática. Foi salientada, na ocasião, a questão, polêmica, da dignidade da pessoa humana no âmbito da norma que então se desenhava.

Em pouco mais de um ano de tramitação, sobreveio, então, a promulgação da lei. É certo, contudo, que ainda não se iniciou o período de vigência, dada a *vacatio legis* de 180 dias, prevista no art. 4.º da Lei 12.654/2012.

Certo é que, no Congresso Nacional – ao menos essa é a sensação que permeia os meios acadêmico e dos operadores do direito – não se empreendeu o necessário debate acerca das consequências e reflexos da alteração legislativa agora aprovada. Deixou-se de promover, com o alento necessário, o valioso instrumento das audiências públicas. Trata-se de mecanismo por meio do qual é conferida voz aos diversos atores sociais, com experiência no assunto, além de se ouvir os especialistas.[6]

Passamos, então, a enfocar alguns aspectos na nova lei.

3. O NOVO BANCO DE DADOS DE PERFIL GENÉTICO E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Na esteira do já existente cadastro fotográfico e de impressões digitais, agora, entre nós, deu-se passo decisivo para o incremento dos registros criminais, para incluir, também, o código genético.

A intervenção na vida das pessoas, numa pós-modernidade cada vez mais marcada pela relativização da privacidade, desenvolve-se num crescendo expo-

---

6. No âmbito do controle de constitucionalidade, as audiências públicas cumprem papel relevantíssimo, enriquecendo o debate na obtenção da melhor interpretação do direito. Eis o que se contém na Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF:
"Art. 9.º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.
§ 1.º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.
§ 2.º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.
§ 3.º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator."

nencial. O fenômeno das redes sociais, desnuda aspecto particularmente sensível: os indivíduos, *sponte propria*, tornam-se reféns de um modelo de comportamento de contração da privacidade. Por meio de celulares inteligentes, sabe-se, em tempo real, onde se está, com quem e fazendo o quê. É uma febre de carregamento de imagens e vídeos (*uploads*) e de publicações de opiniões dos mais variados matizes (*posts*).

No ambiente da persecução penal, em regra, o civilmente identificado não se sujeita ao constrangimento de ter que fornecer suas impressões digitais.[7] Contudo, a própria Constituição Federal, no art. 5.º, LVIII, confere à lei a possibilidade de enumerar as exceções, repise-se: exceções.[8] Logo, está-se num terreno em que é necessário impor barreiras ao comportamento invasivo, prestigiando-se o valor-matriz da pessoa humana.[9]

A Lei 12.654/2012, acerca da identificação no plano da persecução penal, trouxe as seguintes inserções na Lei 12.037/2009:

"Art. 1.º O art. 5.º da Lei n. 12.037, de 1.º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte *parágrafo único*:

'Art. 5.º (...)

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3.º,[10] a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.'

---

7. Conferir significativo ensaio acerca da necessidade legítima de se promover, em certos casos, a colheita de digitais de civilmente identificados: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Identificação criminal: a excepcionalidade necessária. RBCCrim 24/245-255.

8. Conforme dispõe a Lei 12.037/2009:
"Art. 3.º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais."

9. A Lei 12.037/2009 estatui em seu art. 4.º: "Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado".

10. Ou seja, quando "a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa".

Art. 2.º A Lei 12.037, de 1.º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

'Art. 5.º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1.º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2.º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3.º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.'

'Art. 7.º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.'

'Art. 7.º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.'"

Nesse universo, tem-se que o perfil genético ficará armazenado pelo período em que durar a chamada *pretensão punitiva*. Assim, o registro perdurará até o eventual advento da prescrição da ação penal. Há, contudo, outra providência, se houver condenação definitiva, que será tratada no tópico seguinte.

A intervenção corporal, aqui, não se mostra tão distinta do que já se apura na atualidade, quando se está diante da hipótese daquele que não se encontra civilmente identificado, ou, mesmo, naquelas em que a própria lei autoriza a colheita das digitais do portador de documento. Note-se que a lei emprega o termo *sujeitar*. Assim, as pessoas que se enquadrarem nas hipóteses de cabimento da identificação criminal, podem ser *forçadas* a tanto.

A novidade diz com a natureza da invasão. Antes, colhia-se tão somente aspecto externo de seu corpo, as digitais e/ou fotografias. Agora, vai-se além, alcançando-se o âmago do ser. Como a própria lei já antevê, tem-se um mergulho, profundo, na individualidade do investigado. Não parece haver consenso entre os cientistas acerca da amplitude conferida pelo fornecimento do material biológico, como se depreende da posição, cética é certo, de Maria Auxiliadora Minahin:

"É bem verdade que certos receios dizem respeito ao desconhecimento da técnica, o que inclui a ideia de que o material genético armazenado contenha dados que revelem aspectos somáticos ou comportamentais das pessoas. Em vista da dimensão que vêm ganhando a neurocriminologia e a neurogenética, teme-se que o ADN recolhido possa ser utilizado com o fim de estabelecer novas correlações entre crime e estrutura genética, criando vínculos entre etnia, sexo e outros dados físicos e desvios comportamentais. Ocorre, todavia que a parte do ADN usada para obter a impressão genética é considerada imprestável para qualquer outro fim, por isto considerada não codificante já que não traz informação alguma sobre uma pessoa além daquela necessária para a identificação humana. Os marcadores selecionados são os microssatélites (STRs, *Short Tandem Repeats*), exatamente em razão de sua propriedade, isto é, de conterem formas (alelos) variáveis, que mudam de um para outro indivíduo. A análise dessas formas e de sua frequência entre as amostras permite a identificação genética. À luz dessa informação, pretende-se ter superado *as objeções sobre o uso de* ADN na prática criminal forense embora alguns cientistas tenham posições divergentes quanto à neutralidade dos marcadores."[11]

Urge perquirir se é dado ao Estado ingerência de tamanha envergadura. Como já se antevia, defendemos que o legislador violou o *substantive due process of law*. A medida, como prevista, extravasa os parâmetros de proporcionalidade. *In casu*, temos que a novel disciplina armou o Estado com poderes na contramão da *proibição do excesso*. Por mais que a atividade de polícia, tradicionalmente, seja empregada para justificar uma linha demarcatória para o exercício dos direitos fundamentais, é indispensável que se sublinhem os *limites aos limites*.[12]

11. Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova? *Carta Forense*, 02.07.2012 (destaquei).

12. O Prof. português Jorge Reis Novaes ensina que: "a actividade de polícia desenvolve-se com referência a conceitos como os de prevenção de perigos, segurança pública e ordem pública que não são conceitos descritivos, mas sim normativos, densificáveis, através de valorações ou fortemente determinados por valores. Ora, numa ordem jurídica de Estado de Direito Democrático, as representações associadas àqueles conceitos e os juízos de valoração subjacentes à respectiva aplicação só são legitimamente convocáveis se puderem arregimentar, na sua fundamentação, um correspondente apoio ou reconhecimento constitucional e na medida em que não sejam indeterminadamente abusados num sentido lesivo de outros valores constitucionais como sejam os direitos fundamentais. Assim, independentemente do que sejam as representações culturais, morais, religiosas, das maiorias, a actividade de política orientada à defesa da ordem constitucional, abrindo, por essa via, o direito de polícia, situado no ponto

Se, até o presente momento, tolerava-se a gestão estatal sobre o corpo do paciente para o fim de estabelecimento dos registros criminais, acreditamos que a invasão no genoma do investigado, indevidamente, dá ao Estado significativo poder de intromissão no eu mais íntimo do ser. Nesse passo, é de se invocar o conteúdo do art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata da dignidade. Em tal comando, estatui-se, no n. 2: "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação". No mesmo diapasão, colhe-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 12: "Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques". Assim, para que seja possível às instâncias formais de controle ingressar nos escaninhos pessoais de alguém, para alcançar suas cartas e documentos, é necessário rigor todo especial, sujeitando-se a decisão ao dever de, motivadamente, declinarem-se os pressupostos e requisitos de cautelaridade. Todavia, parece-nos evidente que, em se tratando do recôndito biológico da pessoa, ter-se-ia invasão demasiada e, portanto, inconstitucional.

Lembre-se que o STF, enfocando temas dos mais sensíveis e caros,[13] não admitiu a sujeição compulsória a exame de DNA para o fim de investigação de paternidade:

---

de intersecção entre o poder de Estado e liberdade dos cidadãos, ao efeito irradiante dos direitos fundamentais; se aqueles valores de ordem pública constituem eventualmente limites imanentes dos direitos fundamentais são, também, por eles reciprocamente influenciados e limitados, já que a ordem de valores constitucional é ontologicamente determinada pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos e liberdade individuais." *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 480.

13. Tão importante o tema que assentou, noutra oportunidade: "(...) 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável". RE 363.889, Pleno, j. 02.06.2011, rel. Min. Dias Toffoli, acórdão eletrônico repercussão geral – Mérito, *DJe*-238, Divulg. 15.12.2011, Public. 16.12.2011.

"Investigação de paternidade – Exame DNA – Condução do réu 'debaixo de vara'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (HC 71.373/RS, Pleno, j. 10.11.1994, rel. Min. Francisco Rezek, rel. p/ acórdão, Min. Marco Aurélio, *DJ* 22.11.1996, p. 45686).

Naquela ocasião, pela Procuradoria-Geral da República, Cláudio Fonteles, em seu parecer, asseriu: "O processo persegue a verdade, qualquer que seja sua natureza: penal; civil etc. Mas, a tal *desideratum*, e quando o conflito põe-se entre a sociedade e o indivíduo para o privar ou preservar a liberdade – perspectiva típica do processo penal – ninguém pode ser obrigado a autoincriminar-se". Ou seja, mesmo proferindo parecer contrário, o Ministério Público, em tal histórica assentada, ressalvou o campo penal, ressurtindo a impossibilidade de se compelir o investigado criminalmente à sujeição a constritiva realização do exame de DNA.

Não prosperou, no julgamento, o voto do Min. Francisco Rezek, que afirmou: "A Lei 8.069/1990 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado".

Por outro lado, abrindo a divergência e tornando-se relator para acórdão, o Min. Marco Aurélio Mello destacou:

"E o que fez o Colegiado no exercício do crivo revisional? Tal como o Juízo, determinou a submissão do paciente ao exame, contra a respectiva vontade. E mais: a condução 'debaixo de vara', como se fosse possível colocar o paciente em uma camisa de força e aí levá-lo ao laboratório para, imobilizado, ver recolhido do próprio corpo – repito – o material necessário.

(...)

Senhor Presidente, para mim a violência é ímpar e discrepa, sobremaneira, não só da ordem constitucional em vigor, como também das normas instrumentais comuns aplicáveis à espécie.

(...)

É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses e que o sacrifício – na espécie, uma simples espetadela – não é tão grande assim. Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. (...) Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste *habeas corpus* – no sentido de o paciente, réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. *Ainda que houvesse, estaria maculada, considerando os interesses em questão.* (...) Digo isto porquanto a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a Carta Cidadã – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra a imagem das pessoas – inc. X do rol das garantias constitucionais (art. 5.º). *Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa (...)?* É irrecusável o direito do paciente de não ser conduzido, mediante condução, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame" (destacamos).

Desta maneira, fazendo coro com a manifestação do Pretório Excelso, entendemos que a existência de norma que venha ingressar no ordenamento jurídico tendente a forçar alguém a comparecer em laboratório, a fim de fornecer parte de seu corpo, macula o Texto Maior e compromissos internacionais assumidos. Note-se que, além da questão da dignidade, cifrada na *intimidade genética*, milita, no plano processual penal, ainda, a questão da presunção da inocência, blindada pelo *nemo tenetur se detegere*.[14]

Por mais que se queira promover ponderação de bens jurídicos, invocando-se o interesse público cristalizado na busca pela verdade real, pensamos ser indispensável ter em linha de consideração que o Estado não representa um fim em si mesmo, havendo barreiras éticas no cumprimento de sua missão de pacificação social.[15]

---

14. Recentemente, o STJ reconheceu a atipicidade da conduta prevista no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, quando ausente a demonstração de elemento objetivo do modelo incriminador, justamente em prestígio de tais cânones. Trata-se do REsp 1.111.566/DF, da 3.ª Seção do STJ, cujo julgamento foi concluído em 28.03.2012. Inicialmente de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, restou ele vencido, tendo sido inaugurada a divergência com o entendimento do Desembargador-convocado Adilson Vieira Macabu, o acórdão encontra-se, ainda, pendente de publicação.

15. De há muito já se fala em inconstitucionalidade da sujeição compulsória de identificação datiloscópica. Comentando a Lei 10.054/2000, assim se manifestou Rogério

Lembre-se, por fim, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos condenou o Reino Unido pela maneira desproporcional como se empreendeu a colheita e manutenção de impressões digitais e material genético de suspeitos.[16] A Corte considerou que a amplitude dos poderes de retenção das impressões digitais, amostras celulares e perfis de DNA de pessoas suspeitas, mas não condenados por crimes, na espécie, indicou desequilíbrio entre os interesses público e privado, e que o Estado demandado ultrapassou qualquer limite aceitável de apreciação a este respeito. Assim, a retenção em questão constituiu uma interferência desproporcional ao direito dos recorrentes acerca da vida privada e não pôde ser considerada necessária numa sociedade democrática. Daí, o Tribunal acolheu a insurgência dos recorrentes quanto à necessidade de respeito a certas garantias específicas, como também no tocante ao amplo acesso aos dados pessoais em causa e à proteção insuficiente contra o mau uso ou abuso de tais dados. Por fim, reconheceu-se violação do art. 8.º da Convenção,[17] no tal caso.

Marcolini: "A rigor, esta espécie de identificação criminal compulsória, independentemente da certeza da identificação civil, não constitui inovação recente, sendo instituída pela primeira vez com a edição da Lei 9.034, de 03.05.1995, que em seu art. 5.º determina que 'a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil'. (...) o legislador ordinário exorbitou a delegação que lhe foi outorgada pelo legislador constituinte, atentando contra o próprio direito fundamental assegurado pelo preceito inscrito no art. 5.º, LVIII, da Constituição Federal, negando eficácia à norma em determinados casos aleatoriamente considerados.". Identificação criminal compulsória: inconstitucionalidade do inc. I do art. 3.º da Lei 10.054, de 07.12.00. *Boletim do IBCCrim* 99/13.

16. Tal deliberação envolveu dois recursos (n. 30.562/2004 e 305.66/2004) contra o Reino Unido e Irlanda do Norte, apresentados ao tribunal nos termos do art. 34 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais por dois cidadãos britânicos, em 16.08.2004. Aduziu-se que as autoridades continuaram a manter as suas impressões digitais, amostras celulares e perfis de DNA após o processo penal contra eles ter terminado com a absolvição ou com o arquivamento. Case OF S. and Marper *vs.* The United Kingdom (Applications n. 30.562/2004 and 305.66/2004), Estrasburgo, 2008. Disponível em: [http://echr.coe.int/echr/en/hudoc]. Acesso em: 21.06.2012, trad. livre.

17. Reza o mencionado dispositivo:
"Art. 8.º Direito ao respeito pela vida privada e familiar
1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa

Portanto, até mesmo levando em consideração a experiência internacional, tem-se que a inovação legislativa pertinente à identificação criminal, no curso da persecução penal não resiste a exame mais criterioso acerca dos valores fundantes de respeito à pessoa humana.

Afora todos esses argumentos, de contextura material, devem permanecer de pé os fundamentos que inquinam o, já existente entre nós, inc. IV do art. 3.º da Lei 12.037/2009, no tocante à técnica investigativa. Ora, não se coaduna com a ordem constitucional um mecanismo de colheita, compulsória, de elemento de prova. Outra não é a conclusão de Maria Auxiliadora Minahim: "a única finalidade da coleta instituída pela Lei 12.654, é a de provar autoria e, em assim sendo, em dissonância com o LXVIII do art. 5.º da Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio".[18]

4. A NATUREZA JURÍDICA DO NOVEL ART. 9.º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Consta, ainda, da lei em tela a seguinte regra:

"Art. 3.º A Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9.º-A:

"Art. 9.º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990,[19] serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1.º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2.º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético."

---

sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros."

18. Op. cit., loc. cit.

19. Acerca do debate sobre a constitucionalidade do critério de gravidade do crime como *discrimen* para o emprego da medida invasiva da identificação datiloscópica, conferir: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 83.

A cabeça do art. 9.°-A traz uma espécie de efeito da condenação, à semelhança do contido no Capítulo VI do Título V da Parte Geral do Código Penal. Em tal trecho do *Codex*, são enunciadas consequências genéricas e específicas da aplicação da pena criminal. É nesse contexto, por exemplo, que se inserem a perda dos instrumentos do crime, ou do produto do delito, além da incapacidade para o exercício do poder familiar. Os arts. 92 e 93 do CP enumeram, segundo a doutrina, efeitos extrapenais. *In casu*, contudo, está-se a tratar de efeitos eminentemente penais, que se situam não só no Código Penal, mas também no Código de Processo Penal e na Lei de Execução penal.[20]

A reforma pontual em testilha foi gestada, inicialmente, com preocupação processual penal, tendo em mira o aprimoramento da identificação da autoria delitiva. Dela culminou-se, desfuncionalmente, com o estabelecimento de sujeição do condenado a flagrante intervenção corporal.

E, diferentemente do que ocorre com os já existentes efeitos extrapenais da condenação, como pontuado no parágrafo único do art. 92 do CP, que estabelece a necessidade motivadamente declarar-se a restrição na sentença, *in casu*, a coatividade é *ex lege*.

Acreditamos que, à semelhança do exposto em relação à primeira parte do diploma em tela, no concernente à alteração da Lei de Execução Penal, tem-se também contrariedade à Carta da República.

O açodamento na edição da norma resta evidenciado quando se elegeu certa parcela de criminalidade reputada mais reprovável. Nesse diapasão, no art. 9.°-A, prevê-se o fornecimento coativo do material biológico para os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1.° da Lei 8.072, de 25.07.1990. Assim, teria sido excluída parcela do contido no art. 2.°, figuras assemelhadas, como o tráfico de drogas e, em parte, o crime de tortura – que não estão previstos no art. 1.° da Lei dos Crimes Hediondos. Não se esqueça que existe a modalidade de tortura perpetrada mediante grave ameaça. Segundo o parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, já mencionado, a inserção *violência grave* prestou-se a afastar a simples *lesão corporal leve*. Portanto, nessa toada, poder-se-ia entrever que não estaria abarcada pela providência, igualmente, os sujeitos ativos do crime de roubo realizado com lesão corporal leve ou com grave ameaça.

20. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado *de direito penal*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 826.

O critério eleito, aleatória escolha de determinados crimes, faz lembrar, em alguma medida, as *tábuas de prognose*. Estas seriam mecanismos voltados a predizer a reincidência. Alguns autores, tendo por base um paradigma determinista, reconhecem nelas uma índole rígida e estática. "Ela comportaria, por isso, o risco da desumanização e mecanização da Justiça penal, não permitindo, por exemplo, a correta valoração da culpa do delinquente nem a consideração dos traços relevantes da sua personalidade (TAIPA DE CARVALHO (n. 120), p. 160 e ss.; GÖPPINGER (n. 64), 1975, p. 286 e ss.)."[21]

Afora o princípio da proporcionalidade, há outro princípio constitucional implícito, deveras relevante, violado. Note-se que a intenção do legislador, ao estabelecer a consequência penal em questão, diz com a mais eficiente apuração de delitos futuros. Não obstante, trata-se de providência, com nítido matiz processual penal, desligada do fato tratado na sentença condenatória, mas que se projeta para o futuro. Acerca do tema, bem antes da edição da norma, mas de maneira bastante alvissareira, a doutrina já advertia: "A própria criação de uma database de acusados de determinados crimes sofre da incerteza quanto à constitucionalidade, afinal, se daria origem a um banco de informações de futuros suspeitos, algo com características de 'direito penal do autor' em franco descompasso ao princípio da igualdade (art. 5.°, I, da CF) e da culpabilidade (art. 5.°, LVII, da CF)".[22]

Na verdade, a *mens legis* que empolgou a edição da lei em comento insere-se num ambiente de política criminal punitivista, que Miguel Reale Jr. qualificou pela "maximização dos resultados, o eficientismo próprio da sociedade pós-industrial, acima do valor da justiça".[23]

Pois bem, retomando a ideia já desenvolvida no item anterior, acerca da inviolabilidade do corpo, agora no contexto de condenação com trânsito em julgado, não é possível, mesmo aqui, transigir-se com a coercitiva intervenção corporal para a formação de banco genético. Trata-se, pensamos, de franca oportunidade para a aplicação do chamado efeito *cliquet*,[24] ou princípio da ve-

---

21. DIAS, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, p. 149.

22. PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Identificação criminal e banco de dados genético. *Revista do Advogado*. Homenagem ao Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, n. 78, ano XXIV, p. 10.

23. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 320.

24. A propósito do efeito *cliquet*, já se escreveu: "a Corte francesa reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (ou efeito *cliquet*) se aplica em relação aos direitos

dação do retrocesso, que, remarque-se, encontra assento na Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 4.°, n. 3, relativamente à impossibilidade de restabelecer a pena de morte. Assim, em tempos de paz, sendo a privativa de liberdade a pena corporal mais rigorosa, não é viável, nesta quadra da evolução das instituições, retroceder para autorizar, ainda que a título de efeito da condenação, o avanço estatal sobre o organismo do ser humano.[25]

Portanto, o limite de ingerência punitiva sobre o corpo, sob o signo da proibição do retrocesso, residiria na segregação, não se admitindo, a bem do respeito da privacidade e da autodeterminação do sujeito, a invasão do seu corpo para desvendar o seu mapa genético, cujas sendas não é dado ao Estado desbravar, sem o consentimento expresso do seu titular. Zygmunt Bauman, ao fazer interessante cotejo entre a concepção de Durkheim e o que se enxerga hoje, pôs em destaque que quase tudo se mostra efêmero, mas, o corpo humano tende à longevidade, e tem se tornado um valor extremamente caro, e protegido, figurando mesmo como padrão idealizador da comunidade. Aduz o autor: "A nova primazia do corpo se reflete na tendência a formar a imagem da comunidade (a comunidade dos sonhos de certeza com segurança, a comu-

---

de liberdade, no sentido de que é defesa a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente (MARMELSTEIN, 2008, p. 267). Com efeito, conforme destaca o então Conselheiro Luís Manoel César Nunes de Almeida, do Tribunal Constitucional de Portugal, (...) o Conselho Constitucional francês inaugurou a jurisprudência do denominado *effet cliquet* precisamente no domínio das liberdades fundamentais, na sua decisão DC 83-165, de 20.01.1984, considerando que não é possível a revogação total de uma lei, em tais matérias, sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente (...) (Tribunal Constitucional de Portugal – Processo 768/2002 (...). Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html]. Acesso em: 21.07.2011)." MAGRO, Américo Ribeiro; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. Os direitos a prestações materiais e o princípio da proibição do retrocesso social: a autorreversibilidade do legislador em face do "efeito *cliquet*". *Anais do I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*. Paraná: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2011. p. 17.

25. O mencionado princípio encontra eco na jurisprudência do STF, se bem que aplicado na esfera de justiça social: ARE no AgRg 639.337, 2.ª, T., j. 23.08.2011, rel. Min. Celso de Mello, *DJe*-177, divulg. 14.09.2011, Public. 15.09.2011, Ement. vol-02587-01, p. 00125. Interessante lembrar com o Alexandre de Moraes: "O Estado não poderá prever em sua legislação ordinária a possibilidade aplicação de penas que por sua própria natureza acarretem sofrimentos intensos (penas inumanas) ou que *provoquem humilhação*" (destacamos). *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 243.

nidade como viveiro da segurança), padrão do corpo idealmente protegido: a visualizá-la como uma entidade internamente homogênea e harmoniosa, inteiramente limpa de toda substância estranha, com todos os pontos de entrada cuidadosamente vigiados, controlados e protegidos, mas fortemente armada e envolta por armadura impenetrável. As fronteiras da comunidade postulada, como os limites exteriores do corpo, são para separar o domínio da confiança e do cuidado amoroso da selva do risco, da suspeição e da perpétua vigilância. O corpo e também a comunidade postulada são aveludados por dentro e ásperos e espinhosos por fora".[26]

A modificação da Lei de Execução Penal assenta-se num ideal político-criminal de direito penal máximo, que não pode ser chancelado pela ordem constitucional vigente, notabilizada pelo princípio da humanidade da pena, que, aliás, não se coaduna com penas de caráter perpétuo (e, defende-se, seus efeitos, como o ora em comento),[27] na linha do art. 5.°, XLVII, *b*, da CF.

5. CONCLUSÃO

Com o advento da Lei 12.654/2012, dotada de *vacatio legis* de 180 dias, ingressou no ordenamento jurídico um conjunto de normas em descompasso com o direito penal mínimo e, portanto, respeitador do ser humano como valor fundamental da ordem jurídica.

De um lado, no plano da persecução criminal, quando da identificação criminal, ao lado da colheita de digitais e fotografias, agora, admite-se a sujeição do investigado ao fornecimento de material biológico para realização de exame de DNA, para fins de criação de banco de dados genéticos.

De outro, diante da condenação criminal transitada em julgado, sobreveio uma nova figura de efeito da condenação, intercalada nos dispositivos na Lei de Execução Penal, pela qual o apenado em crimes de especial gravidade, é forçado a fornecer material biológico, também para alimentar a base de dados genéticos.

Em ambos os planos, tem-se como inaceitável retrocesso, burla às conquistas liberais, a intervenção desproporcional no recôndito do organismo humano, por meio de expediente que, além de permitir a identificação do indivíduo, ainda franqueia ao Estado o conhecimento de um sem número de peculiaridades da pessoa, como enfermidades e vícios.

---

26. Op. cit., p. 210-211.

27. Pela redação da Lei 12.654/2012, relativamente ao art. 3.°, que altera da Lei de Execução Penal, não há qualquer limite temporal para os registros genéticos.

Ademais da violação da proibição do excesso, pode-se invocar o efeito *cliquet*, ou o princípio da proibição do retrocesso, como se verifica expressamente no art. 4.º, n. 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse panorama, tem-se que, figurando a pena privativa de liberdade como a mais contunde reprimenda corporal, não seria possível, no atual estágio de desenvolvimento democrático, criar-se nova modalidade de intervenção penal no organismo do ser humano. Trata-se de providência maculada, ademais, pela pecha da perpetuidade, como deflui do novel art. 9.º-A da Lei de Execução Penal, tendente à elucidação de eventuais futuros delitos, na contramão do princípio do fato.

6. BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A nova regulamentação da identificação criminal. *Boletim do IBCCrim*. n. 100. p. 9-10. São Paulo: IBCCrim, mar. 2001.

_____. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMAS-MARTY, Mirelle. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminológica*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

LOPES JR., Aury. Comentário sobre a Lei 12.654. 04.06.2012. Disponível em: [pt-br.facebook.com/guilherme.nucci/posts/391495350900884]. Acesso em: 21.06.2012.

_____. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim*. n. 236. p. 5-6. São Paulo: IBCCrim, jul. 2012.

MAGRO, Américo Ribeiro; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. Os direitos a prestações materiais e o princípio da proibição do retrocesso social: a autorreversibilidade do legislador em face do "efeito *cliquet*". *Anais do I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*. Paraná: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2011.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Responsabilidade penal: aspectos polêmicos. In: FERREIRA, Gilmar Mendes; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coords.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCOLINI, Rogério. Identificação criminal compulsória: inconstitucionalidade do inc. I do art. 3.º da Lei n. 10.054, de 07.12.00. *Boletim do IBCCrim*. n. 99. p. 13-14. São Paulo: IBBCrim, fev. 2001.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Fernando. PF só usa grampos telefônicos em 0,5% dos seus inquéritos. *Folha de São Paulo*, Poder, 10.06.2012.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova? *Carta Forense*, 02.07.2012.

NOVAES, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Comentário sobre a Lei 12.654. 04.06.2012. Disponível em: [pt-br.facebook.com/guilherme.nucci/posts/3634800503024]. Acesso em: 21.06.2012.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Identificação criminal e banco de dados genético. *Revista do Advogado*. Homenagem ao Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. n. 78. ano XXIV. São Paulo: AASP, set. 2004.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1986.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Crimes hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SOUZA, Priscila Cavalcante de. *Aplicação do DNA na identificação humana em investigações criminais*. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2011.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Identificação criminal: a excepcionalidade necessária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 24. p. 245-255. São Paulo: Ed. RT, out.-dez 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo Autor

- O islamismo e a pena de morte: a particular ótica de um muçulmano, brasileiro e pesquisador de direito penal sobre as normas corânicas, de Mohamad Ale Hasan Mahmoud – *RBCCrim* 86/427.

STUDY ON THE EXISTING TOOLS FOR MEASURING CRIME

1

Estudo sobre as ferramentas existentes para medir o crime

ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA

PhD University of Salamanca. She is a full professor for Criminal Law at the University of Salamanca (Spain). She was a full professor for Criminal Law at the University of La Rioja (1999-2009) and judge at the Audiencia Provincial of La Rioja. She leads the project "Universal justice: its foundation and its limits", funded by the Spanish Ministry of Economy and Competiveness. She is the head of the Salamanca University research project "New European Crimes and Trust-based Policy" (Fiducia), funded by the European Union.

CARMEN DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

PhD University of Salamanca. To carry out her PhD, she received grants from the German Academic Exchange Service (2009) and the Spanish Ministry of Education (2005-2009). She is a researcher at the University of Salamanca (Spain). She undertook a post-doc research at the University of Cologne funded by the Spanish Ministry of Education (2011-2012).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este trabalho sintetiza boa parte da literatura existente sobre as tendências da criminalidade na Europa, e revisa os estudos que foram feitos até a presente data, abrangendo o conteúdo, alcance e relevância dos esforços existentes para descrever as tendências a nível europeu. Somente os conjuntos de dados mais

ABSTRACT: This paper synthesizes much of the existing literature regarding crime trends in Europe, and reviews studies that have been made until the present date, covering the content, scope, and relevance of existing efforts made to describe trends at the European level. Only the most representative datasets at the European

representativos a nível europeu e mundial têm sido analisados no âmbito deste trabalho. Esses conjuntos de dados incluem: the European Crime and Safety Survey, the European Social Survey, the European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics, the European Union Minorities and Discrimination Survey, the Eurostat Crime Statistics ("Statistics in focus"), the International Crime Victims Survey, the International Self-Report Delinquency Survey, the International Violence Against Women Survey and the UN Surveys on Crime Trends and Criminal Justice Systems.

PALAVRAS-CHAVE: Estatísticas da polícia - Autorrelato de pesquisa em delinquência - Criminologia - Pesquisa de vitimização - Tendências da criminalidade.

level and worldwide have been analysed within this work, namely, the European Crime and Safety Survey, the European Social Survey, the European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics, the European Union Minorities and Discrimination Survey, the Eurostat Crime Statistics ("Statistics in focus"), the International Crime Victims Survey, the International Self-Report Delinquency Survey, the International Violence Against Women Survey and the UN Surveys on Crime Trends and Criminal Justice Systems.

KEYWORDS: Police statistics - Crime trends - Criminology - Self-reported delinquency survey - Victimisation survey.

TABLE OF CONTENTES: 1. Introduction. Data collection mechanisms: recorded data and survey based data - 2. Worlwide datasets: 2.1 International crime victim survey; 2.2 International self-report delincuency study; 2.3 International woman victim survey; 2.4 Un surveys on crime trends and criminal justice systems; 2.5 Others datasets: measuring organized crime - 3. Datasets at the european level: 3.1 European crime and safety survey; 3.2 European social survey; 3.3 European sorcebook of crime and criminal justice statistics; 3.4 European union minorities and discrimination survey; 3.5 Eurostat crime statistics ("statistics in focus") - 4. Use of existing datasets - 5. Conclusion and recommendations for further improvement - 6. References - Appendix 1: electronic sources of information.

1. INTRODUCTION. DATA COLLECTION MECHANISMS: RECORDED DATA AND SURVEY BASED DATA

Criminologists[1] have used police statistics to measure crime since the first half of the nineteenth century, when the first police statistics of recorded crime

1. The present paper was carried out within the project "New European Crimes and Trust-based Policy" (Fiducia), funded by the European Commission through the Seventh Framework Programme for Research and Development (SSH.2011.3.2-1, Criminal behaviour and policy responses in the European Union. Grant Agreement n. 290.563/Fiducia). More information on the Fiducia project at [www.fiduciaproject.eu/]. Last accessed on: 10.08.2012.

were developed.[2] Nowadays, police statistics are the most readily available dataset other than victimisation surveys and self-reported delinquency surveys. However, weaknesses of official statistics are widely known. By definition, such figures only include crimes that are reported to and subsequently recorded by the police; so consequently, they ignore the "dark figure" of unreported or unrecorded crime.

In addition, there are factors that determine the outcome of police statistics on recorded crime to the extent that making reliable comparisons of crime across countries is difficult. According to von Hofer,[3] three such factors can be identified: statistical, legal and substantive factors. Statistical factors refer to the way in which crime statistics are elaborated (e.g. statistics are affected by the moment at which an offence is recorded, either at the time of reporting to the police, or later on). Legal factors include, among others, the way the crime is defined in the relevant legislation, as well as various related aspects of the judicial process. Substantive factors refer to the propensity to report and to record offences, and to the actual crime levels. Aebi[4] adds criminal policy factors, which refer to crime and crime prevention policies applied by a country, and may affect the other three factors mentioned. For instance, the application of a zero-tolerance policy should lead to an increase in the offences recorded by the police, at least during the first months of its application, because if the police are interested in every offence, the number of recorded offences should increase.

All aforementioned factors make it difficult to draw reliable comparisons on crime across countries (or even within a country over time). Although that does not mean that police statistics suffer from the lack of any validity, it does mean they are an insufficient means of measuring crime and therefore need to be complemented. For this reason, alternative methods to measure crime have been introduced: victimisation surveys and self-reported delinquency studies.

Instead of counting offences reported to the police, victimisation surveys ask the public at large whether they have experienced crime. However, comparing the results from national victimisation surveys such as the National

2. AEBI, M.; LINDE, A. Conviction statistics as an indicator of crime trends in Europe from 1990 to 2006. *European Journal on Criminal Policy and Research* 18, p. 4, 2012.

3. VON HOFER, H. Crime statistics as constructs: the case of swedish rape statistics. *European Journal on Criminal Policy and Research* 8, p. 78, 2000.

4. AEBI, M. Methodological issues in the comparison of police-recorded crime rates. In: SHOHAM, S., KNEPPER, P.; KETT, M. (eds.). *International handbook of criminology*. Boca Raton: CRC Press, 2010, p. 213.

Crime Victimisation Survey in the United States and the British Crime Survey also presents challenges because the questionnaires and methodologies differ.[5] Nevertheless, victimisation surveys devised by international organizations (especially the International Crime Victims Survey – see below 3.1) using uniform offence definitions and standardized sampling and interview methods allow scholars to draw reliable comparisons on crime. Therefore, they have become the preferred source of information on levels of crime in many developed countries.[6] Unfortunately, representative victimisation surveys are scarce among the developing countries.[7]

In self-reported delinquency studies, individuals – usually juveniles – are asked if they have engaged in delinquent behaviours. Since the first studies, the self-report methodology has become much more sophisticated in design, making it more reliable and valid. Therefore, along with victimisation surveys, they are nowadays widely accepted as important tools to measure crime. If the studies are conducted with the same questionnaire and the same methodology, they are an alternative to the official statistics on recorded crime for making reliable cross-national comparisons. The general view is that a combination of official recorded data and survey-based data is the best way to go about assessing crime.[8]

This report examines the most representative crime indicators in existence world wide and at European level, based either on official recorded data or on surveys (see table 1). Specially, ten datasets are considered in detail below. The first five datasets cover the entire world, while the remaining sets cover European countries (see table 2). Concerning each dataset, its content, scope and relevance are analysed. The last section offers a brief review on the current use of the existing datasets on crime trends. Finally, the main results of this study are summarised in the conclusion.

---

5. LEWIS, C. Crime and justice statistics collected by international agencies. *European Journal on Criminal Policy and Research* 18, 2012, p. 9. See too VAN DIJK, J.; VAN KESTEREN, L.; SMIT, P. *Criminal Victimisation in International Perspective. Key findings from the 2004-2005 ICVS and EU ICS*. WODC Report 257. The Hague: Boom Jurisishe uitgevers, 2007, p. 11.
6. Idem, ibidem.
7. HEISKANEN, M. (2010). Trends in police recorded crime. In: HARRENDORF, S.; HEISKANEN, M.; MALBY, S. (eds.). *International Statistics on Crime and Justice*.Heuni-Unodc, Helsinki, 2010, p. 34.
8. ALVAZZI DEL FRATE, A. Crime and criminal justice statistics challenges. In: HARRENDORF, S.; HEISKANEN, M.; MALBY, S. (eds.). *International Statistics on Crime and Justice*, Heuni-Unodc, Helsinki, 2010, p. 179.

Table 1. List of datasets on crime based on official recorded data and on surveys

	Crime data source
Based on official data	- European Sourcebook of Crime and Criminal Justice statistics - Eurostat Crime statistics ("Statistics in focus") - UN Surveys on Crime Trends and Criminal Justice Systems (UN-CTS)
Based on surveys	- European Crime and Safety Survey (EU ICS) - European Social Survey (ESS) - European Union Minorities and Discrimination Survey (EU MIDIS) - International Crime Victims Survey (ICVS) - International Self-Report Delinquency Survey - International Violence Against Women Survey (IVAWS) - Organised crime indicators

Table 2. List of datasets on crime worldwide and at European level

	Crime data source
World wide	- International Crime Victims Survey (ICVS) - International Self-Report Delinquency Survey - International Violence Against Women Survey (IVAWS) - Organised crime indicators - UN Surveys on Crime Trends and Criminal Justice Systems (UN-CTS)
European level	- European Crime and Safety Survey (EU ICS) - European Social Survey (ESS) - European Sourcebook of Crime and Criminal Justice statistics - European Union Minorities and Discrimination Survey (EU MIDIS) - Eurostat Crime statistics ("Statistics in focus")

2. WORLWIDE DATASETS

The most important worldwide datasets on crime are reviewed in this section, focusing on the organization which collects the information, the years covered, the geographical coverage, the types of crime, the weaknesses, the strengths and the relevance of the data source.

2.1 International crime victim survey

The International Crime Victims Survey (ICVS)[9] is a programme of standardised sample surveys that evaluate selected homeowners' experiences

9. Contributor to this section: Rita Haverkamp (Max Planck Institute for Foreignand International Criminal Law, Germany).

with crime, policing, crime prevention and feelings of insecurity in a large number of countries. The ICVS became operational in 1989, with the main objective of advancing international comparative criminological research beyond the constraints of officially recorded crime. The next sweeps took place in 1992, 1996, 2000 and 2004-2005. Over that period, the database included 325,454 individual respondents in 78 different countries (nationwide in 37 countries). In 2009, a new sweep was conducted in five European countries (Denmark, Germany, The Netherlands, Sweden and United Kingdom) and in Canada. The results of this latest sweep had not been made available to the public at the time of writing this deliverable (May 2012).

The first ICVS was coordinated by the Dutch Ministry of Justice (WODC). Since the beginning of the 1990s, the ICVS has been mainly coordinated by the United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), and has been expanded to Eastern Central Europe and developing countries. In 2005, the European Commission co-financed the European Survey on Crime and Safety (see below 4.1), which overlapped with the 2005 ICVS.

The fifth round of the ICVS (2004/2005; referred to below as the ICVS-5) gathered data from 30 countries, including the majority of the developed countries, and data from 33 main cities of a selection of developed and developing countries. Altogether, the ICVS-5 collected data from 38 countries. For the first time, data was available on Hong Kong (Special Administrative Region of China) and Istanbul (Turkey). Surveys were also done in Buenos Aires (Argentina), Johannesburg (Republic of South Africa), Lima (Peru), Maputo (Mozambique), Mexico, Phnom Penh (Cambodia), and Rio de Janeiro and São Paulo (Brazil).

The sample size is generally around 2,000 people per country. In most countries the survey was carried out among samples of the national population and a booster sample of the population living in the main cities. EU member states, for example, divided their sample size into a larger national section with a targeted size of 1,200 people and a relatively smaller main city part with a targeted size of 800 people. Participants (the people who are polled) are16 years of age or older.[10]

The data is collected by two means: Computer Assisted Telephone Interviews (CATI) and face-to-face interviews. CATI was employed in 24 of the 30 country surveys. Interviews were carried out via fixed telephones, with the exception of Finland, where an additional sub-sample was interviewed

10. VAN DIJK, J.; VAN KESTEREN, L.; SMIT, P. Op. cit., p. 31-32.

via mobile phones. The difference in Finland was due to the emerging trend among specific population groups to exclusively use mobile phones, which is stronger than anywhere else in Europe. Face-to-face interviews were carried out in Poland, Estonia, Bulgaria, Turkey (Istanbul), Japan and in all developing countries.[11]

ICVS provides a measure of common crimes to which the general public is exposed, including relatively minor offences as well as more serious crimes:

– Vehicle related crimes: theft of a car, theft from a car, theft of a motorcycle or moped, and theft of a bicycle;

– Burglary, attempted burglary and theft of personal property;

– Contact crimes: robbery, sexual offences, and assault and threat.

For the types of crimes covered, the ICVS asks about incidents that largely accord with legal definitions of common offences, using colloquial language. Respondents are asked about victimisation by ten types of common crime that they themselves or their household may have experienced. Household crimes are those which can be seen as affecting the household at large, and respondents report on all incidents known to them. The questionnaire covered the following as separate household crimes: car theft (including joyriding), theft from or out of a car, motorcycle theft, bicycle theft, burglary and attempted burglary. For personal crimes, respondents report on what happened to them personally. Types of personal crimes included are sexual incidents (including serious incidents like rape and other sexual assaults), threats and assaults (including assaults with force), robbery and theft of personal property (including pickpocketing).[12]

Through a set of special questions the survey also gathers information on non-conventional crimes such as street-level corruption (bribe-seeking by public officials), consumer fraud (including internet-based fraud and credit card fraud), drug-related problems and hate crimes (in the EU).

ICVS is "the largest ever multi-national effort to apply the science of criminology to measuring and comparing rates and trends in the harm of crime, how it affects victims, and how crime victims perceive the governmental responses to their crimes." This was declared by the Co-Chair of the International Jury for the Stockholm Prize, Professor Lawrence Shermann, when Professor Jan

11. A detail description of the ICVS methodology is available in VAN DIJK, J.; VAN KESTEREN, L.; SMIT, P. Op. cit., p. 23.

12. Idem, p. 22.

van Dijk was awarded with the 2012 Stockholm Prize in Criminology for his sustained leadership of the ICVS since 1989.

ICVS is widely accepted as one of the most important tools to measure and compare crime across countries. Scholars have pointed out many reasons to prefer ICVS over official statistics on recorded crime.[13] First, it overcomes the well-known shortcomings of the police statistics (different definitions of the types of crime, different recording practices and counting rules, differences in willingness of the public to report crimes to the police, etc.). Second, standardised questionnaires are employed in all countries, allowing for more reliable comparisons than with separate surveys conducted differently, in different countries at different times. Finally, the data is not influenced by agencies affected by political or ideological ideas of governments of the individual countries.

However, ICVS suffers from certain limits that are pointed out, for example, by the authors of the report, Criminal Victimisation in International Perspective – Key findings from the 2004/20005 ICVS and EU ICS.[14] For instance, full standardisation of all design aspects has proven to be unattainable, especially in developing countries. Although there are no reasons to assume that comparability has in any way been systematically compromised, results may have been affected in individual countries in unknown ways due to divergent design features (mode of interviewing, period in which the fieldwork was done) and relatively small samples interviewed (2,000 in most countries and 800 in most cities). In addition, the ICVS ignores victimisation by complex crimes such as grand corruption or organised crime. ICVS-based prevalence rates cannot be reliably used as an indicator of these other types of crime. Furthermore, the sample of countries included in the ICVS has changed somewhat from one sweep to the next, which can make the analysis of trends over time difficult.[15] Only Canada, England & Wales, Finland, the United States and the Netherlands have taken part in the five ICVS rounds.

2.2 International self-report delincuency study

The first International Self-Report Delinquency Study (ISRD)[16] was launched in 1992 by the Research and Documentation Centre (WODC)

13. LEWIS, C. Op. cit., p. 9; TSELONI, A.; MAILLEY, J.; FARREL, G.;TILLEY, N. Exploring the international decline in crime rates. *European Journal of Criminology* 7 (5), 2010, p. 378; VAN DIJK, J.; VAN KESTEREN, L.;SMIT, P. Op. cit., p. 11.

14. VAN DIJK, J.; VAN KESTEREN, L.;SMIT, P. Op. cit., p. 11.

15. TSELONI, A.; MAILLEY, J.; FARREL, G.; TILLEY, N. Op. cit., p. 377.

16. Contributor to this section: Nieves Sanz Mulas (University of Salamanca, Spain).

of the Dutch Ministry of Justice with the following objectives: To examine cross-national variability in patterns of self-reported delinquent behaviour; to measure the relative rank-ordering of prevalence of different types of juvenile delinquency in industrialized countries; to study cross-national variability in self-reported behaviours; and to contribute to the methodological development of the self-reported method.[17] The study was based on self-report delinquency data collected in 13 countries.[18] The target group was 12-18 year olds. Six of the countries used school-based samples, while the rest used samples based on population; some used city-based samples; other used national samples.

The interesting outcomes of the first comparative study[19] encouraged the organisers to carry out a second study (ISRD-2). Data collection for the ISRD-2 took place between november 2005 and february 2007 with a larger number of countries and an expanded questionnaire.

ISRD-2 is a large international collaborative study of delinquency and victimization of 12-15-year-old students. As the primary sampling unit it used 7th, 8th and 9th grade classes, stratified by school type. Most of the countries (22) used city-based sampling, averaging about 700 students from a large city or metropolitan area, 700 from a medium-size city and 700 from a cluster of small towns; altogether, samples of about 2,100 students per country. However, nine countries opted for national samples.[20]

The questionnaire was collectively produced by the participants in a number of workshops. It has a core module, which every participant has to include in order to be part of the ISRD-2 study, and additional modules of questions to fit individual countries' interests because countries differ in many respects, such as to their administrative structure, geography, size of population, degree of urbanization and culture, as well as in research resources.

17. JUNGER-TAS, J. The significance of the international self-report delinquency study (ISRD). *European Journal on Criminal Policy and Research* 16, 2010, p. 73.

18. Belgium, Finland, Germany, Great Britain, Greece, Italy, New Zealand, Northern Ireland, Portugal, Spain, Switzerland, The Netherlands and the United States (Nebraska).

19. See JUNGER-TAS, J.; TERLOUW, G.; KLEIN, M. (eds.). *Delinquent behaviour among young people in the western world: first results of the international self-report delinquency study*. Kluger, Amsterdam, 1994.

20. Detailed description of the ISRD-2 methodology is available in JUNGER-TAS, J.; MARSHALL, I.; ENZMANN, D.; KILLIAS, M.; STEKETEE, M.; GRUSZCZYNSKA, B. (eds.). *Juvenile delinquency in Europe and beyond. results of the second international self-report delinquency study*, Springer, Berlin.

Most of the questions are closed-ended, often with an 'other' open-ended response possibility. The questions focus on social demographic background information (including immigration status), family, neighbourhood, school, leisure activities, and friends. There are also questions about major life events, attitudes toward violence, and (low) self-control. The questions are mostly drawn from social control and opportunity theories. A major part of the survey consists of questions about 12 different types of delinquency: carrying a weapon, group fights, assault, extortion, snatching, vandalism, shoplifting, bike theft, theft from a car, car theft, burglary and drug dealing. Students were also asked about substance use (drugs and alcohol) and about victimisation (including bullying). Questions on substance use were not treated as measures of delinquency. The questionnaires were usually completed in a classroom setting, using pencil and paper. Nevertheless, a few countries (e.g. Switzerland) used computerized administration of the questionnaires.

The selection of countries for the ISRD-2 was not based on a random sampling of the nations in the world, but on the shared interest among researchers working in universities, research institutes and government agencies in these countries. 31 countries took part in the ISRD-2, most of which are European: 15 Western European countries (12 of which are EU Member States),[21] 10 Eastern European countries,[22] Canada and the United States,[23] and for the first time, some countries outside Europe and North America.[24]

The ISRD-2 faced enormous challenges. First, each participating country had to obtain its own funding (with the exception of six Central and Eastern European countries which were funded by the EU) since there is not a central funding agency. Second, many problems related to language, cultural misunderstanding, and logistical and practical issues were found because of the large number of foreign collaborators. Finally, most countries faced some problems with respect to executing the classroom-based sample plan (e.g. parental consent was often not given or severely limited the response rate).

Despite these challenges, the ISRD-2 was eventually carried out and yielded findings of considerable interest for both academics and policymakers. As is

21. Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, plus Iceland, Norway and Switzerland.

22. Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Lithuania, Poland, Slovenia, plus Armenia, Bosnia-Herzegovina and Russia.

23. For states were represented: Illinois, Massachusetts, New Hampshire and Texas.

24. Aruba, the Netherlands Antilles, Suriname and Venezuela.

well known, most of the existing available international tools for measuring crime refer only to adult criminal behaviour. However, youth crime is perceived as a major problem in many countries. In this context, the ISRD-2 study offers useful information to policymakers in participating countries, enabling them to adapt their youth policies in terms of social policy, education, prevention and youth welfare. Similarly, the ISRD-2 study will permit scholars to identify delinquency trends in a growing number of countries, while simultaneously testing criminological theories.[25]

2.3 International woman victim survey

The International Violence Against Women Survey (IVAWS)[26] is an international, comparative survey on violence perpetrated by men against women. The IVAWS project was initiated in 1997 by Heuni. Currently, the project is coordinated by Heuni with inputs from the United Nations Office on Drugs and Crime (Unodc), the United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (Unicri) and Statistics Canada.

The IVAWS relies largely on the network, infrastructure and methodology of the ICVS. It uses both telephone and face-to-face interviews. In countries with adequate telephone coverage, and a history of telephone interviewing, Cati was used. In developing countries and countries with inadequate telephone coverage, however, face-to-face interviews were preferred.

A pilot study was commenced in November 2001, with Canada carrying out a 100 respondent pilot study at the end of the year. During the next year, pilot studies took place in 12 countries, including Argentina, Australia, Costa Rica, Denmark, Indonesia, Italy, Kazakhstan, Philippines, Poland, Serbia, Switzerland and Ukraine. After more testing and discussion, the questionnaire was finalised and now is available for use in full-fledged surveys. Full-fledged surveys have been carried out in 11 countries: Australia, China (Hong Kong), Costa Rica, the Czech Republic, Denmark, Greece, Italy, Mozambique, the Philippines, Poland and Switzerland.

The IVAWS measures two different types of violence against women: physical (including threats of physical violence) and sexual (including unwanted sexual touching). The most recent incidents of partner violence and

25. JUNGER-TAS, J. The significance... cit., p. 85.

26. Contributor to this section: María C. Gorjón Barranco (University of Salamanca, Spain).

non-partner violence are then explored in closer detail. Case details include information including possible injuries, need for medical care, reporting (or not reporting) to the police, and the respondent's views on how her voice was heard.

The IVAWS faces some challenges. Interviewing women directly about their experiences of physical, sexual and psychological violence raises some important ethical and methodological questions for researchers. The sensitivity of these issues raises questions about trust, confidentiality, and about the safety of respondents and interviewers, as emotional trauma may be re-induced when talking about these experiences. Therefore, interviewers (only females) need to be equipped to encourage completion of the questionnaire. However, not too much pressure should be put on interviewers or respondents if respondents refuse to participate in the survey.

In order to minimise initial refusals, interviewers introduce the IVAWS as a survey on personal safety, not as a survey on violence. In addition, efforts are taken to ensure that the interview can be conducted in private. If the respondent is unavailable for participation, measures are taken to reschedule or relocate the interview. In order to accommodate themselves to different scenarios during fieldwork, interviewers and researchers need to familiarise themselves with the community and the different social and cultural issues in the areas where they are interviewing (e.g. intergenerational households, high unemployment, dowry, customary marriages, polygamous marriages etc.).[27]

Finally, it is worth noting that the IVAWS offers a basis for national action and debate on the issue, especially in countries where there is little or no information on the extent of men's violence against women.

2.4 Un surveys on crime trends and criminal justice systems

The United Nations Survey of Crime Trends and Criminal Justice Systems (UN-CTS) has been carried out since 1984 by the United Nations Office on Drugs and Crime (Unodc). At first, five-year intervals were used, but since then, intervals have shortened. The 11th and 12th sweeps, which are currently being analyzed, cover three years from 2007 to 2009. Currently, data is being

27. NEVALA, S. *Violence against women: A statistical overview, challenges and gaps in data collection and methodology and approaches for overcoming them.* Paper for the expert group meeting organized by UN Division for the Advancement of Women in collaboration with Economics Commission for Europe (ECE) and World Health Organisation (WHO), Geneva, 11-14 apr. 2005.

collected from member States regarding 2010, and the intention is to continue collecting information annually.

The United Nations Secretariat prepares a questionnaire to be sent to all UN member states, asking for statistical data on reported offences. Information is also requested regarding various indicators of performance of the criminal justice system. The questionnaire is sent out in Excel-format, which is intended to simplify responding and analysis.

Each member state determines its own coordinating body, which may be, for example, a central statistical office, the office of the Prime Minister, or the Ministry of Justice.

Due to "questionnaire fatigue", the UN Secretariat has been forced to simplify the questionnaire time and time again. Earlier questionnaires covered a broad spectrum of offences. The most recent sweep asks for crime data on intentional homicide, assault, sexual violence, robbery, kidnapping, theft, motor vehicle theft and burglary only. Working definitions of each offence are included in the questionnaire. Data is also requested on the total number of persons brought into formal contact with the police and/or the criminal justice system. Some additional questions concern, for example, the number of each type of offences in the largest city, and the number of foreign victims of violence.

The data requested is based on official statistics voluntarily submitted to the UN Secretariat. The latter fact encompasses a number of weaknesses and strengths. As major weaknesses, for instance, the following can be named:

– The general non-response rate is very large. Even when responses are received, many questions remain unanswered (i.e. the item non-response rate is very large). Approximately 50% of all member states actually complete the survey, and many of those do not complete it all.[28] It is not clear if the statistics are unavailable, or if the respondent simply did not fill out the questionnaire as fully as possible.

– It is not necessarily clear whether the respondents are in fact sufficiently knowledgeable to respond correctly.

– The questionnaire is sent out in the six official UN languages. In many countries, the competent authorities do not necessarily have a working knowledge of any of these languages.

– Although the respondents are asked if the data reported complies with the definition given to each offence, this option is rarely used.

28. LEWIS, C. Op. cit., p. 7.

– Year-to-year comparability is hampered because no data is collected on possible changes in the legal definitions of offences.

– In many (in particular non-European) countries, the statistics reported to the UN Secretariat may be "massaged", e.g. underreported.

– Since the data gathered refers to official data, it does not include hidden crime.

– All in all, data is only available for a few types of offences, for some countries, and for some time periods. The data provided may be erroneous or intentionally misleading, and will certainly, even at best, show only part of actual crime.

On the other hand, the following strengths of this source of crime data must be underlined: The data has been collected for almost thirty years, and thus provides a source for following long-term developments. Since it is official data, it reflects the activity of the police and the courts in respect to the offence categories used, and in this respect long term changes are of interest. In addition, validation of the data has indicated that, by and large, the national-level data tends to correlate well with other available sources of crime data.

The UN data provides, in a way, a suitable "first point of call" when looking at crime statistics internationally. The data set is – or should be – the same as to what can be secured by requesting statistics directly from the authorities of each country. Within the European context, the value of the UN data set is somewhat offset by the fact that the European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics covers at least the same ground, and is in many ways broader, more rigorous, and more reliable.

From the point of view of the Member States of the European Union, this data source provides in addition an archive which can be "mined" for indications of long-term developments. Many – but not all – EU Member States respond to the UN questionnaire, and in general the responses given by EU Member States are among the more comprehensive that are provided.

The UN data also provides a point of reference, since comparisons can be made to long-term developments in other European countries, and in other regions.

The processing of the data, which has been spearheaded by European working groups coordinated by Heuni, and by global analysis coordinated by the Unodc, has improved general awareness of inherent limitations on the comparability of statistical data, has attempted to improve national data collection procedures, and has also stimulated alternative data collection exercises.

2.5 *Others datasets: measuring organized crime*

Organised crime[29] and other forms of so-called emerging crime simply cannot be measured by official statistics or victimisation surveys. Official statistics do not show the true extent of this criminal activity. For instance, low rates of court cases on organised crime may be due to police corruption and political interference in prosecuting and sentencing. Therefore, low rates may point to high rather than low prevalence of this type of crime. Neither do victimisation surveys in households show the real extent of this criminal activity since ordinary households are not directly victimised by organised crime.[30] Therefore, other sources have been explored. This section introduces some of them. Prof. Jan van Dijk has carried out various attempts to develop indicators of organised crime.[31] Earlier efforts include Heuni's work on developing so-called indexes of various forms of crime (including e.g. motor vehicle crime, violent crime and corruption), that would be more robust than the basic statistics.[32] The UN Secretariat is currently looking at various indicators of the extent of emerging forms of crime.[33]

The assumption is that organised crime and many forms of emerging crime are typically hidden crime (which is thus not reflected in official statistics) but are also conceptually rather vague, and thus would not necessarily fit in with existing legal definitions. This obviously hampers international comparisons.

In such a case, the first point of call would be victimisation surveys. However, once again many forms of organised crime and corruption may involve victims

29. Contributors to this section: Markku Heiskanen, Anniina Jokinen, Matti Joutsen and Minna Viuhko (European Institute for Crime Prevention and Control – Heuni, Finland).

30. VAN DIJK, J. Mafia markers: assessing organized crime and its impact upon societies. *Trends in Organized Crime* 10, 2007, p. 40.

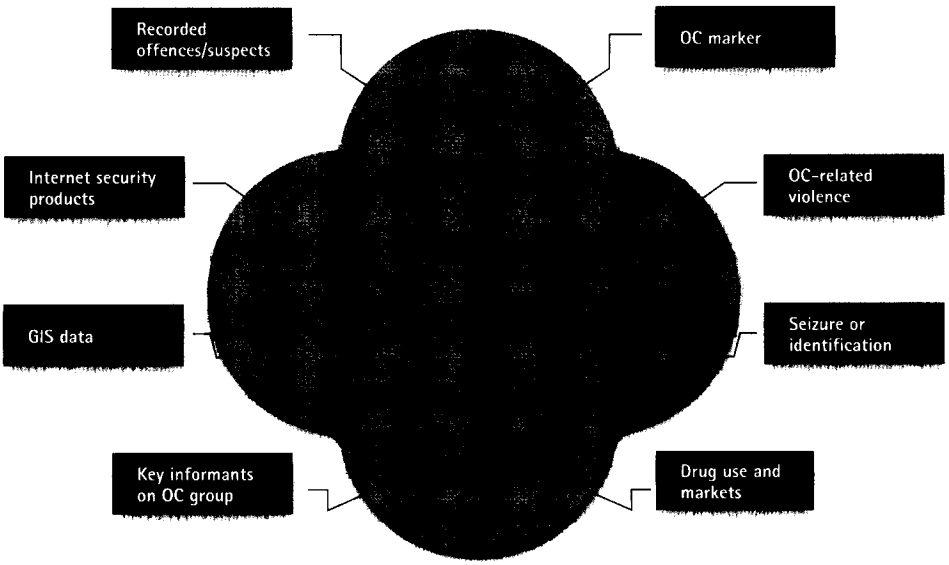
31. VAN DIJK, J. *The World of Crime*, Sage Publications 2008; VAN DIJK, J. Mafia markers... cit.; VAN DIJK, J. The international crime victims survey and complementary measures of corruption and organised crime. *Crime Prevention Studies*, vol. 22: 125-144, 2007.

32. AROMAA, K.; LEPPÄ, S.; NEVALA, S.; OLLUS, N. (eds.); Crime and criminal justice in Europe and North America 115-1997: Report on the Sixth United Nations Survey on Crime Trends and Criminal Justice Systems, Heuni, Helsinki, 2003. Available online at: [www.heuni.fi/Etusivu/Publications/HEUNIreports/1198085297071]. Last accessed on: 10.08.2012.

33. See for example MALBY, S. Data collection on [new] forms and manifestations of crime. In: JOUTSEN, M. (Ed). New Types of Crime. Proceedings of the International Seminar held in connection with HEUNI's thirtieth anniversary, Helsinki 20 October 2011, publ. n. 74, Heuni, Helsinki, 2012.

who have either consented to the offence, or for a variety of other reasons (threat, shame, unwillingness to regard oneself as a victim) would not be willing to volunteer information to the authorities or to a researcher. Other potential sources thus need to be explored.

The following figure, taken from Malby,[34] shows the four main potential sources of data, with examples for each source:



The concepts of police statistics and victimisation surveys are already familiar. Victimisation surveys directed at businesses include the International Commercial Crime Survey, which has been replicated and expanded, with more attention to corruption and extortion.[35] The EU countries included in various sweeps were Bulgaria, Czech Republic, Estonia, France, Germany, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Netherlands, Romania and United Kingdom. These surveys showed that the prevalence of racketeering was high in Eastern Europe, but the phenomenon was also to be found in Central and Western Europe.

The "surveys" category includes surveys of "key informants". For example, businesspersons may have first-hand experience with corruption and

34. Idem, p. 122.

35. See VAN DIJK, J. The World of Crime cit.

organised crime as it relates to their business activity. Accordingly, Van Dijk has used World Economic Forum data on the perception of business leaders on obstacles to doing business – and one obstacle is the prevalence of organised crime. He notes[36] that the responses appear to be remarkably stable. He has combined the results with those of World Bank and EBRD surveys and other surveys of international security experts to form an index of organised crime, covering a total of 156 countries, including almost all EU countries. These again show that the level of racketeering in Europe increases from West to East.[37] Van Dijk has correlated this index with data on the perception of corruption.[38] The results for the EU countries also suggest a positive correlation between the two. Another exercise involved comparing the index with perceptions of the scope of the shadow economy; a strong correlation was found.[39] Bringing all of these together, van Dijk constructs a "composite organised-crime index".[40] Again, most EU Member States are included.

Transparency International (TI) has, now for an extended period of time, brought together different surveys regarding the perception of corruption. Van Dijk compares these with other available measures, and concludes that the TI results are "moderately strongly" correlated with experiences of victimisation through corruption.[41] The Centre on Organized Crime has carried out a pilot study gauging perceptions of organised crime among the general public in Bulgaria, FYR of Macedonia, Montenegro and Serbia.

Market measures look at such factors as the movement of illicit goods (cigarettes, drugs, persons), or alternatively at changes in demand. While such data may be poor at indicating the scope of the market, it can help in suggesting an expansion or contraction; in other words trends in the market, and consequently in organised crime.

"Proxies" refers to data sets which in themselves can *reflect* the scope of crime. If, for example, organised crime is typified by the use of extreme violence, one can look at the number of unsolved homicides or, more specifically, the number of young male victims of firearms-related homicides as an indicator of

36. Idem, p. 154.
37. Idem, p. 154-156.
38. Idem, p. 159-161; among the countries covered are 23 EU countries.
39. Idem, p. 161-162.
40. Idem, p. 162-169 and 359-362.
41. Idem, p. 182-187, at p. 187.

organised crime. This data is being collected in the context of the UN surveys and is currently being analyzed by the Unodc.[42]

Information "exhaust" refers to information that is gathered for other purposes, but which may reflect changes as a result of changes in crime. Examples include data on the installation of security devices in computer systems (correlation with the perception/reality of computer crime), the installation of home burglar alarms (correlation with the perception/reality of residential burglary), and the number of stolen motor vehicles that remain untraced (correlation with organised theft).

The indicators mentioned above provide the best available option to measure the immeasurable: hidden crime, organised crime and emerging forms of crime. Depending on the data set used, the data itself will be quite reliable (as is the case with stolen motor vehicles that have not been recovered; due to car insurance, the reporting rate in Europe presumably is near 100%). However, data sets that are based on perceptions are inherently dependent on the validity of this perception, and on how the persons in question define the phenomenon. Similarly, using one data set to assess something for which it was not designed is risky. Ultimately, and as with all "reflections", the image may be quite different from reality.

3. DATASETS AT THE EUROPEAN LEVEL

This section reviews the most important existing datasets on crime at the European level, focussing again on the organization which collects the information, the years covered, the geographical coverage, the types of crime, the weaknesses, and the strengths and weaknesses as well as the relevance of the data source.

3.1 European crime and safety survey

The last wave of the ICVS[43] was carried out with some financial support from the European Commission in some EU Member States, where it was therefore called the European Union International Crime and Safety Survey (EU ICS). A European consortium led by Gallup Europe comprising Unicri (Italy), Gallup Hungary, the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law

42. Idem, p. 157-159.

43. Contributor to this section: Rita Haverkamp (Max Planck Institute for Foreignand International Criminal Law, Germany).

(Germany), Ceps/Instead (Luxembourg) and GeoX (Hungary) conducted the survey.

The consortium received a grant from the European Commission, DG Research, to carry out the EU ICS survey in 2005 among the "old" 15 EU Member States,[44] and the consortium committed to include at least three of the "new" members (Poland, Estonia and Hungary).

Fieldwork for the EU ICS was conducted by Gallup Europe in the 15 "old" EU Member States and Hungary, using the so-called ICVS methodology. Data collection in Estonia and Poland was organised independently in 2004-2005, but in close consultation with the EU ICS consortium. Both countries used elements of the same standardised methodology, including the adjusted ICVS questionnaire.

CATI was employed in 16 of the 18 country surveys. Interviews were carried out via fixed telephones, with the exception of Finland, where an additional sub-sample was interviewed via mobile phones. Face-to-face interviews were conducted in Poland and Estonia.[45] All in all both modes produce the same prevalence rates.

The subjects of the survey were residents of the countries mentioned and 16 years of age and older. The targeted number of actual interviews in most countries was 2,000. The samples were divided into a larger national part (with a targeted size of 1,200) and a relatively smaller capital city part (targeted N=800). No additional interviews were conducted in the capital cities of Luxembourg, Poland and Estonia.

The types of crime included are identical to those included in the previous ICVS, such as vehicle-related crimes (theft of cars, thefts from or out of cars, motorcycle theft and bicycle theft), burglary, theft of personal property and pickpocketing, and contact crimes (robbery, sexual offences, and assaults and threats). Through a set of special questions the survey also collects information on non-conventional crimes such as petty corruption (bribe-seeking by public officials) and consumer fraud.

---

44. Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and United Kingdom (England/Wales, Scotland and Northern Ireland).

45. A detailed description of the EU ICS methodology is available in VAN DIJK, J.; MANCHIN, R.; VAN KESTEREN, J.; NEVALA, S.; HIDG, G. *The Burden of Crime in the EU. Research Report: A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey (EU ICS) 2005*. Gallup Europe, Unicri, Max Planck Institut, Ceps/Instead & GeoX Ltd., 2007, p. 12.

The most important changes to the ICVS questionnaire for the 2005 EU ICS were: an additional newly designed question on 'hate crimes' including those against immigrants, inclusion of a question on exposure to drug-related problems that was previously used in three Eurobarometer surveys, deletion of the question on car vandalism and of some other secondary questions in order to reduce the length of the interview, and translations of new questions in their relevant languages made by Gallup Europe.[46]

As it was already noted with respect to the ICVS, the EU ICS overcomes the well-known shortcomings of the police statistics on recorded crime. Therefore, if the EU ICS is repeated in the coming years, it will enable true comparisons of the levels of crime across Europe.

3.2 European social survey

The project under which the European Social Survey (ESS) is carried out is directed by a Core Scientific Team led by Rory Fitzgerald from the Centre for Comparative Social Surveys at City University London (United Kingdom).[47] The six other institutions represented are: NSD (Norway), Gesis (Germany), The Netherlands Institute for Social Research/SCP (Netherlands), Universitat Pompeu Fabra (Spain), University of Leuven (Belgium) and University of Ljubljana (Slovenia). Except for the aforementioned examples, every respondent country has a partner organization or institution which carries out the survey in practice.

The ESS is a biennial survey, the first round of which was carried out in 2002. Round 5 was carried out in 2010. Round 6 is presently being prepared. Final datasets are usually published on the ESS data server six to nine months after the field-work has been carried out.

The geographical coverage has been extended, with Round 5 reaching 26 countries.[48]

---

46. VAN DIJK, J.; VAN KESTEREN, L.; SMIT, P. *Criminal victimisation in international perspective*... cit., p. 10.

47. Contributors to this section: Maria Doichinova and Maria Yordanova (Center for the Study of Democracy, Bulgaria).

48. Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France (not including Corsica and other overseas territories), Germany, Greece, Hungary, Ireland, Israel and the Jewish population residing in the West Bank, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal (Mainland), Russian Federation, Slovakia, Slovenia, Spain (including the North-African cities of Ceuta and Melilla), Sweden,

The ESS is a repeat cross-sectional survey. The unit of analysis is individual (persons aged 15 and over) residents in private households, regardless of their nationality, citizenship, language or legal status, living in the participating countries. The survey involves strict random probability sampling, a minimum target response rate of 70% and rigorous translation protocols. The hour-long face-to-face interview includes questions divided into 'core modules', which remain relatively constant in every round, and two or three rotating modules which vary with every round. The last round (2010) had two rotating modules – 'Work, Family and Well-being: The Implications of Economic Recession', and 'Trust in Criminal Justice'. The latter captures information on trust, legitimacy, cooperation and compliance in relation to criminal justice. It also tests theories of institutional legitimacy.[49]

The core module of all survey rounds includes a question on interviewees 'trust in police and the justice system. The concept of trust is rooted in the interviewees' assessments of crime trends; in terms of crime rates of the most common and visible crimes, and the overall effectiveness of the police and justice system in the country.

One of the 'rotating' modules of Round 5, which provides an in-depth focus on a series of particular academic or policy concerns, regards the public trust in police and courts. It includes information on the citizens' experience with police and courts (how often has the interviewee had interaction with them, to what extent was he/she satisfied with their work, are the police and courts treating victims/defendants equally, are they successful in solving criminal cases, what are the levels of corruption etc.). In addition, the survey measures to what extent the interviewees' moral views match with those of the police and laws, to what extent do they tend to back the decisions of the police and courts, and to what extent are they willing to cooperate with the police/courts by calling the police, testifying etc.

The ESS also measures the levels of tolerance towards people with a different sexual orientation, ethnic background, race, religion or social status. In the

---

Switzerland, Ukraine and the United Kingdom (the Channel Islands, the Isle of Man, and the area north of the Caledonian Canal in Scotland – that is most of the Highlands and the Islands regions – are excluded).

49. It was elaborated as a direct outcome of the project Euro-Justis, funded by the European Commission under the FP7. See HOUGH, M.; SATO, M. (eds.). *Trust in Justice: why it is important for criminal policy, and how it can be measured. Final report of the Euro-Justis project*, Heuni, Helsinki, 2011.

core module of Round 5 there are questions on whether interviewees have been subjected to discrimination and on what grounds.

All rounds include questions on personal security – whether the interviewee or a member of his/her household has been a victim of burglary or physical assault during the last five years.

Another question concerns the perception of safety – how safe does the interviewee feel walking in his/her residential area.

The questions measuring the perception of fear of crime have evolved during Round 5 of the survey to include the fear of one's home being burglarized as well as fear of becoming a victim of violent crime, and how these fears affect the quality of the interviewee's life.

The ESS asks questions measuring the interviewees inclination to commit a specific crime such as making an exaggerated or false insurance claim, or committing a traffic offence such as speeding or crossing against a red light, and how likely they believe that this would be punished.

In terms of completeness the ESS covers far fewer types of crimes than the ICVS. Having in mind the profile of the ESS, which is not designed to be a victim survey, it covers questions on burglary and physical assault and stresses the sense of security of citizens in view of the crime rate in their country.

The ESS fails to register the repeatability of a crime, since it does not ask how many times the respondent has been a victim of crime during the previous five years. This should be kept in mind when interpreting the ESS data.

On the other hand, the ESS has a few strengths that deserve to be mentioned. The ESS Round 5 measures not only the interviewees' perceptions about the chance of becoming a victim of crime, but also their moral views which would allow them to commit a crime (to the extent to which the respondents are prepared to admit this in an interview).

Since it is biennial, the survey makes it possible to follow the prevalence of the types of crimes which are part of the core unit in some 30 countries in Europe, going beyond the borders of the European Union. Thus, the ESS proves to be a valuable source to be used together with other types of crime surveys and mainly as a source of contextual data on the living conditions of the population and the relation with the assessment of crime trends in the country in question.

The type of respondents selected and the period of five years, during which the respondents report being crime victims, fits the Unicri methodology for the ICVS, which allows comparability with many crime surveys.

3.3 European sorcebook of crime and criminal justice statistics

The European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics (European Sourcebook)[50] has four consecutive editions, each developed by a Group of Experts with the support of different international institutions and national governments. The first edition was developed and published upon the initiative of the Council of Europe. The second edition was developed with the financial support of government agencies from the United Kingdom (Home Office), Switzerland (Ministry of Foreign Affairs through the University of Lausanne School of Criminal Sciences) and the Netherlands (Ministry of Justice), and was published by the Dutch Ministry of Justice. The third edition was again published by the Dutch Ministry of Justice and was compiled thanks to the support of several institutions and organizations (the Swiss Federal Office of Statistics and the Dutch Ministry of Justice provided financial and logistic support, the French Centre for Sociological Research on Law and Criminal Justice Institutions – Cesdip assisted in the data validation, the European Commission, the German Federal Ministry of Justice and the British Home Office organised one meeting each etc.). Finally, the fourth edition, published by the Dutch Ministry of Justice, was developed with the support of the European Commission through a project financed under the Agis Programme.

The European Sourcebook is not based on a specifically designed survey but is rather an instrument for collecting official statistics and data from sociological surveys carried out in the area of crime and criminal justice. Information was collected through a network of national correspondents. The majority of national correspondents were either public officials (representatives of judicial authorities, national statistical offices etc.) or researchers (working for universities or other research institutes). Each national correspondent collected the data on his/her own country and used this to fill in the European Sourcebook questionnaire. The collected data were then validated and recalculated into ratios per 100,000 in population.

This dataset is divided into five chapters: police data (information on offences and suspected offenders known to the police and on police staff in each country), prosecution statistics (information on the steps of decision-making at the prosecutorial level, such as initiating and abandoning prosecutions, bringing cases to court and sanctioning offenders by summary decisions, compulsory measures during criminal proceedings etc.), conviction statistics

50. Contributor to this section: Dimitar Markov (Center for the Study of Democracy, Bulgaria).

(information on persons who have been convicted, e.g. found guilty according to law, or have committed one of the selected offences), correctional statistics (information on the number and the capacity of penal institutions, and data regarding the 'stock' and 'flow' of non-custodial sentences) and survey data (data from the ICVS regarding offences experienced and reported to the police, as well as on attitudes towards the police, and data from the ISRD).

As noted, the European Sourcebook has four consecutive editions, each covering a different period of time. The first edition was published in 1999 and covers the time frame 1990-1996, the second edition, published in 2003, covers the years 1995-2000, the third edition was published in 2006 and covers the years 2000-2003, and finally the fourth edition was published in 2010, covering the years 2003-2007.

This source includes data about European countries only. Each of the four editions has a slightly different geographical coverage. The first edition offers data on 36 countries, the second edition, on 40 countries; the third edition, on 37 countries; and the fourth edition, on 42 countries.[51]

The European Sourcebook covers several criminal offences, providing a standard definition for each of them and listing the countries which were not able to meet entirely the definition, with an indication of which elements of the definition they were unable to meet. With a few exceptions, all editions covered the following categories of crimes: total criminal offences, traffic offences, intentional homicide, bodily injury (assault), aggravated bodily injury (assault) (this subcategory was included for the first time in the fourth edition), rape, sexual assault (this category of offences was included for the first time in the fourth edition), sexual abuse of minors (this category of offences was included for the first time in the fourth edition), robbery, armed robbery (this subcategory was used only in the first edition), theft, theft of a motor vehicle, bicycle theft (this subcategory was included only in the first edition), burglary, domestic burglary, fraud (this category of offences was included for the first time in the fourth edition), offences against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems, money laundering, corruption in the public sector, drug offences, drug trafficking, and aggravated drug trafficking (this subcategory was introduced for the first time in the fourth edition).

51. Participating countries in the fourth edition are: Albania, Armenia, Austria, Belgium, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, FYR of Macedonia, Turkey, Ukraine and United Kingdom (England/Wales, Northern Ireland and Scotland).

This source of crime data suffers from certain flaws. As explained by an explicit disclaimer included by the authors in each edition, one of the major weaknesses of this instrument is the limited comparability of the data. Although the aim of the European Sourcebook is to present comparable information on crime and criminal justice in Europe, both the chronological comparison of data for one country and the international comparison between countries should not be over-interpreted. There are various reasons for the limited comparability. Within one country, changes from one year to another might be due not only to the increase or decrease in the number of offences, but also to changes in the legislation or modifications in the rules for collecting and presenting statistics. International comparison is even more difficult because countries differ widely in the way they organise their police and court systems, the way they define their legal concepts, and the way they collect and present their statistics. According to the European Sourcebook, "In fact, the lack of uniform definitions of offences, of common measuring instruments and of common methodology makes comparisons between countries extremely hazardous".[52] To avoid misinterpretation of data, the European Sourcebook provides numerous footnotes and technical information explaining the figures in each table.

Another shortcoming of the European Sourcebook is the fact that not all data is available for all countries. In general, the European Sourcebook presents only the data collected by the national correspondents. Where such data was not available, the figures for the respective countries are missing. In fact, there are many tables where information is available for less than half of the countries.

Despite the comparability issue, the European Sourcebook is a unique Europe-wide instrument for the collection and presentation of statistics on crime and criminal justice. Among the advantages of the European Sourcebook are, for instance, the methodology for data collection and presentation (aimed at ensuring maximum accuracy of the information by introducing standard definitions of offences and providing detailed country-by-country explanations of what is actually reported), the opportunities (although subject to significant limitations) for comparative analysis, and the broad scope in terms of geographical coverage and types of offences (in particular with the inclusion of the new categories of offences in the most recent edition).

52. AEBI, M.; DE CAVARLAY, B.; BARCLAY, G. et al. *European sourcebook of crime and criminal justice statistics – 2010*. 4th ed. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2010. Available online at: [www.europeansourcebook.org/ob285_full.pdf]. Last accessed on: 10.08.2012, p. 22.

3.4 European union minorities and discrimination survey

The European Union Minorities and Discrimination Survey (EU Midis) [53-54] is the first study on the rights of minorities in Europe. The contractor which undertook the survey is Gallup Europe under the supervision of FRA (European Union Agency for Fundamental Rights) staff. Overall, 23,500 immigrant, national and ethnic minority persons representing all 27 EU Member States were interviewed face-to-face during 2008. The respondents were selected predominantly in 22 of the 27 Member States through random sampling procedures. A sample of between 500 and 1,500 respondents was interviewed in each EU Member State. In addition, 5,000 members of the majority population, living in the same areas as the minorities, were interviewed face-to-face in 10 Member States. This allowed for comparison of results concerning certain key questions.

Groups of respondents in each Member State were selected for interview on the basis of:

– Information supplied to the FRA by its Racism and Xenophobia Network (Raxen) of 27 National Focal Points (NFPs), which provide the Agency with detailed national annual reports on the vulnerability of different minorities to discrimination and victimisation in each Member State;

– Identification of the largest minority group or groups in each country, which had to reach a minimum overall size of 5% to be sufficient for random sampling in specific areas;

– Availability to be surveyed in more than one Member State, which allowed for the creation of 'aggregate' groups (such as "North Africans") for comparison of results between countries.

The results of this survey are representative for the groups surveyed in the areas where the research was undertaken.

The survey sampled persons (male and female) aged 16 years and older who: 1. self-identify themselves as belonging to one of the immigrant, national minority or ethnic minority groups selected for sampling in each Member State; 2. are usually residents of one of the sampled cities or areas of the Member State being surveyed; 3. have been residents of the Member States for at least one year; and 4. have sufficient command of (one of the) the national language(s) of the Member State being surveyed to take part in a simple conversation with the interviewer.

---

53. Contributor to his section: Hasan Büker, Osman Dolu and ener Uluda (Ankara Strateji Enstitusu Dernegi, Turkey).

54. France. European Union Agency for Fundamental Rights. *EU-Midis. European Union Minorities and Discrimination Survey. Main Results Report*. Conference Edition, FRA, Vienna, 2009.

In each household that contained persons from the designated target groups, up to three eligible persons were invited to take part in the survey.

Overall experiences of criminal victimisation across five types of crime, specifically property crime (theft of or from a vehicle, burglary and theft of other personal property) and in-person crime such as experiences of assault or threat, and serious harassment, were observed in the survey, including whether any of these crimes were committed with a racist motive.

This study aims to detect discriminatory criminal justice procedures against minorities. The study also is an attempt to understand various crime victimisations experienced by minorities in EU countries since 2003. Since it is a cross-sectional and self-reported study it has the same limitations and weaknesses of such studies. However, it provides a great deal of information regarding minorities in conflict with law and the perceptions that minorities have of police, law and order.

Among the weaknesses of this source of data, it should be mentioned that the questionnaire does not contain a sufficient number of questions (variables) to measure all of the potent factors which may have an impact on crime victimisation. In addition, the sample size of this survey is not enough for detecting a possible correlation between crime victimisation variables and other independent variables.

As to its strengths, using a standard questionnaire and survey procedures facilitates comparison between countries. Furthermore, well organized and detailed sample selection procedures enhance the quality and reliability of the survey.

Finally, EU Midis questions how the crime statistics came into existence in the first place by questioning whether the police in Europe approach minorities differently than they do "real Europeans." Thus, EU Midis allows us to question the validity and reliability of crime statistics in Europe.

3.5 Eurostat crime statistics ("statistics in focus")

Eurostat is the statistical office of the European Union.[55] It received a mandate under the *2004 Hague Programme*[56] to develop comparable statistics on crime and criminal justice. A series of measures towards this end were

55. Contributors to this section: Hasan Büker, Osman Dolu and ener Uluda (Ankara Strateji Enstitusu Dernegi, Turkey).

56. *The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union*. Official Journal C53 of 03 March 2005.

completed under the *2006-10 EU Action Plan on Developing a comprehensive and coherent EU strategy to measure crime and criminal justice.*[57] Since the conclusion of the Action Plan, the system is being enhanced and extended as part of the implementation of the 2009 *Stockholm Programme.*[58]

The methodology used in this publication draws upon one developed by the European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics. In particular, the definition and measurement of criminal offences, and the Surveys on Crime Trends and Criminal Justice Systems conducted by the Unodc. Countries were asked to adhere to a standard definition when assembling the figures and to provide details regarding any divergences.

The results of the data collection are presented in the so-called "Statistics in focus" publication series. The source of information on crime numbers for these statistics is the formal police records of the contributing countries. In addition, the data includes the size of the prison population and the number of police officers.

The most recent publication was in 2012, "Crime and Criminal Justice – Issue number 6/2012",[59] which is based on the number of offences recorded by the police during the period 2006-2009.

The years for which information is available are as follows:

– Total crime – time series are available from 1950 for some countries (Denmark, Germany, Estonia, France, Ireland, the Netherlands, Poland, Finland, United Kingdom: England & Wales) and from 1980 for most other countries.

– Specific offences – time series are available from 1993.

– Police officers – time series are available from 1993.

– Prison population – time series are available from 1987.

Data collection covers not only the current 27 EU Member States, but also EU candidate countries (Croatia, Montenegro, FYR of Macedonia, Turkey),

---

57. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Developing a comprehensive and coherent EU strategy to measure crime and criminal justice: An EU Action Plan 2006-2010* (COM (2006) 437 Final of 07.08.2006).

58. *The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens.* Official Journal C115 of 04.05.2010.

59. TAVARES, C.; THOMAS, G.; BULUT, F. *Population and social conditions. Eurostat Statistics in focus* 6/2012. 2012.

EU potential candidate countries (Albania, Bosnia & Herzegovina, Kosovo, Serbia), European Free Trade Association/European Economics Area (EFTA/EEA) countries (Iceland, Liechtenstein, Norway, Switzerland), other European countries, such as the Russian Federation, and Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) countries, such as Canada, Japan, New Zealand, the United States and South Africa.

The topics covered include total crime (offences against the penal code or criminal code), homicide, violent crime, robbery, domestic burglary, motor vehicle theft and drug trafficking, as well as the prison population and the number of police officers.

This data source is composed of official statistics from several countries so it faces the respective challenges of being an international data source. Each contributing country has its own way of defining and measuring certain crimes that is considerably different in approach and coverage. Thus, it is necessary to be cautious before directly comparing trends across the contributing countries. The following issues must be considered when assessing the number of crimes per country: differences in the legal and criminal justice systems, differences across societies with respect to reporting crimes to the police and differences with respect to police practices for recording reported crime, the point at which crime is measured and the way in which multiple offences are recorded.

In addition to data on the number of crimes officially recorded and submitted by the police, this source also covers prison populations. Similar to the police and their practices, there are certain issues regarding the prison figures that should be considered when making assessments based on those numbers. Figures for the prison population may be affected by the following factors: the workload (number of cases dealt with) of the courts, the percentage receiving a custodial sentence out of the total sentences decided by the courts, differences across the countries in the length of the imprisonment sentences imposed for a certain crime, differences across the countries in respect of the size of the population on remand, the date of the survey, especially where amnesties (or other early release arrangements) apply, and differences across the countries with respect to pre-trial and on-trial detaining practices (the legal systems of some countries may be more prone to keeping suspects in detention before and during the trial which, consequently, increases the size of the inmate population).

However, this dataset also has some strong points such as the number and the type of the countries covered. As mentioned above, the data provides information on the EU Member States, candidate countries, selected potential candidate countries and EFTA/EEA countries. In addition, information has

also been collected and is made available on the Eurostat website for some other countries outside Europe.

Regarding the differences in defining certain crimes, which was mentioned as a potential weakness above, the relevant SDMX (Statistical Data and Metadata exchange) files of the data provide details of the divergence of national figures from the proposed standard definition. This is actually a positive step towards understanding which part of the information is more comparable than the others when making general inferences from the data.

4. USE OF EXISTING DATASETS

The previous two sections have reviewed the main existing datasets on crime. In this section, there will be a brief summary of the extent to which those datasets are exploited.

Most of the analysed datasets are primarily used in academic research in the field of criminal law and criminology. In fact, there is a large number of academic studies that have been based on those sources of crime data. Mentioning all of them would not be possible in this report, so a few examples will be provided. Among the most recent literature in which ICVS findings are cited are Tseloni [60] and van Dijk.[61] UN-CTS results are used in Harrendorf[62] and ESS findings are used in Ceobanu,[63] Fitzgerald[64] and Kääriäinen & Sirén.[65] Some academic studies do not focus only on one of those datasets, but compare the results of different datasets.[66] On the other hand, it appears that datasets on specific subjects such as the IVAWS and the EU Midis are less used by researchers.

The attention paid by researchers to the datasets mentioned does not correlate with the attention paid by policymakers. In fact, the relevance of

60. TSELONI, A.; MAILLEY, J.; FARREL, G.;TILLEY, N. Op. cit.

61. VAN DIJK J. The international crime victims survey... cit.

62. HARRENDORF, S.; HEISKANEN, M.; MALBY, S. (Eds.). Op. cit.

63. CEOBANU, A. Usual suspects? Public views about immigrants' impact on crime in European countries. *International Journal of Comparative Sociology,* vol. 52, 01-02, feb. 2011.

64. FITZGERALD, J.; CURTIS, K.;CORLISS, C. Anxious Publics: Worries about Crime and Immigration. *Comparative Political Studies*, vol. 45, 4, apr. 2012.

65. KÄÄRIÄINEN, J.; SIRÉN, R. Trust in the police, generalized trust and reporting crime. *European Journal of Criminology*, vol. 8, jan. 2011.

66. AEBI, M.; KILLIAS, M.; TAVARES, C. Comparing crime rates: The international crime (victim) survey, the European sourcebook of crime and criminal justice statistics, and the Interpol statistics. *International Journal of Comparative Criminology* 2(1), 2002.

those tools for policymakers is rather limited, whether we consider official statistics on recorded crime or survey-based data. With respect to the official statistics, the European Sourcebook itself admits that "the issue of whether or not it is good practice to use official criminal justice statistics for decision-making in crime policy or for conducting scientific studies is one of the classic debates of criminology." As previously mentioned, official statistics face a large number of challenges (e.g. hidden crime). However, victimisation surveys offer an alternative for policymakers when developing crime policy. Nevertheless, the influence of victimisation surveys on the process of crime policy decision-making ranges from intensive to low in a certain number of European countries, as Zauberman's research has shown.[67] According to this study, in England and Wales, the British Crime Survey has become the ordinary point of reference when measuring crime and it is used in support of the evaluation of policies developed by the government. In Belgium, the Security Monitor is linked explicitly to the local security contracts passed between the federal state and the towns, and the *Politiemonitor Bevolking* constitutes an integral part of the police organisation. In Spain, including Catalonia, victimisation surveys do not seem to have influenced the crime policy. In France, the results of national surveys are being used by the *Observatoire national des zones urbaines sensibles* and the *Observatoire national de la délinquance*). In Germany, victimisation surveys have no notable impact on public policies, notwithstanding the fact that the local surveys have been commissioned by municipal authorities in support of prevention and security programmes. Furthermore surveys in Italy are not drawn upon by policy-makers with the exception of certain regions (Emilia Romagna) and a few municipalities (Modena, Bologna). Thematic surveys on specific populations, however, (e.g. those focused on violence against women or on young people) seem to have notable impact, as has been seen with the surveys on violence against women in Spain and with the surveys on school violence in Germany. Zauberman's study mainly refers to national victimization surveys, not to the international victimisation surveys mentioned in this report. However, Zauberman does point out that the ICVS has very limited use, essentially due to the small size of samples that cannot compete with national surveys.

In addition, it must be underlined that most of the analyzed datasets only focus on common crime to which the general public is exposed (theft, burglary, assault, etc.), but they ignore the so-called "new" forms of crime, specifically those forms

67. ZAUBERMAN, R. *Assessing deviance, crime and prevention in Europe. Surveys on Victimisation and Insecurity in Europe*. Crimprev, 2008, p. 28-30.

of crime mentioned in art. 83.1 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).[68] As a consequence, EU policymakers cannot draw upon those datasets when developing crime policy related to "new" forms of crime.

5. CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS FOR FURTHER IMPROVEMENT

The analysis of the most representative sources of data on crime leads us to the following conclusions:

1. At present, data on crime and criminal justice is collected by several organisations worldwide and at the European level for different purposes such as making comparisons of crime trends. Each dataset, either official recorded data or survey-based data, has its advantages and disadvantages.

2. On one hand, official recorded data might be used for measuring crime trends within one country over time. However, it does not allow for making reliable comparisons of crime trends across countries, owing to the different procedures followed in each country when recording and reporting offences, and the different legal definitions of the types of crime. In addition, official figures ignore hidden crime. Even within an individual country, official recorded data must be used cautiously because changes in crime trends might be due not only to the increase or decrease in the number of offences, but also to changes in the legislation or modifications in the rules for collecting and presenting statistics.

3. In order to overcome such a situation and to improve the comparability of the data, the following measures are needed:

– to adopt standard definitions of the types of offences to be used in the international datasets, especially, with respect to the so-called "emerging" crimes, "complex" crimes or "new" crimes.

– to adopt standard counting rules.

– to collect information on contextual factors that influence the crime rates.

– to include experienced persons in the working group validating data of the organisations which collect data.

– to supply (by the authors of each dataset on crime) information about the limitations of the data and analysis, and give indications of how the data can be interpreted.

68. Terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organized crime.

4. On the other hand, survey-based data reflects the amount of hidden crime and, if the surveys are carried out using standardised methodology and questionnaires, reliable international comparisons on crime are possible. Therefore, survey-based data should be used in combination with official data on recorded crime.

5. Notwithstanding the large number of existing datasets on crime, they are not being used to their full potential. They are primarily employed by researchers to compare crime trends across countries. Policymakers, however, barely use them for developing crime policy. This seems to be a consequence of the existing disconnect between researchers, who can read and interpret the data, and policymakers, who would use the data. Therefore, it is necessary to encourage cooperation between academia and policymakers, opening a path to evidence-based policy. However, getting research into practice is a difficult process. In order to achieve it, we suggest the following measures:

– Policymakers should be involved in research projects from the outset in order to tell the researchers what they need to know and when they need to know it. This early involvement is essential since the simply passive dissemination of research findings is not sufficient to ensure that research findings will be used to improve policy.

– A better dissemination of research findings among policymakers is also crucial. Thus, crime data should be produced in a form that senior policymakers can understand and use, for instance, readily comprehensible pieces of information with visual representations showing changes in crime rates over a certain period of time. Nonetheless, simplifying the data for presentation purposes can lead to misleading interpretations.

– Policymakers do not need enormous amounts of data, but they need analysis of the information. Therefore, researchers should be encouraged to analyse the data with scientific methods and provide politicians with specific policy suggestions.

– High frequency statistics would be necessary to allow policymakers the possibility of rapid intervention on certain issues, since the pace of policymaking is clearly faster than that of scientific research.

6. Most of the existing datasets focus on conventional crime such as homicide, theft and ripe, and ignore emerging forms of criminality, such as organised crime or corruption. Therefore, there is a need for more and improved indicators of these new forms of crime, especially with respect to those which the Fiducia project intends to examine: trafficking in human beings, trafficking of goods, criminalisation of migration and ethnic minorities, and cyber-crimes.

6. REFERENCES

AEBI, M. Methodological issues in the comparison of police-recorded crime rates. In: SHOHAM, S.; KNEPPER, P.; KETT, M. (eds.). *International handbook of criminology*. Boca Raton: CRC Press 211-222, 2010.

_____; DE CAVARLAY, B.; BARCLAY, G. et al. *European sourcebook of crime and criminal justice statistics – 2010*. 4th ed. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2010. Available online at: [www.europeansourcebook.org/ob285_full.pdf]. Last accessed on: 10.08.2012.

_____; LINDE, A. Conviction statistics as an indicator of crime trends in Europe from 1990 to 2006. *European Journal on Criminal Policy and Research* 18: 103-144, 2012.

_____; KILLIAS, M.; TAVARES, C. Comparing crime rates: The international crime (Victim) survey, the European sourcebook of crime and criminal justice statistics, and the Interpol statistics. *International Journal of Comparative Criminology* 2(1): 22-37, 2002.

ALVAZZI DEL FRATE, A. Crime and criminal justice statistics challenges. In: HARRENDORF, S.; HEISKANEN, M.; MALBY, S. (eds.). *International Statistics on Crime and Justice*. Heuni-Unodc, Helsinki: 167-175, 2010.

AROMAA, K.; LEPPÄ, S.; NEVALA, S.; OLLUS, N. (eds.). Crime and criminal justice in Europe and North America 115-1997: Report on the sixth United Nations survey on crime trends and criminal justice systems, Heuni, Helsinki, 2003. Available online at: [www.heuni.fi/Etusivu/Publications/HEUNIreports/1198085297071]. Last accessed on: 10.08.2012.

CEOBANU, A. Usual suspects? Public views about immigrants' impact on crime in European countries. *International Journal of Comparative Sociology*. vol. 52, 1-2: 14-131, feb. 2011.

ENZMANN, D.; MARSHALL, I.; KILLIAS, M.; JUNGER-TAS, J.; STEKETEE, M.; GRUSZCZYNSKA, B. Self-reported youth delinquency in Europe and beyond: first results of the second international self-report delinquency study in the context of police and victimisation data. *European Journal of Criminology* 7(2): 159-183, 2010.

FITZGERALD, J.; CURTIS, K.; CORLISS, C. Anxious publics: worries about crime and immigration. *Comparative Political Studies*. vol. 45, 4: 477-506, apr. 2012.

FRANCE. European Union Agency for Fundamental Rights. *EU-Midis. European Union Minorities and Discrimination Survey. Main Results Report*. Conference Edition, FRA, Vienna, 2009.

HARRENDORF, S. HEISKANEN, M.; MALBY, S. (eds.). *International Statistics on Crime and Justice*. Heuni-Unodc, Helsinki, 2010.

HEISKANEN, M. Trends in police recorded crime. In: HARRENDORF, S.; HEISKANEN, M.; MALBY, S. (eds.). *International Statistics on Crime and Justice*. Heuni-Unodc, Helsinki: 21-47, 2010.

HOUGH, M.; SATO, M. (eds.). *Trust in Justice: why it is important for criminal policy, and how it can be measured. Final report of the Euro-Justis project*. Heuni, Helsinki, 2011.

JUNGER-TAS, J. The significance of the international self-report delinquency study (ISRD). *European Journal on Criminal Policy and Research* 16: 71-87, 2010.

_____; MARSHALL, I.; ENZMANN, D.; KILLIAS, M.; STEKETEE, M.; GRUSZCZYNSKA, B. (eds.). *Juvenile delinquency in Europe and beyond. results of the second international self-report delinquency study*. Springer, Berlin, 2010.

_____. TERLOUW, G.; KLEIN, M. (eds.). *Delinquent behaviour among young people in the western world: first results of the international self-report delinquency study*. Kluger, Amsterdam,1994.

KÄÄRIÄINEN, J.; SIRÉN, R. Trust in the police, generalized trust and reporting crime. *European Journal of Criminology*. vol. 8, 1: 65-81, jan. 2011.

LEWIS, C. Crime and justice statistics collected by international agencies. *European Journal on Criminal Policy and Research* 18: 5-21, 2012.

MALBY, S. *Data collection on [new] forms and manifestations of crime*. In: JOUTSEN, M. (ed.). *New Types of Crime. Proceedings of the International Seminar held in connection with Heuni's thirtieth anniversary, Helsinki 20 october 2011*. publ. n. 74, 120-133, Heuni, Helsinki, 2012.

NEVALA, S. *Violence against women: A statistical overview, challenges and gaps in data collection and methodology and approaches for overcoming them*. Paper for the expert group meeting organized by UN Division for the Advancement of Women in collaboration with Economics Commission for Europe (ECE) and World Health Organisation (WHO), Geneva, 11-14, apr. 2005.

AVARES, C.; THOMAS, G.; BULUT, F. *Population and social conditions. Eurostat Statistics in focus 6/2012*. 2012.

TSELONI, A.; MAILLEY, J.; FARREL, G.; TILLEY, N. Exploring the international decline in crime rates. *European Journal of Criminology* 7 (5): 375-394, 2010.

VAN DIJK, J. Mafia markers: assessing organized crime and its impact upon societies. *Trends in Organized Crime* 10: 39-56, 2007.

_____. The international crime victims survey and complementary measures of corruption and organised crime. *Crime Prevention Studies*. vol. 22: 125-144, 2007.

_____. *The World of Crime*. Sage Publications 2008.

_____; MANCHIN, R.; VAN KESTEREN, J.; NEVALA, S.; HIDEG, G. *The Burden of Crime in the EU. Research Report: A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey (EU ICS) 2005*. Gallup Europe, Unicri, Max Planck Institute. Ceps/Instead & GeoX Ltd, 2007.

_____; _____; SMIT, P. *Criminal Victimisation in International Perspective. Key findings from the 2004-2005 ICVS and EU ICS*. WODC Report 257. The Hague: Boom Jurisishe uitgevers, 2007.

VON HOFER, H.; Crime Statistics as Constructs: The Case of Swedish Rape Statistics. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 8: 77-89, 2000.

ZAUBERMAN, R. *Assessing deviance, crime and prevention in Europe. Surveys on Victimisation and Insecurity in Europe*. Crimprev, 2008.

APPENDIX 1: ELECTRONIC SOURCES OF INFORMATION

European Crime and Safety Survey (EU ICS) – [www.europeansafetyobservatory.eu/].

European Social Survey (ESS) – [www.europeansocialsurvey.org/].

European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics – [http://europeansourcebook.org/].

European Union Minorities and Discrimination Survey (EU Midis) – [http://fra.europa.eu/fraWebsite/eu-midis/index_en.htm].

Eurostat Crime Statistics ("Statistics in Focus") – [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/crime/introduction.].

International Crime Victims Survey (ICVS) – [www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/Crime-Victims-Survey.html].

International Self-reported Delinquency Study – [http://webapp5.rrz.uni-hamburg.de/ISRD/JDEB/].

International Violence against Women Survey (IVAWS) – [www.heuni.fi/12859.htm].

UN Surveys on Crime Trends and the Operations of Criminal Justice Systems (CTS) – [www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/United-Nations-Surveys-on-Crime-Trends-and-the-Operations-of-Criminal-Justice-Systems.html].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminologia na pós-modernidade, de Carlos Alberto Elbert – *RCP* 14/369;
- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 81/294;
- Criminologia – Conceito e evolução, de Manoel Pedro Pimentel – *RT* 645/247; e
- O futuro criminológico latino-americano: uma breve análise de sua trajetória e primeiros passos no Século XXI, de Paulo Freire d'Aguiar – *RCP* 14/389.

- Lineamentos do moderno processo penal. Adequação criminológica, juiz especializado, individualização penal e o Anteprojeto do Código do Processo Penal do Brasil, de Nelson Pizzotti Mendes, *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, organizada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 1, p. 347.

Os direitos trabalhistas do condenado preso no Estado Democrático de Direito

1

Labor rights for those condemned and arrested in a Democratic Rule-of-Law State

Ana Laura Carvalho Pereira de Almeida

Graduanda em Direito pela Universidade de Uberaba/MG.

Larissa Sousa Mauad

Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba/MG.

Roberta Beatriz Bernardes

Especializanda em Direito Processual Democrático pela Universidade de Uberaba/MG. Advogada.

Roberta Toledo Campos

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Professora da Universidade de Uberaba/MG. Advogada criminalista.

Área do Direito: Constitucional; Penal; Trabalho

Resumo: O presente artigo é fruto de projeto de pesquisa financiado pelo CNPQ e destina-se a realizar uma abordagem constitucional, penal e trabalhista dos direitos trabalhistas do condenado preso na democracia constitucionalizada bra-

Abstract: This paper is the fruit of a research project sponsored by CNPQ (The National Council for Scientific and Technological Development) and has the objective of making an approach to constitutional, criminal and labor rights of the

sileira (art. 1.º, *caput*, da CF/1988). Embora as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da ONU estabeleçam várias diretrizes para garantir trabalho digno aos presos, a Lei de Execução Penal brasileira limita a aplicação de vários direitos trabalhistas ao condenado preso por entender, com respaldo na legislação trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho), que a relação de trabalho não configura relação de emprego. Assim, analisar-se-á essa situação perante os direitos sociais fundamentais constitucionais (arts. 6.º e 7.º da CF/1988) e como eles devem ser considerados e implementados no atual marco teórico do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Condenado preso – Lei de Execução Penal – Direitos trabalhistas do preso – Relação de trabalho do preso – Democracia brasileira.

condemned prisoner arrested under the Brazilian Constitutional Democracy (art. 1, main section, Federal Constitution/1988). Despite the fact that the *United Nations, Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* establishes several guidelines to secure dignified working conditions to prisoners, Brazil's National Prison Law limits the application of several labor rights to inmates based on an understanding that is supported by CLT (The Consolidation of Labor Laws) which establishes that labor relations do not necessarily constitute employment relations. In this fashion, this paper will analyze the current situation before the Fundamental Constitutional Social Rights (arts. 6 and 7 of the Federal Constitution/1988) and how they should be considered and implemented in the current theoretical framework of the Democratic Rule of Law.

KEYWORDS: Condemned prisoner – Brazil's prison law – Prisoner's labor rights – Prisoner's labor relations – Brazilian democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Lei de Execução Penal: 2.1 Direitos do preso; 2.2 Os deveres do preso; 2.3 O trabalho do preso definitivo – 3. Direito ao trabalho: 3.1 Natureza jurídica do contrato de emprego; 3.2 Requisitos do contrato de emprego – 4. Direitos fundamentais e a Constituição Federal de 1988; 4.1 O preso como titular dos direitos fundamentais – 5. Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da ONU (Organização das Nações Unidas) – 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 5.º, XLVI, determina que "a lei regulará a individualização da pena". A individualização da pena deve atender às condições pessoais do sentenciado de modo a fornecer elementos necessários a sua reinserção nos direitos fundamentais.

O trabalho do condenado preso, segundo a Lei de Execução Penal – LEP, insere-se como dever social e condição de dignidade humana, de forma que o mesmo não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

A Lei de Execução Penal determina várias regras para o trabalho do apenado, dentre elas a remuneração, que não poderá ser inferior a 3/4 do salário mínimo.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe em suas normas os direitos e garantias fundamentais que norteiam a construção de um Estado Democrático de Direito e que visam garantir a existência digna de cada indivíduo.

A Constituição Federal estabelece como fundamento basilar do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.°, III), o qual é concebido como referência constitucional unificador de todos os direitos fundamentais, de modo a permitir a existência digna do cidadão, como objetivo primordial e essencial à constituição de um Estado Democrático.

Dentre os direitos fundamentais encontra-se o direito ao trabalho, previsto no art. 6.° da CF/1988. O art. 7.° da CF/1988 garantiu vários direitos trabalhistas a todos os trabalhadores urbanos e rurais.

Diante disso, o tema da referida pesquisa justifica-se porque o trabalho do condenado preso, diante do paradigma constitucional, é um direito fundamental e não um dever conforme dispõe a Lei de Execução Penal.

Dessa forma, o presente estudo possui a finalidade de demonstrar que o condenado preso, a despeito de encontrar-se temporariamente privado de sua liberdade de locomoção, é detentor de direitos fundamentais diante de sua simples condição de indivíduo e ser humano.

Em um primeiro momento, abordar-se-ão os direitos e deveres do preso na Lei de Execução Penal, bem como os direitos trabalhistas do condenado preso em referido diploma legal. Num segundo momento, analisar-se-á a relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho e a relação de trabalho do condenado preso. Em seguida, passar-se-á ao estudo da Constituição Federal no tocante à aplicabilidade a alcance dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao final, buscar-se-á concluir o tema em questão demonstrando que o trabalho do apenado insere-se também como pressuposto essencial da dignidade humana que, embora esteja privado de sua liberdade de locomoção, não perde sua condição de indivíduo detentor das garantias e direitos fundamentais basilares do Estado Democrático de Direito.

2. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A execução penal no Brasil é regulada pela Lei de Execução Penal, Lei 7.210/1984.

O Código Penal e o Código de Processo Penal também estabelecem diretrizes a serem seguidas durante a execução penal, pois o primeiro regula os institutos de individualização da pena e o segundo dispõe regras procedimentais a serem seguidas na fase de execução.

Entretanto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 também cuida da execução penal. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, XLVI, determinou que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as de privação ou restrição de liberdade, de perda de bens, de multa, de prestação social alternativa e de suspensão ou interdição de direitos. Sendo assim, a Constituição da República consagrou o princípio da individualização da pena de modo que esta seja adaptada ao condenado, considerando suas características pessoais e também as peculiaridades do delito.

A individualização da pena possui três fases: a legal, a judicial e a de execução. Na primeira fase, a pena é individualizada na lei como um limite ao Poder Estatal e pelo princípio da legalidade, uma garantia de proteção ao cidadão. Já na segunda fase, denominada judicial, a pena é individualizada pelo juiz na sentença, de forma a serem respeitados os limites impostos em cada tipo penal. Respeitando-se os princípios constitucionais do contraditório, isonomia e ampla defesa, a pena será fixada ao condenado em uma sentença na medida da sua culpabilidade e da lesividade do delito em questão, atendendo à proporcionalidade que limitará qualquer excesso. A terceira fase, ou seja, a fase de execução penal visa garantir a execução da pena na quantidade e no regime apontados na sentença. Assim, proferida sentença penal condenatória e com o seu trânsito em julgado, está constituído o título executivo e inicia-se a execução penal.

Portanto, a Lei de Execução Penal regulamenta a terceira fase do princípio constitucional da individualização da pena.

A Lei de Execução Penal, conforme preceitua em seu art. 1.º, tem por objetivos efetivar as disposições da sentença criminal, de modo que esta constitui-se em pressuposto para a execução. Portanto, de acordo com o princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF/1988).

Nos termos da Constituição Federal, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5.º, LIV). Inadmissível, portanto, a aplicação e a execução da pena sem o devido processo e as garantias e princípios inerentes ao seu efetivo desenvolvimento, pois a jurisdição não se esgota com o trânsito em julgado da sentença condenatória, persistindo em todos os momentos da execução.

Assim, aplicam-se à execução penal todos os princípios jurídicos fundamentais à garantia da dignidade do condenado e à regularidade processual. Conforme dispõe Nogueira:[1]

1. NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança. Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 4.

"Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável a existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados (...)."

O princípio da legalidade, a despeito de ser um princípio constitucional previsto no art. 5.°, II, da CF/1988, encontra-se expressamente disposto na Lei de Execução Penal, em seu art. 2.° o qual diz que "a jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal".

Diante de referido princípio, busca-se evitar excessos ou desvios na execução de forma que o condenado não pode ficar sujeito à discricionariedade da autoridade administrativa ou até mesmo do juiz. Assim, o princípio da legalidade norteia a execução penal em todos os momentos, dirigindo-se tanto à autoridade administrativa quanto à judicial. Mirabete[2] ensina que:

"Essa garantia executiva, que na doutrina tem-se denominado de *princípio de legalidade da execução penal*, constitui-se em um desdobramento lógico do princípio *nulla poena sine lege*: a execução das sanções penais 'não pode ficar submetida ao Poder de arbítrio do diretor, dos funcionários e dos carcereiros das instituições penitenciárias, como se a intervenção do juiz, do Ministério Público e de outros órgãos fosse algo de alheio aos costumes e aos hábitos do estabelecimento'. Proclama, aliás, a Constituição Federal que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'; assim, se de um lado se pode impor ao condenado as sanções penais estabelecidas na legislação, observadas as limitações constitucionais, de outro não se admite seja ele submetido a restrições não contidas na lei."

O princípio da igualdade disposto no *caput* do art. 5.° da CF/1988 também se encontra previsto no parágrafo único do art. 3.° da LEP ao afirmar que não haverá na aplicação da lei qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política entre os condenados.

2. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11/07/84*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 40.

Assim, durante a execução da pena há total incidência dos princípios garantidos constitucionalmente.

Outro princípio norteador da Lei de Execução Penal é o princípio da humanização da pena, previsto no art. 5.º, XLVII, da CF/1988 que não admite penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. Por tal princípio, verifica-se que a execução penal deve pautar-se em meios aptos a manter e preservar a dignidade humana e respeitar os direitos humanos de cada indivíduo seja ele um condenado preso ou não. Desse modo, a pena imposta deve cumprir uma função reeducativa de forma a trazer de volta o apenado ao convívio social.

Ressalta-se que a cominação de penas restritivas de direitos, liberdades e garantias, dentre as previstas e permitidas em lei, devem ser adequadas e necessárias de modo a respeitar o princípio da proporcionalidade e evitar excessos, respeitando os direitos fundamentais e preservando certa vinculação equitativa entre o delito e sua consequência jurídica.

2.1 Direitos do preso

O Estado possui o direito de executar a pena nos limites do estipulado na sentença condenatória de modo que, consequentemente, o condenado não poderá cumprir pena quantitativamente e qualitativamente diversa daquela estipulada na mesma. Assim, o art. 3.º da LEP determina que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". Nesse sentido, o parágrafo único do referido artigo afirma que "não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política".

O condenado preso estará, provisoriamente, privado de seu direito de liberdade. Portanto, continua um cidadão detentor de todos os direitos fundamentais garantidos na democracia brasileira constitucionalizada. Mirabete[3] afirma que:

"A humanização da execução se inicia pela regra da não privação dos direitos do preso que não forem atingidos pela decisão judicial ou pela lei e deriva diretamente do sistema jurídico institucional dos países civilizados. O condenado continua sendo uma pessoa, cujo *status* é de condenado, em uma situação reconhecida pelo direito objetivo do qual decorrem direitos e deveres. A relação que une o condenado com a Administração penitenciária é uma relação jurídica em que, aos direitos e deveres de uma das partes, se contrapõem os correspondentes direitos e deveres de outra. O condenado conserva todos

3. Idem, p. 42-43.

os direitos reconhecidos aos cidadãos pelas normas jurídicas vigentes, com exceção, naturalmente, daqueles cuja privação ou limitação constituem precisamente o conteúdo da pena imposta."

A Lei de Execução Penal relaciona em seu art. 41 os direitos do preso, entre eles: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; visita do cônjuge, da companheira, parentes e amigos; igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências de individualização da pena etc. Entretanto é importante ressaltar que referido rol é apenas exemplificativo, pois ainda há os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Nesse sentido, afirmam Catão e Sussekind:[4]

"A prisão não constitui território no qual as normas constitucionais não tenham validade. Assim, os arts. 30 do CP e 3.º da LEP, que asseguram aos condenados e aos internados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, são corolários lógicos e jurídicos da Carta Magna. A relação jurídica de sujeição especial criada com sentença transitada em julgado não retira ao sentenciado a sua condição de *sujeito de direito*, assumindo a Administração uma série de responsabilidades que diz respeito à pessoa humana do preso e a seus direitos e interesses jurídicos não afetados pela condenação."

Impende verificar que os direitos previstos no art. 41 da LEP devem se submeter a um procedimento de recepção perante a Constituição Federal de 1988, de modo que tal dispositivo está sujeito a uma apreciação de validade. Assim, por exemplo, as correspondências enviadas e recebidas pelo preso são invioláveis, pelo disposto no art. 5.º, XII, da CF/1988 que afirma ser inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Desse modo, as correspondências enviadas e recebidas pelos presos também são invioláveis, pois a única possibilidade de violabilidade seria por ordem judicial em relação às comunicações telefônicas. Dispõe Schmidt[5] que:

---

4. CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direitos do preso*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 62-63.

5. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 224.

"Alguns problemas poderiam surgir nos casos de dúvidas quanto ao conteúdo das correspondências, como é o caso, por exemplo, da existência de drogas ou armas. Mesmo nessas situações não poderá o administrador da casa prisional, nem por ordem judicial, violar o direito ao sigilo. Na pior das hipóteses, poderá o preso ser compelido a abrir a correspondência na frente da autoridade competente, mas, em nenhum momento, a esta será dado o direito de conhecer o conteúdo da mensagem."

Ademais, referindo-se a direitos, deve-se observar que, devido ao próprio princípio da legalidade, tudo aquilo que não se constitui em restrição legal decorrente da condição de encarcerado do preso, permanece como direito advindos de sua condição humana.

Importante salientar que o apenado possui direito a um tratamento penitenciário adequado, na forma de assistência, conforme preceitua o art. 41, VII, da LEP. Conforme dispõe o art. 10 da LEP, a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo referida assistência ao egresso. Mirabete[6] explica que:

"Se a reabilitação social constitui a finalidade precípua do sistema de execução penal, é evidente que os presos devem ter direito aos serviços que a possibilitem, serviços de assistência que, para isso, devem ser-lhes obrigatoriamente oferecidos, como dever do Estado. É manifesta a importância de se promover e facilitar a reinserção social do condenado, respeitando as suas particularidades de personalidade, não só com a remoção dos obstáculos criados pela privação de liberdade, como a utilização, tanto quanto seja possível, de todos os meios que possam auxiliar nessa tarefa. Junto à laborterapia, o programa de reeducação na fase executória da pena privativa de liberdade é uma das bases fundamentais desse processo, e em todo programa destinado a reinserção social não deve faltar a assistência material, moral e intelectual, pois a reeducação e readaptação social implica necessariamente desenvolver intensa ação educativa."

Assim, o condenado preso terá direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, consoante art. 11 da LEP. A assistência material, segundo arts. 12 e 13 da LEP, consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalação higiênica aos presos e internados O direito à saúde do preso e do internado (art. 14 da LEP) será de caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Já a assistência jurídica (arts. 15 e 16 da LEP) será destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado. A assistência educacional

6. MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 72.

(arts. 17 a 21 da LEP), como uma das prestações básicas mais importantes para qualquer indivíduo, constitui-se como fundamental meio para a reinserção social do apenado. Tal assistência compreende a instrução escolar e a profissional, de modo que o ensino de primeiro grau é obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa. Já o ensino profissional é facultativo.

O art. 24 da LEP prevê a liberdade de culto, permitindo a participação de todos os presos. Entretanto, nenhum apenado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa porque tal fato seria invadir a liberdade de consciência, conforme preceitua o art. 5.º, VI, da CF/1988. Ademais, o próprio § 2.º do art. 24 da LEP afirma que: "nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa".

Como a execução penal tem como uma de suas finalidades a ressocialização do executado, a assistência social, como tarefa mais importante diante de tal finalidade, irá preparar o preso para o retorno à liberdade. Nessa fase, deverão ser analisadas as necessidades do assistido para ajudá-lo a ter condições pessoais para o reajustamento social.

No entanto, apesar de referidos direitos restarem explicitamente presentes na legislação infraconstitucional, os mesmos são corolários dos direitos fundamentais dispostos constitucionalmente, os quais vinculam o Estado durante a execução penal.

Os únicos direitos restringidos durante o cumprimento da pena restritiva de liberdade foram o de liberdade de ir e vir além do direito de votar e ser votado, pois o art. 15, III, da CF/1988 autoriza a suspensão dos direitos políticos como efeito da sentença penal condenatória.

Assim, os condenados presos são titulares dos demais direitos e garantias fundamentais arrolados no Título II da Constituição Federal.

2.2 Os deveres do preso

A sentença condenatória transitada em julgado cria complexa relação entre o Estado e o condenado de modo a surgirem direitos e deveres a serem respeitados por ambas as partes.

Em relação ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu particular estado, deve ainda se submeter a um conjunto de normas de execução da pena (art. 38 da LEP).

Conforme Mirabete:[7] "a principal obrigação legal, fundamental mesmo, inerente ao estado do condenado à pena privativa de liberdade, é justamente a

7. Idem, p. 121-122.

de se submeter o preso a ela, ou seja, a não procurar furtar-se à pena pela fuga ou evasão".

De acordo com o art. 39 da LEP, os deveres do condenado são: comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; submissão à sanção disciplinar imposta; indenização à vítima ou aos seus sucessores; indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; higiene pessoal; entre outros.

Entretanto, seria inócuo o estabelecimento de deveres caso inexistissem as respectivas sanções previstas no art. 53 da LEP (por exemplo, advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento na própria cela ou em local adequado e inclusão no regime disciplinar diferenciado), competindo à autoridade administrativa sua aplicação, salvo a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado e a sanção de isolamento (a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo no prazo de até 10 dias) que são da competência do juiz da execução (art. 60 da LEP). O procedimento para apuração da infração disciplinar deve obedecer aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (art. 5.°, LIV e LV, da CF/1988).

Importante ressaltar que a inobservância do dever – execução do trabalho –, consiste em falta grave (art. 50, VI, da LEP), o que acarreta regressão do regime (art. 118, I, da LEP) e a perda do direito ao tempo remido (art. 127 da LEP).

Ressalta-se que a própria realidade carcerária, desprovida de elementos básicos à subsistência do ser humano, não propicia um ambiente apto ao cumprimento dos deveres dispostos na Lei de Execução Penal.

2.3 O trabalho do preso definitivo

Conforme prevê o art. 28 da LEP: "o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva".

O art. 31 da LEP dispõe que: "o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade".

Entretanto, conforme se verifica do art. 31 do referido diploma legal, o trabalho para o condenado preso encontra-se previsto como um dever, ou seja, uma obrigação do condenado à pena privativa de liberdade. Tanto é dever que a não execução do trabalho pelo sentenciado à pena privativa de liberdade constitui falta disciplinar de natureza grave (arts. 39, V, e 50, VI, ambos da LEP).

Para Mirabete,[8] o trabalho é um dever do preso, o qual está inserido no conjunto de obrigações que integram a pena, "constituindo-se em uma relação de direito público tendente à finalidade reintegradora". Assim, segundo referido autor, por tratar-se de um dever, ausente encontra-se a liberdade para formação do contrato de trabalho.

Data vênia, o trabalho do preso não pode mais ser considerado como um *dever* pelo que está disposto na Constituição Federal de 1988, no art. 5.°, XLVII, *c*, que proíbe a pena de trabalho forçado, e no art. 6.°, que assegura o trabalho como direito social.

O § 2.° do art. 28 da LEP estabelece que o condenado preso não terá direito ao regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), eis que o regime de trabalho é de direito público decorrente do dever de imposição da pena e por não originar-se de um contrato livremente firmado. Ressalta-se que esse fundamento do trabalho como dever para a não configuração de relação de emprego entre o Estado e o condenado preso deve ser revisto após a Constituição Federal de 1988, pois o trabalho é um direito de todo e qualquer cidadão brasileiro (arts. 5.°, XLVII, *c*, e 6.°, CF/1988), e, assim, há a liberdade de firmar ou não um contrato de trabalho. Em sentido contrário, Mirabete[9] entende que:

"O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Apesar das similitudes exigidas na Lei de Execução Penal entre o trabalho prisional e o livre, aquele deste se distancia quanto à sua natureza. Trata-se de um de um dever que decorre da falta de pressuposto da liberdade, que se insere no conjunto de obrigações que integram a pena. Seu regime é de direito público, inexistente a condição fundamental para o trabalho espontâneo, que é a liberdade para a formação do contrato de trabalho, retirada que foi ao condenado à pena privativa de liberdade. Não tem o direito, pois, a férias, 13.° salário e outros benefícios que se concedem ao trabalhador livre."

O art. 29 da LEP determina que o trabalho do preso será remunerado mediante prévia tabela e não poderá ser inferior a 3/4 do salário mínimo. Mais uma inconstitucionalidade: o art. 7.°, IV, da CF/1988, assegura como direito fundamental o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, a todos os trabalhadores urbanos e rurais.

O destino da remuneração deverá atender aos danos causados pelo crime, à assistência à família, pequenas despesas pessoais e ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado de modo que a parte res-

8. Idem, p. 104.

9. Idem, p. 105.

tante será depositada para a constituição do pecúlio em caderneta de poupança que será entregue ao apenado quando posto em liberdade (art. 29 da LEP).

A jornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso aos domingos e feriados (art. 33, *caput*, da LEP). No entanto, poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos (art. 33, parágrafo único, da LEP). Pode-se, assim, determinar que o preso trabalhe nos serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal, como por exemplo, serviços de cozinha, de enfermagem, de limpeza e de todos aqueles que exigirem horário diverso daqueles estabelecidos para os trabalhos nas oficinas.

Ademais, verifica-se que serão garantidos aos presos os benefícios da previdência social, conforme art. 39 do CP e art. 41, III, da LEP. Desse modo, estende-se ao condenado a proteção devida em caso de acidente de trabalho.

O sistema de organização do trabalho penitenciário previsto na Lei de Execução Penal dispõe que além da Administração, pode o trabalho ser gerido por entidades paraestatais como a empresa pública e a fundação instituída pelo Poder Público que terão autonomia administrativa na organização da atividade laborativa, de forma que a entidade gerenciadora deverá promover e supervisionar a produção, encarregar-se de sua comercialização, suportar despesas e efetuar o pagamento da remuneração dos apenados.

A Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de o governo celebrar convênio com a iniciativa privada para a implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios (art. 34 da LEP).

Importante ressaltar que na atribuição do trabalho deverão ser levadas em consideração a condição pessoal, a habilitação, as necessidades futuras do preso e as oportunidades oferecidas pelo mercado.

O trabalho externo é admissível para o condenado que se encontra em regime fechado, desde que atendidas algumas condições (art. 36 da LEP). O Código Penal (art. 35, § 2.º) estabelece que o trabalho externo também é admissível aos condenados que se encontrarem no regime semiaberto.

A Lei de Execução Penal limita a concessão do trabalho externo à condição objetiva do cumprimento de um sexto da pena, salvo se o crime praticado for hediondo, que será de 2/5 ou 3/5. Entretanto, tal requisito temporal limita-se ao condenado que se encontra em regime fechado (art. 37). Os requisitos subjetivos referentes à disciplina e à responsabilidade também devem ser satisfeitos para a concessão do trabalho externo. Saliente-ser que, assim como para o trabalho interno, devem ser respeitadas e observadas, em relação ao preso, suas aptidões, idade, habilitação, condição pessoal, capacidade e necessidades futuras.

O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, ou seja, reduzir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena,

sendo que a contagem do tempo será feita à razão de um dia de pena por três de trabalho (art. 126 da LEP).

No entanto, o preso que for punido por falta grave (art. 50 da LEP) perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar (art. 127 da LEP). Contudo, o art. 5.°, XXXVI, da CF/1988, assegura o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim, a perda dos dias remidos pela prática de falta grave não foi recepcionada pela Constituição Federal por ofender a garantia do direito adquirido.

Nesse sentido, afirma Schmidt:[10]

"Ora, o direito à remição é adquirido a cada três dias de trabalho, visto que ao apenado é conferido o direito de, inclusive, peticionar o juízo, de três em três dias, a fim de que este reconheça o direito à remição. Tanto isso é verdade que o § 8.° do art. 126 da LEP afirma que o juiz irá declarar a remição, e não constituí-la, ou seja, o direito preexiste à decisão judicial. Nesse sentido, não resta a menor dúvida de que o art. 127, ao autorizar a perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave, não fora recepcionado materialmente pela nossa Constituição Federal, tendo em vista ofender a garantia estipulada no inc. XXXVI do art. 5.°."

Nas Regras Mínimas da ONU[11] prevê-se que:

"O trabalho penitenciário não deve ter caráter aflitivo (n. 71.1); na medida do possível deverá contribuir, por sua natureza, para manter ou aumentar a capacidade do preso para ganhar honradamente sua vida depois da liberação (n. 71.4), e sua organização e métodos devem assemelhar-se o mais possível à dos que realizam um trabalho similar fora do estabelecimento a fim de preparar o preso para as condições normais do trabalho livre (n. 72.1)."

Portanto, o trabalho exerce função fundamental de reabilitação e reinserção social, verificando-se seu notório papel na constituição da dignidade humana do indivíduo, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1.°, III, da CF/1988).

3. DIREITO AO TRABALHO

O direito ao trabalho encontra-se disposto no art. 6.° da CF/1988 como um direito fundamental. No art. 7.° da CF/1988, o legislador constituinte trouxe

10. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 229.

11. Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da ONU. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm]. Acesso em: 05.03.2010.

um rol de direitos trabalhistas atribuídos a todos os trabalhadores urbanos e rurais que visem à melhoria de sua condição social e efetivação da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988).

Desse modo, o direito ao trabalho e suas garantias dispostas constitucionalmente, como direitos fundamentais, são aplicadas a todos os trabalhadores sejam eles empregados, trabalhadores avulsos, eventuais ou servidores públicos.

Deve-se esclarecer que a relação de trabalho é o gênero, sendo a relação de emprego, o trabalho avulso, o trabalho eventual, o trabalho autônomo etc., espécies. Portanto, o contrato de trabalho compreende o contrato de emprego, o trabalho avulso, o autônomo, o eventual etc.

O direito do trabalho, conforme Martins,[12] "é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas", ou seja, é um ramo do direito que estuda o trabalhador subordinado, de modo que a maioria das regras que versa sobre a matéria encontra-se previstas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, não será qualquer trabalhador amparado pelo direito do trabalho, mas somente o empregado, restando excluídos, por exemplo, o trabalhador autônomo, o trabalhador eventual e o funcionário público estatutário.

Nota-se que o direito do trabalho deveria dizer respeito a qualquer tipo de trabalhador, entretanto a dogmática trabalhista sustenta que ele tutela apenas o trabalhador subordinado. É o entendimento de Barros[13] ao afirmar que: "o direito do trabalho brasileiro, à semelhança de outros países, caracterizou-se no curso de sua elaboração por um núcleo que é o trabalho subordinado, via de acesso às formas de proteção legal".

O trabalhador autônomo, por exemplo, não está subordinado a empregador algum, competindo-lhe gerir sua própria atividade.

Já o trabalhador eventual, conforme Barros,[14] "é aquele que não se insere no âmbito das atividades da empresa, como é o caso de um técnico chamado momentaneamente para reparar o elevador de um estabelecimento comercial".

---

12. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16.
13. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2008. p. 220.
14. Idem, p. 221.

No tocante aos funcionários públicos, a maioria se submete ao regime jurídico único, sendo sua relação regida pelo direito administrativo. No âmbito da União, foi instituído o regime jurídico pela Lei 8.112/1990.

Ressalta-se que as regras do direito trabalhista estão contidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de modo a amparar o empregado que é o trabalhador subordinado ao empregador.

Entretanto, a todo trabalhador, independente de ser empregado, eventual, autônomo ou servidor público são garantidos os direitos trabalhistas fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, pois referido diploma legal estabelece uma série de direitos aos trabalhadores de modo geral, principalmente nos arts. 7.º a 11. O art. 7.º, por exemplo, garante direitos a todos os trabalhadores urbanos e rurais.

Conforme dispõe Moraes:[15] "os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista".

Assim, o trabalhador preso também está amparado pelos direitos fundamentais garantidos a todos os demais trabalhadores pela Constituição da República, não importando se a sua relação de trabalho configura ou não relação de emprego.

3.1 Natureza jurídica do contrato de emprego

A despeito de contrato de trabalho ser gênero, do qual contrato de emprego é espécie, no exame da legislação trabalhista encontrar-se-á tanto a expressão contrato de trabalho como relação de emprego. Entretanto, é tecnicamente correto utilizar a expressão contrato de emprego ou relação de emprego, apenas ao trabalhador subordinado, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Existem teorias que divergem acerca da natureza jurídica do contrato de emprego, tais como a teoria contratualista e a teoria institucionalista ou anticontratualista.

Para a teoria contratualista, a relação de emprego possui natureza contratual eis que sua celebração depende, única e exclusivamente, da vontade das partes. Nesse sentido, esclarece Martins:

"Ninguém será empregado de outrem senão por sua própria vontade. Ninguém terá outrem como seu empregado senão também quando for da sua vontade. Assim, mesmo se uma pessoa começar a trabalhar para outra sem que

15. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 182.

expressamente nada tenha sido combinado entre ambas, isso só será possível pela vontade ou pelo interesse das duas."

Na teoria institucionalista, a relação de emprego é uma instituição, pois é marcada pela autoridade e hierarquia do empregador de modo a existir uma situação estatutária entre as partes mediante o Poder de direção e disciplinar da empresa. Martins[16] esclarece que a instituição se impõe a terceiro, escapando à vontade de seus fundadores, de modo que a regra é a hierarquia. Assevera ainda que a empresa é uma comunidade de trabalho, marcada por um interesse superior comum a todos os seus membros, havendo, em consequência, uma situação estatutária e não contratual entre as partes do referido pacto. Segundo Barros,[17] "À luz da teoria institucionalista, o empregado, quando ingressa na empresa, está sujeito a uma situação estatutária, que o submete às condições de trabalho previamente estabelecidas por um complexo normativo constituído pelas leis, normas coletivas, regulamentos etc". Assim, para referida teoria não é o ajuste de vontades que caracteriza a formação de uma relação de emprego.

O art. 442 da CLT possui aspectos contratualistas, quando refere-se a acordo tácito ou expresso, e também institucionalistas, ao usar a expressão "relação de emprego". O art. 444 da CLT indica a concepção contratualista ao afirmar que as relações de trabalho podem ser "objeto de livre estipulação das partes interessadas" e no mesmo sentido é o art. 468 da CLT ao exigir "mútuo consentimento" para as alterações no contrato de trabalho.

No entanto, a teoria predominante é a de que a relação de emprego possui natureza contratual, pois, conforme Martins:[18] "mesmo no regime em que a legislação estabelece cotas para admissão do empregado, como de deficientes, de aprendizes, o empregado só irá trabalhar na empresa se assim o desejar, indicando também o ajuste de vontade entre as partes".

Consoante dispõe Barros:[19] "Predomina, entretanto, no nosso entendimento, a teoria contratualista, não nos moldes das teorias civilistas clássicas, mas considerando a vontade como elemento indispensável à configuração do contrato". Barros[20] ainda explica que:

"O contrato de trabalho é do tipo de adesão. Sua principal função é criar uma relação jurídica obrigacional entre as partes, porém, com o caráter mera-

16. MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 86.

17. BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 240.

18. MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 89.

19. BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 240.

20. Idem, p. 240-241.

mente complementar, em face do extenso rol de normas imperativas previstas em lei ou instrumentos coletivos, que fogem do domínio da autonomia da vontade e compreendem aspectos relevantes do vínculo empregatício. As partes, se desejarem celebrar o contrato, terão que aderir a elas, sem possibilidade de discussão, como aliás se infere do art. 444 da CLT."

A maior parte dos trabalhistas entende que em relação ao condenado preso que trabalha, por encontrar-se ausente o elemento volitivo, essencial para a formação do contrato de emprego, conforme a teoria contratualista, não se estabelece relação de emprego. Esse é o entendimento de Barros[21] ao afirmar que: "por faltar a liberdade contratual e de escolha do trabalho (consentimento), a legislação brasileira não reconhece o vínculo empregatício com o condenado que presta serviços com a finalidade de reeducação e reinserção na vida social".

3.2 Requisitos do contrato de emprego

O contrato de emprego possui como requisitos a continuidade, a subordinação, a onerosidade, personalidade e alteridade. Tais pressupostos são extraídos do conceito de empregado, disposto no art. 3.º da CLT, os quais deverão coexistir, pois na falta de apenas um deles, resta descaracterizado o vínculo empregatício regido por referido diploma legal. Assim, dispõe o art. 3.º, *caput*, da CLT que: "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

O pressuposto na continuidade traz a exigência de que o contrato de trabalho seja de trato sucessivo, de caráter não eventual, ou seja, perdura no tempo.

Em relação à subordinação, o empregado exerce sua atividade dirigida pelo empregador, estando sujeito a controle de horário, ordens recebidas, regras de execução do trabalho.

Pela onerosidade, verifica-se que o empregado exerce seu trabalho mediante o recebimento de salário.

No que tange à pessoalidade, o contrato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, realizado pelo empregador pessoalmente, sem se fazer substituir.

No tocante á alteridade, observa-se que o empregado presta serviços por conta alheia, ou seja, os riscos da atividade são assumidos pelo empregador.

O art. 2.º da CLT dispõe que: "considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços".

21. Idem, p. 248.

Desse modo, o empregador contrata o empregado, remunerando-o pelos serviços prestados e dirigindo-o no âmbito da empresa de modo a assumir tanto os resultados positivos quanto negativos de sua atividade econômica.

Importante salientar que o contrato de trabalho do trabalhador preso reúne todos os requisitos do contrato de emprego.

Quanto à subordinação, o empregado preso realiza suas atividades sob a fiscalização da empresa privada ou do Estado, tendo que cumprir jornada diária de trabalho de seis a oito horas e obedecer às ordens referentes à execução do trabalho.

No tocante à continuidade, o trabalhador preso realiza seu trabalho de forma não eventual, cumprindo jornada de trabalho de seis a oito horas diária. Portanto, há um trato sucessivo na relação entre o preso e seu empregador que perdura no tempo.

Pela onerosidade, o trabalho do preso é remunerado por não constituir-se em pena decorrente de sentença condenatória. A pena refere-se apenas à privação da sua liberdade de locomoção. Assim, o trabalho do preso deve ser remunerado para não se configurar em trabalho escravo, o que é proibido pela Constituição da República Brasileira (art. 5.°, XLVII, *c*).

A pessoalidade é caracterizada pelo desempenho pessoal do preso do trabalho que lhe é conferido, caso preenchidos os requisitos do art. 37 da LEP.

O trabalhador preso presta serviços por conta do Estado ou da empresa privada (alteridade). Dessa maneira, o trabalhador preso não assume qualquer risco ou prejuízo, pois trabalha por conta alheia e não por conta própria.

Além desses requisitos, encontra-se também o elemento volitivo, que é a liberdade de contratar. O trabalho é para o preso um direito fundamental constitucional (art. 6.° da CF/1988) e não um dever como estabelece a Lei de Execução Penal (art. 28, *caput*), portanto cabe a ele exercê-lo ou não. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal não foi recepcionada pela Constituição Federal brasileira que não admite a pena de trabalhos forçados (art. 5.°, XLVII, *c*).

Em assim sendo, o contrato de trabalho do trabalhador preso configura-se, então, um contrato de emprego e, portanto, sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Mais uma vez, a não receptividade da Lei de Execução Penal quanto ao conteúdo do art. 28, § 2.°.

Para Penafort,[22] não é o consentimento que diferencia o trabalho do preso da relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Afir-

22. PENAFORT, Wueber Duarte. Lei de Execução Penal. Natureza jurídica da relação de trabalho no cárcere. Disponível em: [www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/.../33047-41538-1-PB.pdf]. Acesso em: 08.10.2009.

ma que o trabalho do preso só será caracterizado como relação de emprego quando for utilizado com o intuito lucrativo, ou seja, quando a finalidade do trabalho deixar de atender ao binômio educação-produção proposto pela Lei de Execução Penal (art. 28, *caput*), pois o trabalho pode ser gerenciado por entidades privadas. Consoante afirma Penafort:[23]

"Sempre que a ênfase incidir no elemento produtivo em detrimento do elemento educativo, a finalidade na execução do contrato está desfocalizada, e desviada, o fenômeno será de relação de emprego. Estaremos diante da relação de trabalho-espécie, o emprego. Em outras palavras, se o que estiver preponderando é o aspecto produtivo em relação ao aspecto educativo-ressocializador estaremos, certamente, diante de emprego com a empresa tomadora de serviços."

Entretanto, a despeito de configurar ou não relação de emprego, aplicando ou não a Consolidação das Leis do Trabalho, o trabalhador preso possui todos os direitos fundamentais trabalhistas previstos no art. 7.º da CF/1988 e assegurados aos demais trabalhadores.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 1.º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto, o atual paradigma estatal impõe que: "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente".

Dispõe Leal que:[24]

"No Estado de Direito Democrático, é o povo (comunidade jurídica) que faz e garante as suas próprias conquistas conceituais pelo processo constitucional legiferante do que é devido (garantido, assegurado), não o juiz que é funcionário do povo. O juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado (...)."

Verifica-se que o Estado Democrático de Direito constitui-se em uma democracia representativa e participativa, baseado em uma Constituição suprema emanada da vontade popular e garantista da eficácia dos direitos fundamentais. Leal[25] afirma que: "a Constituição formal, por conquista teórica da lei

23. Idem.

24. LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. In: _____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 90.

25. Idem, p. 89.

democrática, é fonte objetiva de conteúdos jurídicos de vinculação originária do intérprete, como cláusula de vedação de busca da verdade absoluta pelo subjetivismo realista do aplicador da norma". Assim, conforme Leal:[26] "em nível de direito democrático é que o direito ruim, bom, certo ou errado, há de ser produzido pelo povo diretamente (espaço político processualizado continuadamente aberto)" de modo que a Constituição Federal não é um estatuto totalizante e exclusivo da atividade estatal.

A Constituição Federal de 1988 trouxe os direitos e garantias fundamentais em seu Título II, subdividindo-os em cinco capítulos. O primeiro capítulo refere-se aos direitos e garantias individuais e coletivos; o segundo capítulo destina-se aos direitos sociais; o terceiro à nacionalidade; o quarto e o quinto capítulos referem-se aos direitos políticos e aos partidos políticos, respectivamente.

Desse modo, os direitos fundamentais estabelecem-se como limites ao Poder Estatal e são indisponíveis perante o legislador ordinário. Nesse sentido é o entendimento de Canotilho:[27]

"A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-sujectivo, o Poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos Poderes Públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)."

Consoante dispõe o § 1.º do art. 5.º da CF/1988, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", possuindo, portanto, eficácia plena e constituindo-se em normas orientadoras de todo o ordenamento jurídico.

Já conforme explica Diniz,[28] os direitos fundamentais são normas constitucionais intangíveis, pois "contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las".

A supremacia dos direitos fundamentais, garantidores da dignidade da pessoa humana e limitadores do Poder Público, é perceptível pela sua posição

26. Idem, p. 93.

27. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 541.

28. DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98.

topográfica privilegiada, pois que se encontram nos artigos iniciais da Constituição Federal, e o fato de não poderem ser abolidos nem mesmo por meio de emendas constitucionais (art. 60, § 4.°, IV, da CF/1988).

Dispõe Mendes[29] que:

"Tais cláusulas de garantias traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade, pois a constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria Constituição."

Apesar de o art. 60, § 4.°, IV, da CF/1988 dispor que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, verifica-se que todos os direitos fundamentais, e não apenas os previstos no art. 5.°, estão acobertados pela proibição de abolição pelo Poder Reformador.

O STF, na ADIn 1.946/DF, decidiu que o direito de licença maternidade, prevista no art. 7.°, XVIII, da CF/1988, é uma norma intimamente ligada ao princípio da igualdade e, portanto, abrangida pela cláusula de proteção do art. 60, § 4.°, IV, da CF/1988, do referido diploma legal. Verifica-se pelas recentes decisões que o STF tem entendido que todos os direitos fundamentais são protegidos pela garantia de intangibilidade.

Afirma Bonavides:[30]

"Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principais já expostos – e foram tantos na sua liquidez inatacável –, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do Poder Constituinte Ordinário (...)."

---

29. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 206.

30. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 594.

Os direitos fundamentais não são valores transcedentais os quais podem ser preferíveis ou aplicados segundo a sensibilidade ou adequabilidade, mas normas produzidas segundo o devido processo democrático, dotados de aplicabilidade direta e imediata, de conteúdo autoaplicável e limitador da esfera pública.

Conforme Müller:[31]

"Direitos fundamentais não são 'valores', 'privilégios', 'exceções' do Poder do Estado ou 'lacunas' nesse mesmo Poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental [*obrigkeitsfreudiges Deken*] ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i.e., dos cidadãos, a uma participação ativa [*aktive Ermachtigung*]. No que lhes diz respeito, fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, um Estado Democrático."

Cattoni de Oliveira[32] afirma também que ao reduzir o direito a valores, transformaria-o em uma instância política que se sobressairia ao próprio legislador democrático sendo que "instaurar-se-ia, desse modo, uma ditadura de boas intenções éticas e políticas que desrespeitaria a cidadania e o Legislativo".

Ainda nesse sentido, Alvarenga[33] afirma que a Constituição da República: "é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira que ocupa no conjunto normativo. Por isso é que se diz que, por meio das regras jurídicas, não se pede, nem se exorta, nem se alvitra; antes, se impõe, se exige, ou se impede".

Os direitos fundamentais, como normas jurídicas e não simples valores ou ideais, irradiam por todo o ordenamento jurídico e criam diretrizes orientadoras ao legislador ordinário, Executivo e Judiciário, de modo que o Estado possui o dever de concretizar os princípios, objetivos e garantias fundamentais constitucionais.

Desse modo, os direitos e garantias fundamentais, como normas jurídicas constitucionais e, portanto, possuidores de uma normatividade potencializada, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico, irradiando-se, assim, por todo o sistema normativo. Qualquer interpretação jurídica deverá ser feita

---

31. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 40.

32. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 207.

33. ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza. Uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 115.

conforme os direitos fundamentais, que são a base norteadora de toda a Constituição Federal e de todo o ordenamento jurídico. Assim, toda hermenêutica jurídica deverá ser norteada pelos direitos fundamentais garantidos na democracia constitucionalizada brasileira.

Os princípios constitucionais são normas e regulam toda a interpretação e integração do ordenamento jurídico. Conforme Leal:[34]

"Concebendo-se, portanto, o princípio jurídico como norma geral de regência, orientação e justificação interpretativa contido no discurso da lei, e a regra jurídica como norma específica de aplicação do direito com substratos de validade, eficácia e legitimidade pela conformidade constitucional (...)."

Desse modo, toda hermenêutica deve ser norteada pelos princípios constitucionais, dotados de normatividade plena. Diante disso, flagrante a não receptividade da Lei de Execução Penal quanto à restrição de direitos trabalhistas fundamentais ao condenado preso pela Constituição Federal no tocante ao trabalhador preso.

4.1 O preso como titular dos direitos fundamentais

O *caput* do art. 5.º da CF/1988 preceitua expressamente que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". A Constituição da República reforça o princípio da igualdade em vários outros momentos como, por exemplo, o fez art. 5.º, I que dispõe que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição". Ademais, a República Federativa do Brasil possui como um de seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, IV, da CF/1988).

Diante do princípio da isonomia, toda pessoa é titular dos direitos fundamentais, independente de sexo, cor, condição financeira ou opção sexual.

Afirma Campos:[35]

"A igualdade jurídica na democracia nivela todos os cidadãos no plano da titularidade dos conteúdos normativos dos direitos fundamentais (...) uma vez que são cumpridos os direitos fundamentais, que se tem são desníveis patrimo-

34. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: Thomson, 2005. p. 71.

35. CAMPOS, Roberta Toledo. Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha. Disponível em: [www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/Aspectos%20Constitucionais%20e%20Penais%20Significativos%20da%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf]. Acesso em: 11.09.2009.

niais e de personalidade (identidades) sem que tal diferença pudesse quebrar a igualdade entre as partes (...) Rosemiro Pereira Leal afirma que não há direito à diferença no plano dos direitos fundamentais já acertados constitucionalmente para todos, sob pena de romper o princípio da igualdade jurídica."

O condenado preso, como cidadão brasileiro, é titular de todos os direitos fundamentais, pois o único direito que lhe foi privado é a liberdade de locomoção. Como detentor de direitos fundamentais, ele possui o direito de respeito à vida, à igualdade, à segurança, à educação, ao lazer, ao trabalho, de modo que cabe ao Estado respeitar e preservar o exercício de tais direitos no paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, tais direitos são os pilares estruturais fundamentais na organização de uma democracia constitucionalizada.

Dispõe Schmidt:[36]

"Isso tudo faz com que o Estado – goste ou não – esteja vinculado a não lesar os direitos de liberdade (*stricto sensu*) do preso, além do que esteja obrigado a satisfazer os mesmos direitos sociais destes apenados. Isso é uma decorrência do regime político adotado pelo Constituinte Originário, ou seja, por Regime Democrático de Direito deve-se entender uma democracia (substancialmente concebida) que impõe, ao Estado, a atuação com respeito negativo e positivo, respectivamente, de direitos individuais e sociais, conferindo-se a estes mesmos cidadãos os mecanismos individuais (p. ex., mandado de segurança, *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* etc.) na correção de arbitrariedades porventura verificadas no curso dessa atividade."

Ainda, conforme Schmidt:[37] "não é sem motivo que o art. 60, § 4.º, da CF/1988 veda a edição de emenda constitucional tendente à abolição de direitos e garantias individuais, isto é, nenhuma maioria, ainda que pela vontade absoluta de seus membros, poderá legitimamente ofender um direito de liberdade ou deixar de satisfazer um direito social".

Nesse aspecto, o condenado preso trabalhador, na sua condição de cidadão, é detentor dos direitos fundamentais dispostos no art. 7.º da CF/1988 garantidos, indistintamente, a todos os trabalhadores urbanos e rurais.

Verifica-se, da análise do art. 7.º da CF/1988, que o Constituinte Originário em momento algum excluiu o preso trabalhador do rol de direitos expressos em referido dispositivo legal. O Constituinte quando quis excluir ou determinar direitos a pessoas de maneira específica, o fez de forma expressa, como o disposto no parágrafo único do art. 7.º da CF/1988 referente à catego-

36. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 222.

37. Idem, ibidem.

ria dos trabalhadores domésticos. No tocante aos trabalhadores domésticos, somente são assegurados os direitos previstos nos incs. IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV do art. 7.º, bem como sua integração à Previdência Social. Assim, o constituinte excluiu expressamente dos trabalhadores domésticos os direitos, por exemplo, ao seguro desemprego, ao fundo de garantia por tempo de serviço, remuneração do trabalho noturno superior a do diurno, dentre outros.

Ainda nesse sentido, o preso como ser humano e dotado do *status* de pessoa e cidadão é titular dos direitos fundamentais reconhecidos como condições elementar para garantir o fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto, salienta Schmidt:[38]

"A única possibilidade de não se chegar a essa conclusão seria afirmando que o preso não foi tratado como um titular de direitos individuais pelo Constituinte Originário. Isso demandaria que os arts. 5.º a 7.º da CF/1988, salvo no que se refere às exceções constitucionalmente contempladas, não se aplicassem à execução penal, solução esta cujo despautério imanente dispensa maiores comentários."

Desse modo, no que se refere aos direitos do preso, não faz ele jus somente àqueles dispostos no art. 41 da LEP, mas a todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, ensejadores da dignidade humana.

Assim, é manifesta a inconstitucionalidade do *caput* do art. 29 da LEP, que afirma que: "o trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo", pois o inc. IV do art. 7.º da CF/1988 determina que ninguém poderá receber menos que um salário mínimo.

No mesmo sentido, o preso trabalhador possui, por exemplo, direito a 13.º salário, férias acrescidas de um terço, horas extras, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), indenização por despedida sem justa causa e os demais previstos na Constituição Federal.

Afirma Schmidt[39] que: "essa imensa gama de direitos individuais e sociais do preso, portanto, estipula toda a disciplina estatal durante a execução da pena, ou seja, é nos direitos fundamentais que o Estado encontra os seus deveres fundamentais, mesmo em sede de execução penal".

Frente a tais aspectos, não se vislumbra qualquer exclusão em relação ao preso de sua condição de indivíduo cidadão e possuidor de dignidade, de for-

38. Idem, ibidem.

39. Idem, p. 237.

ma que seus direitos fundamentais não podem ser excluídos pela sua situação transitória de encarceramento e tampouco seu trabalho ser considerado um dever pela legislação ordinária, enquanto na Constituição Federal possui o *status* de norma fundamental.

Afirma Merlin Cléve:[40]

"O legislador está absolutamente vinculado aos direitos fundamentais, da mesma forma que o Poder Judiciário, que o Ministério Público, que a Administração Pública, e assim passamos a entender – o que é extraordinário na história recente da República brasileira – que os direitos fundamentais não são concessão, que não estão à disposição do Estado, que não são aquilo que o Estado diz. Pelo contrário, este, sim, está à disposição dos direitos fundamentais para buscar a sua plena concretização. Os direitos fundamentais não são instrumentos do Estado; este, sim, é instrumento dos direitos fundamentais (...)."

Diante da aplicabilidade imediata, liquidez e certeza dos direitos fundamentais, os quais legitimam a todos seu exercício, afirma Leal[41] que:

"O anúncio de direitos fundamentais e intocáveis pela decisão constituinte torna imperativa sua existência institucional, uma vez que a liquidez e certeza desses direitos reclamam execução ininterrupta de mérito pressuposto já prejulgado (decidido) no horizonte instituinte do legislador originário da constitucionalidade vigorante (...) Afiguram-se de importância significativa a liquidez e certeza dos direitos fundamentais da vida, liberdade e dignidade, na linha constituinte de sua construção, porque a lei constitucional, nesse passo, é provimento de mérito não rescindível ou afastável por juízos cognitivos ou de conveniência ou equidade da decidibilidade judicial, cabendo a esta tão somente cumprir e conduzir a execução dessa fundamentalidade jurídica titularizada ou protegê-la de ilegalidades supervenientes."

Portanto, os direitos fundamentais, como normas dirigidas a todos os cidadãos, foram determinados na Constituição Federal pelo devido processo, dotados de normatividade, aplicação imediata e necessários à realização da dignidade da pessoa humana. Assim, pelo princípio da legalidade ou reserva legal devem ser prontamente respeitados pelo Estado e aplicados a todos os

40. CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 392.

41. LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: _____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 27.

indivíduos. Rosemiro Pereira Leal[42] afirma que nas democracias não se pode aceitar o conceito de lei muda, sem conteúdo preditivo, diretivo ou imputativo de modo que ao Estado cabe obedecê-la.

Pelo exposto, não possui qualquer relevância a discussão acerca da caracterização ou não do trabalho do preso numa relação de emprego, aplicando-se ou não a Consolidação das Leis do Trabalho. Tal discussão é inócua frente ao Estado Democrático de Direito, pois ao preso são garantidos todos os direitos fundamentais referentes ao exercício do trabalho, quais sejam, os direitos fundamentais trabalhistas normatizados no art. 7.º da CF/1988. Além disso, o condenado preso também é titular do direito fundamental ao trabalho, direito líquido e certo a partir da decisão do legislador constituinte, determinado na Constituição Federal.

Consoante afirma Del Negri,[43] "à evidência, louro, albino, pardo, negro, amarelo, dolicocéfalo ou não, todos são iguais no plano da fundamentalidade democrática. Não pode haver diferença quanto aos direitos fundamentais das pessoas".

Ressalta-se que diante da inobservância dos direitos fundamentais no que tange ao trabalho do preso, cabível o mandado de segurança previsto no art. 5.º, LXIX, da CF/1988, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Assim, frente à violação de direito fundamental, o instrumento adequado é o mandado de segurança, pois, conforme afirma Leal,[44] "não haveria imaginar direitos fundamentais constitucionalizados não ainda acertados por uma liquidez e certeza já processualmente pré-decididas em bases constituintes a legitimarem executividade incondicionada". Ainda consoante Leal,[45] "o mandado de segurança só é instituto de características democráticas quando, especialmente, se põe como ação constitucional de execução dos direitos fundamentais ante a ilegalidade da inadimplência dos agentes da Administração Governativa".

Ademais, a garantia dos direitos trabalhistas do preso assume caráter de urgência também no tocante à ocorrência da utilização do trabalho carcerário de

42. LEAL, Rosemiro Pereira. A relativização inconstitucional da coisa julgada. In: _____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 20.

43. DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 347.

44. LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual... cit., p. 24.

45. Idem, p. 27.

forma exploratória, em flagrante desacordo com a função de reinserção social do trabalho do apenado. Para a iniciativa privada torna-se vantajoso explorar mão de obra carcerária devido ao seu baixo custo, pois conforme art. 29 da LEP o condenado pode receber menos que um salário mínimo, além da isenção de vários encargos trabalhistas como 13.º salário e férias acrescidas de 1/3. Afirma Baqueiro[46] que:

"Ocorre que, em face da notória falência do sistema carcerário nacional, o Estado tem deixado de lado o propósito educativo-regenerativo, para – sob o pálio de combater o ócio –, apenas oferecer mão de obra carcerária barata a terceiros, o que o faz em desobediência às normas de regência e em detrimento dos direitos dos próprios encarcerados."

Verifica-se, assim, que o Estado Democrático de Direito, fundado na legalidade democrática, estrutura-se pelos direitos fundamentais dotados de normatividade plena e aplicabilidade imediata, sem os quais inexiste vida digna, fundamento da República Federativa do Brasil. Consoante dispõe Leal:[47]

"A expressão Estado Democrático é que, no contexto das cogitações feitas, não pode mais significar instituição inesclarecida e agente fantasmal de direitos legislados ou adotados numa ordem jurídica qualquer, sequer pode esse Estado se jactar como recinto axiológico de uma decidibilidade governativa, administrativa e judiciária, comprometida com uma pauta de valores não juridificados e não processualmente dada à fiscalidade irrestrita."

Assim, o condenado preso, na sua condição de ser humano, é titular de todos os direitos fundamentais (exceto a liberdade de locomoção), dotados de normatividade plena, dentre eles os direitos trabalhistas, líquidos e certos, ensejadores da dignidade da pessoa humana, comando estruturante da organização do Estado, limite do Poder Público e fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III, da CF/1988). Desse modo, o direito ao trabalho do preso é pressuposto da dignidade da pessoa humana que garante ao indivíduo o mínimo existencial, ou seja, as condições sem as quais inexiste vida saudável.

---

46. BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. Da necessidade da declaração e respeito aos direitos trabalhistas do preso e o papel do Ministério Público do trabalho no combate à exploração da mão de obra carcerária. Disponível em: [www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/fernanda_ravazzano_lopes_baqueiro.pdf]. Acesso em: 15.10.2009.

47. LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual... cit., p. 25.

5. REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DOS RECLUSOS DA ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS)

A Organização das Nações Unidas formalizou sua preocupação pela proteção dos reclusos desde 1955 ao adotar as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas Resoluções 663 C (XXIV), de 31.07.1957, e 2.076 (LXII), de 13.05.1977.[48]

Essas Regras Mínimas existem como parâmetro para a definição das leis dos Estados signatários da ONU.

Dentre as várias regras, entre as de n. 71 até a 76, verifica-se a proteção específica ao trabalho do recluso, buscando sempre garantir condições dignas de trabalho dentro da prisão.

A Regra 71 proíbe trabalhos penosos; determina a adequação do trabalho às aptidões físicas e mentais do condenado e que seja dado trabalho de natureza útil; e confere certa liberdade de escolha do tipo de trabalho.

De acordo com a Regra 72: "a organização e os métodos do trabalho penitenciário devem aproximar-se tanto quanto possível dos que regem um trabalho semelhante fora do estabelecimento, de modo a preparar os reclusos para as condições normais do trabalho em liberdade".

Assegura-se também na Regra 74 a proteção, a segurança e a saúde dos trabalhadores livres aos trabalhadores reclusos, inclusive a indenização por acidente de trabalho e doenças profissionais.

As Regras 75 e 76 dispõem que a carga horária de trabalho dos reclusos deve ser fixada em lei, considerando as regras locais da carga horária dos trabalhadores em liberdade; que essa carga horária deve ser fixada considerando que os presos devem ter dia de descanso e tempo livre para educação e para outras atividades; e que o trabalho deve ser remunerado de modo equitativo.

Vale ressaltar que embora a Lei de Execução Penal brasileira tenha ficado aquém das propostas das Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos da ONU, a democracia constitucionalizada brasileira implantada em 1988 ado-

48. Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos da Organização das Nações Unidas. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos-Proteção-contra-a-Tortura-Maus-Tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html]. Acesso em: 26.07.2012.

tou-as, porém foi além ao estabelecer várias outras regras que contemplem o trabalho digno do condenado recluso.

6. CONCLUSÃO

A Constituição da República Brasileira é fundamento basilar e condição de validade de todas as normas jurídicas brasileiras, visualisando-se sua supremacia frente a todo o ordenamento jurídico, sendo que os direitos e garantias fundamentais consagrados tornam-se parâmetros de limitação de todas as esferas públicas (Legislativo, Executivo e Judiciário). Nesse sentido, os direitos fundamentais inserem-se como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e constituindo-se um mínimo invulnerável que um estatuto jurídico deve assegurar.

O princípio constitucional da humanização da pena, previsto no art. 5.º, XLVII, da CF/1988, deve pautar toda a execução penal com o intuito de respeitar os direitos fundamentais do condenado o qual, a despeito de estar encarcerado, continua detentor dos mesmos na sua condição de cidadão.

O direito ao trabalho, previsto na Constituição Federal em seu art. 6.º como um direito fundamental, é destinado universalmente a todos os cidadãos, visando garantir ao indivíduo o exercício do trabalho de forma digna. Sendo o trabalho um direito, pois a Constituição Federal proíbe pena de trabalhos forçados (art. 5.º, XLVII, *c*, cabe ao preso exercê-lo ou não. Diante da vontade do preso em trabalhar, presente o elemento volitivo essencial à formação da relação de emprego. Presentes os demais requisitos do contrato de emprego (pessoalidade, continuidade, subordinação, onerosidade e alteridade) aliados à vontade de exercer seu direito ao trabalho, a relação de trabalho do preso configura uma relação de emprego.

Entretanto, a despeito de configurar ou não relação de emprego, o trabalhador preso é titular dos direitos fundamentais trabalhistas previstos constitucionalmente.

Assim, os direitos dispostos no art. 7.º da CF/1988 são destinados a todos os trabalhadores urbanos e rurais, independente de estarem encarcerados ou não, pois a Constituição Federal quando quis excluir ou especificar direitos, o fez de forma específica como em relação aos empregados domésticos (parágrafo único do art. 7.º).

O condenado preso ao trabalhar exerce um direito garantido constitucionalmente e como indivíduo não pode ser privado dos direitos trabalhistas ensejadores da dignidade da pessoa humana.

Diante da Constituição Federal, percebe-se que a Lei de Execução Penal, em relação à restrição de direitos fundamentais trabalhista ao trabalhador preso, encontra-se em evidente desacordo com o marco teórico democrático adotado pela Constituição Federal de 1988.

O art. 5.º da CF/1988 dispõe expressamente que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Dentre os direitos fundamentais, o único do qual o preso encontra-se privado é a liberdade de locomoção, sendo ele titular dos demais direitos previstos constitucionalmente, os quais devem nortear também toda a fase de execução penal.

Desse modo, o apenado é detentor dos direitos fundamentais, na sua condição de cidadão, estando o Estado vinculado e obrigado a satisfazer tais direitos como decorrência de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, o condenado preso trabalhador é detentor de todos os direitos trabalhistas previstos no art. 7.º da CF/1988, tais como 13.º salário, férias acrescidas de 1/3, horas extras, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), salário nunca inferior ao mínimo, adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres o perigosas, dentre outros.

Ademais, o respeito a referidos direitos faz-se necessário também para evitar a utilização do trabalho carcerário de forma exploratória tendo em vista, por exemplo, ao pagamento do salário inferior ao mínimo.

O trabalho do preso como direito fundamental e, portanto, uma faculdade, constitui-se em um direito líquido e certo, já processualmente pré-decidido pelo Constituinte Originário (coisa julgada constituinte) possuindo, assim, executividade incondicionada. Acaso não verificada a aplicação desses direitos ao condenado preso trabalhador, o instrumento adequado a prestar a efetividade dos diretos fundamentais líquidos e certos será o mandado de segurança, conforme dispõe o art. 5.º, LXIX, da CF/1988.

Por conseguinte, não possui qualquer importância saber se o trabalho do preso configura ou não relação de emprego, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, pois o preso, ao trabalhar, possui os direitos fundamentais trabalhistas previstos no art. 7.º da CF/1988.

Assim, diante da Constituição da República Brasileira, que proíbe qualquer distinção entre os trabalhadores, evidente o direito ao trabalho pelo cidadão preso como direito fundamental, e, consequentemente, a todos os direitos trabalhistas, essenciais para a efetivação da dignidade humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Obrigatoriedade do trabalho prisional, regime semiaberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal, de João José Leal – *RBCCrim* 46/121; e
- Trabalho do preso: premissas para o reconhecimento dos direitos trabalhistas e da relação de emprego, de Isabella Monteiro Gomes e Michel Carlos Rocha Santos – *RDT* 144/193.

- Trabalho penitenciário, de Amaro Alves de Almeida Filho, *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*, coordenada por Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 6, p. 131.

AS CHANCES E OS RISCOS DE UMA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL

1

Chances and risks of an International Criminal Justice

MIREILLE DELMAS-MARTY

Professora do Collège de France.

Traduzido por

PRISCILA AKEMI BELTRAME

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

PEDRO AUGUSTO SIMÕES DA CONCEIÇÃO

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Estagiário em advocacia criminal.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: O presente artigo trabalha a hipótese de uma comunidade humana internacional tendo por "fundações" - os quais devem ser instáveis e flexíveis - o valor comum instituído por três diferentes tipos de proibições criminais: a do crime de guerra, a da guerra contra o crime e a do crime contra a humanidade. Para isso serão abordados aspectos históricos, antropológicos e jurídicos da constituição desses crimes no sistema jurídico interestatal, com os Tribunais Penais Internacionais, e em seu diálogo com as diversas

ABSTRACT: This article considers the hypothesis of an international human community having as its foundations - which shall be unstable and flexible - the common value established by three different types of criminal prohibitions: war crimes, war against crimes and crimes against humanity. For this reason, historical, anthropological and legal aspects on the characterization of these crimes will be discussed under the interstate legal system, with International Criminal Courts, and its dialogue with the many state jurisdiction,

jurisdições estatais, de modo que possamos avalizar o risco de tal comunidade ensejar um novo fundamentalismo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional – Crime de guerra – Guerra ao crime – Crime contra a humanidade – Fundamentalismo jurídico.

in order to evaluate the risks that such community would have in encouraging a new legal fundamentalism.

KEYWORDS: International Criminal Court – War crimes – War against crimes – Crimes against humanity – Legal fundamentalism.

SUMÁRIO: Introdução – I. O paradoxo penal: 1.1 O relativismo penal: a) Relativismo cultural; b) Relativismo político; 1.2 O universalismo do sofrimento: a) Violência e a figura do mal; b) A especificidade dos massacres; 1.3 Rumo a um direito penal do inumano?; a) A fundação de uma comunidade mundial; b) Uma internacionalização seletiva – II. Proibições fundadoras e fundamentalismos: 2.1 O risco dos fundamentalismos: a) A guerra contra o crime: um direito de exceção justificando todas as transgressões; b) O crime contra a humanidade: uma proibição sem exceção; 2.2 Fundar uma comunidade mundial sem fundações: a) Valores evolutivos; b) Um empreendimento em vários níveis; 2.3 As vias de um universal pluralista: a) A aproximação pelo diálogo; b) A aproximação pelo aprofundamento.

INTRODUÇÃO

Em[1-NT1] 1998 Wole Soyinka, Patrice Chamoiseau e Edouard Glissant lançaram um apelo para avaliarmos os pontos cegos de nossas histórias "para que entremos, todos juntos e libertos, no Mundo-Todo". E acrescentavam: "juntos, ainda, nomeemos o comércio negreiro e a escravidão perpetuados nas Américas crimes contra a humanidade".[2]

Podemos espantar-nos com a importância dada por estes três escritores a uma classificação penal para avaliarmos os pontos-cegos da história. Espanta-nos, também, o paradoxo aparente de um apelo que tende à linguagem comum, necessária para entrar no "Mundo-Todo", e que permanece, não obstante, ligada às diferenças – "somente a diferença seria universal", escreve Glissant.[3] Este Mundo-Todo, onde os contextos se globalizam e cuja história se torna comum, não é um mundo unificado e não possui o necessário para vir a sê-lo.

---

1. Este texto foi inspirado na introdução ao curso "*Les interdits fondateurs*" ministrado no *Collège de France* em 2007 ("as proibições fundadoras"), reproduzido em *Les forces imaginantes du droit*, vol. IV, *Vers une communaute de valeurs*, Seuil, 2011. As notas dos tradutores serão precedidas por "NT".

NT1. Nota dos Tradutores: O resumo em português e inglês, bem como as palavras-chave nas duas línguas foram feitos pelos tradutores, pois ausentes no texto original.

2. E. Glissant. *Une nouvelle région du monde*, p. 20.

3. Idem, p. 131.

Encontramo-nos, então, aos pés de um imenso desafio que não será vencido a menos que diferenciemos a proibição ao crime dos outros tipos de proibição. Para tanto, fazemos referência à distinção proposta por Henri Atlan entre os diferentes níveis de ética, segundo a qual se articulam o *descritivo* (aquilo que é) e o *normativo* (aquilo que deve ser).[4] Em um primeiro nível, de caráter universal, a descontinuidade se encontra, aparentemente, resolvida: é mal aquilo que faz mal. De certa maneira, os grandes movimentos de opinião, onde um grande consenso se estabelece sobre uma base moral que chamamos de "humanitária", chegam a este primeiro nível por meio de uma espécie de "moral da indignação". E isto é, sem dúvida, "melhor do que nada". Mas esta moral "serve para qualquer tipo de manipulação, notadamente aquelas da informação, jogando, por exemplo, com a perversão infantil da chantagem sentimental".[5] No segundo nível, ao contrário, as experiências do prazer e da dor, projetadas no espaço e diferenciadas no tempo graças às capacidades de memória e representação, próprias à espécie humana, são reconstruídas conforme os diferentes sistemas de valores e normas que se construíram em função da geografia e da história. É neste ponto que surge o relativismo, manifesto, sobretudo, nos sistemas jurídicos nacionais. Quanto ao terceiro nível, o de uma ética universal, ainda hipotética, falta ser construída, mas como? Antes que uma metaética de valor superior, que se deduziria da razão pura, Atlan propõe a procura por uma resposta comum, decorrente da diversidade de práticas por tentativas sucessivas, ainda que ao preço de desentendimentos provisórios.

Em suma, toda proibição vai além do primeiro nível, de caráter universal, em direção ao segundo nível, do relativismo, onde as experiências, trabalhadas pela história de cada povo e desenhadas pela geografia, são estruturadas em sistemas de valores extremamente diversificados. Esta função estruturante não é específica do direito, mas é ele que lhe proporciona a força coercitiva que falta aos outros sistemas normativos (religião, moral etc.).

Este dupla função, estruturante e coercitiva, está particularmente presente no ramo do direito penal que se proclama, também, direito "criminal". Este adjetivo tem o mérito de destacar a função expressiva do direito penal, função esta que remete aos valores cuja violação chama-se sanção. Ele relembra que antes de punir é preciso incriminar, ou seja, nomear o crime e, nomeando-o, separá-lo dos demais tipos de comportamento: a raiz grega *crima* (em latim

4. H. Atlan, "Les niveaux de l'éthique", in: *Une même éthique pour tous?* Journée du Comité national d'éthique, dir. JP Changeux, éd Odile Jacob, 1997, p. 91 s.; igualmente, *Les étincelles du hasard*, t. 2, *Athéisme de l'éctirue*, Seuil, 2003, p. 31 s.

5. Idem, p. 61.

crimen) vem do verbo *crimein* que quer dizer separar, triar, escolher, para então distinguir e, ainda, acusar, aportar um juízo. Organizando cada comunidade em torno do poder, da vida e da morte, sobre sexo, sobre a apropriação e a divisão de bens, a proibição penal é, pois, símbolo do relativismo nacional e o direito penal pode, assim, aparecer como o menos universalizável dos sistemas de direito.

E, contudo, veja-se que logo após a Segunda Guerra Mundial, sob o choque da indignação, o direito penal se encontra na linha de frente do universalismo jurídico, com a criação de uma Justiça Penal Internacional, primeiramente temporária (em Nuremberg e Tóquio) e depois permanente (criação do Tribunal Penal Internacional), que define e aplica as incriminações comuns.

Este é o paradoxo da proibição penal: é exatamente porque ela atravessa os três níveis da ética que ela poderia tornar-se a referência ao redor dos quais construir os valores comuns – sob a condição de que as proibições "fundadoras" não sejam as veiculadoras do fundamentalismo.

I. O PARADOXO PENAL

A partir da constatação de um certo *relativismo penal*, observamos que *o universalismo do sofrimento* é a própria sã consciência repressiva oriunda do sofrimento, levando, assim, ao primeiro nível da ética (é mal aquilo que faz mal). Mas a indignação moral imediata, com todos os riscos de manipulação, mediática ou política, que ela comporta, não é suficiente. Para que ele se torne expressão de uma verdadeira comunidade humana, é preciso ainda que este direito penal alcance o terceiro nível, o de uma ética universal que acompanharia o surgimento de um verdadeiro *direito penal do inumano*.

1.1 O relativismo penal

Tradicionalmente, o direito penal simboliza a soberania nacional e a cultura de cada povo, simultaneamente, constituindo, assim, ramo privilegiado – ou, até mesmo, refúgio? – do relativismo dos valores. Como escreveu Pascal, "o furto, o incesto ou o assassinato de filhos e pais, tudo teve seu lugar dentre as ações virtuosas".[6] Inversamente, encontra-se de tudo na lista das proibições criminais, inclusive, blasfêmia, homossexualidade entre adultos, e de tudo nas práticas repressivas legais, inclusive a pena de morte, quiçá, a tortura. Para

6. B. Pascal, *Pensées*, Gallimard, coleção La Pléiade, parágrafo 230, p. 1160 ss.; "Des crimes globalisés", in: *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 241-307.

compreender a diversidade penal, o essencial não é fazer um catálogo de tal diversidade, mas localizar seus principais fatores, ao mesmo tempo culturais e políticos.

a) Relativismo cultural

Em uma primeira análise, as incriminações penais remetem, por meio das proibições que elas exprimem, à identidade cultural de cada nação. Mas este relativismo se funda, ele próprio, sobre o pressuposto de uma cultura nacional homogênea. É conhecida a fórmula de Durkheim definindo o crime como um comportamento que "aflige os pontos fortes da consciência coletiva comum".[7] Em um dado sistema, a escolha oficial que consiste na proibição de um comportamento sob a ameaça de uma sanção penal (criminalização) exprimiria uma concepção ao menos parcialmente comum dos principais valores, função expressiva que se encontra na classificação dos Códigos.

A realidade é mais incerta, por duas razões, ao menos.

Por um lado, esta classificação encontra-se implícita em grande medida. Parece óbvio que se reserve o direito penal para os comportamentos "mais graves", mas negligencia-se, o mais das vezes, a definição dos critérios de gravidade, deixando, portanto, de explicitar a escala de valores subjacentes. Pudemos experimentar essa situação nos anos 80, por ocasião da Comissão de revisão do Código Penal. Dentro do grupo de trabalho conhecido como o do inventário de normas penais, nós propusemos, sem, contudo, termos convencido a maioria dos membros da Comissão, repensar o plano geral do Código e sua significação em termos de valores, a fim de incorporar todas ou parte das incriminações deixadas fora do Código.[8]

Por outro lado, a incerteza se mostra ainda mais profundamente arraigada ao fato de a homogeneidade social jamais ser perfeita. Para se convencer disso, basta pensar nas práticas de aculturação impostas no contexto da colonização. A aculturação resulta de uma mundianização a qual, favorecendo a abertura de fronteiras, coloca em confronto, em um mesmo território, as diferentes culturas dos povos (quer se tratem de nativos ou de imigrantes), ao ponto de trazer novamente à tona o tema da existência de uma "consciência coletiva comum".

---

7. E. Durkheim, *De la division du travail social*, 9ème éd., PUF, 1973; ver, também, as críticas de Gurvitch, "Le problème de la conscience collective chez Durkheim", in: *La vocation actuelle de la sociologie*, 3ème éd., PUF, 1969, t. II, Ch. VIII, p. 1-58.

8. *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 269-294, especialmente os princípios diretores de gravidade propostos, p. 287; igualmente: "Le nouveau Code pénal", *RSC* 1994; *Le code dix ans après*, PUL, 2004.

Abordando a questão de saber se o direito penal é "escudo ou espada das diferenças culturais",[9] Alessando Bernardi conclui que o direito penal preenche ambas as funções e ressalta que nenhum modelo parece ter conseguido resolver a contradição.

Aparentemente, os modelos multiculturalistas, preponderantes em países de *commom law*, seriam mais tolerantes, utilizando técnicas jurídicas como o erro de proibição, às vezes considerado invencível, ou a referência aos "valores próprios do meio a que se pertence". Mas a tolerância não resolve nem os problemas frutos da desigualdade entre cidadãos de um mesmo país, nem o risco social da formação de guetos ou da balcanização, em uma sociedade que favorece o encapsulamento recíproco de culturas que coexistem sem se compreender. A tolerância pode, em casos extremos, chegar a dissolver o sentimento de pertença à mesma comunidade e cortar os laços de solidariedade.

Diferentemente, os modelos de assimilação ou de integração, mais afeitos à tradição romano-germânica, são criticados por impor uma integração forçada, pouco compatível com o respeito à identidade individual e fundada em uma igualdade abstrata, muitas vezes, ilusória.

Na prática, a distinção é, muitas vezes, menos clara. Em se tratando do porte do véu islâmico, ou do turbante, até mesmo do punhal reivindicado pelos indianos Sikh, os sistemas de *common law* mantiveram-se mais tolerantes, mas um debate recente trouxe de volta a questão à Grã-Bretanha, por meio da proibição de as mulheres darem aulas com o rosto coberto pela *burqa*. Mais frequentemente, ocorre não somente de os juízes afastarem o argumento da *exceção cultural*, como também de conjugá-lo com uma atitude de desconfiança, recorrendo às medidas preventivas, ou mesmo a um aumento das penas, sob o pretexto escandaloso de que "os envolvidos estão acostumados, em seus países de origem, com sanções muito mais aflitivas que aquelas do seu país de acolhimento".

Mas o debate não é somente cultural e o porte do punhal ou o uso da *burqa* pode tornar-se incompatível com as medidas de segurança de ordem preventiva. É assim que alguns representantes das forças da ordem pretendiam aplicar, quanto ao uso da *burqa*, a lei italiana de 31.07.2005 contra o terrorismo, que proíbe e sanciona o fato de apresentar-se mascarado em um local público, exemplo que demonstra o entrecruzamento de fatores culturais e políticos.

9. A. Bernardi, "Le droit pénal bouclier ou épée des différences culturelles?", in: *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, out. 2006, dir. M. van de Kerchove, Bruylant, 2007.

b) Relativismo político

Expressão da soberania nacional, a escolha das incriminações penais é, também, – a princípio – um ato político que instaura, no topo da cadeia hierárquica penal, o crime de lesa-majestade e, mais recentemente, os de atentados à segurança do Estado. Mesmo se a ordem das infrações varia de Código a Código (o Código Penal francês de 1994 começa pela proteção das pessoas, depois, dos bens, antes de mencionar a Nação, o Estado e a paz pública), este relativismo político nunca despareceu por completo, quer se favoreça um regime liberal ou autoritário.[10]

Em certos casos extremos, este relativismo pode conduzir um regime totalitário a ordenar, ele próprio, verdadeiros massacres. Rudolph Rommel estimava, em 1994, que no decorrer do século XX, 169 milhões de pessoas teriam sido mortas por seus próprios governantes contra 34 milhões durante guerras contra nações rivais, incluindo as duas grandes guerras mundiais.[11] Mesmo que o número não seja inconteste, a ordem de grandeza permanece significativa, de modo que, sem ultrapassar estas formas de violência extrema do Estado, o endurecimento do direito penal pode se manifestar por um enfraquecimento das garantias processuais e materiais próprias do Estado de Direito.

Remodelada à sequência dos atentados de 11.09.2001, o modelo autoritário é, hoje, reciclado por uma nova doutrina conhecida como o "direito penal do inimigo".[12] De origem alemã, esta doutrina repousa sobre a ideia de que o Estado não poderá sobreviver a menos que se aceitem, a título das exigências da segurança nacional, diversas derrogações, de tal modo que se extingam algumas garantias processuais ou sejam reforçadas as penas. Quanto à própria definição de crime, esta doutrina parece legitimar – em uma perspectiva de prevenção/repressão/neutralização, a confusão que caracteriza o modelo totalitário entre a noção de crime (que chega ao grau de *normatividade* pela transgressão de proibições portadoras de valores) e aquela de estado de perigo (oposto a uma *normalidade*, tida como o padrão médio de comportamentos). Mais grave ainda, a teoria chega ao ponto de dissolver todo o direito penal fundado na punição da lesão numa lógica de guerra que tende à eliminação do inimigo. Pode-se ver nela o risco de um retorno à barbárie no duplo sentido do termo: barbárie de um direito penal repressivo e retributivo, mas também retorno à divisão binária que, criamos, era o critério que

10. Libertés et sureté dans un monde dangereux, Seuil, 2010.

11. R. J. Rummel, *Death by Governments, London, Transnational Publishers, 1994; J. Semelin, Purifier et détruire, Usages politiques des massacres et génocides*, Seuil, 2005.

12. Ver "Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain", *RSC* 2009, p. 1-68.

limitava os civilizados dos bárbaros de outrora, pois o inimigo de hoje, como o bárbaro de ontem, simboliza a recusa de todo universalismo, doutrina esta que lhe negava o direito de pertencer a mesma e única humanidade. Diante de práticas como estas que invocam a razão de Estado para enclausurar o direito penal interno em um relativismo combativo, o direito internacional poderia reintroduzir um pouco de universalismo, primeiramente, em reação ao sofrimento.

1.2 O universalismo do sofrimento

Se o sofrimento é universal e permite definirmos a vítima, ele não nos dá a chave para qualificar o autor "daquilo" que faz mal. Para ir do sofrimento da vítima para um nível conceitual, como a culpabilidade ou a responsabilidade, que supõem um julgamento moral ou judicial sobre o autor, seria preciso ou associar toda violência à figura do mal, ou circunscrever o debate entre os verdadeiros massacres – mas aí nos distanciaríamos do primeiro nível ético.

a) Violência e a figura do mal

É fato que a violência pode engendrar um sofrimento: "chamemos de violência, escreve Françoise Héritier, todo constrangimento de natureza física ou psíquica suscetível de gerar terror, deslocamento, infelicidade, sofrimento ou a morte de um ser vivo".[13]

Mas é preciso, ainda, admitir também o universalismo da violência humana. Jean Guilaine explica que a importância da guerra pré-histórica, muitas vezes vista como uma atividade menor, episódica, foi por demais subestimada. Se os pré-históricos eram vistos "como povos fundamentalmente pacíficos",[14] é porque no final dos tempos paleolíticos a população mundial estava limitada a 2 ou 3 milhões de habitantes. Poderíamos, então, pensar que a cooperação reinava porque ela era necessária para a sobrevivência e que a solidariedade compensava a impotência do indivíduo isolado. As escavações arqueológicas revelaram, porém, o lugar central da guerra nas sociedades pré-estatais. Constatando nos macacos antropoides, nossos primos mais próximos, o racismo e o assassinato, Guilaine une-se a Piere Clastras para considerar que a guerra primitiva "aponta, pela sua universalidade, não à natureza, mas à cultura". Dito de outro modo, a guerra estaria inscrita mais em um processo de humanização

13. F. Héritier, "Réflexions pour nourrir la réflexion", in: *De la violence, I*, Odile Jacob, 2005, p. 17.

14. Jean Guilaine et J. Zammit, *Le sentier de la guerre, Visages de la violence préhistorique*, Seuil, 2001, p. 9.

que em um de hominização. Seu objetivo teria sido a dispersão, pois estas populações, escreve o autor, "têm uma tendência à segregação e não à unificação; elas têm sede de independência e não de centralização". Nisso vê o autor uma "lógica da diferença; de maneira que a desigualdade, a exploração por uma estrutura superior (o Estado) são aqui sistematicamente contrapostas".[15]

Em resumo, a violência seria tão fundadora quanto destrutiva. Comum às sociedades humanas, elas são capazes de ligá-las ao mesmo tempo em que as confrontam, como exprime Heráclito pela sua fórmula enigmática ("*ton polemon eonta zunon*"). É por isso que parece difícil associar toda violência à figura do mal. Os trabalhos do seminário Héritier demonstram, ainda, a diversidade das manifestações. Alguns lembram, para além da ironia de Nietzsche ou de Foucault, que o "trabalho sempre a serviço da liberdade não pode ser feito sem violência".[16] Outros destacam o lugar das violências institucionalizadas, ou ainda, por referência ao modelo proposto por René Girard, o das violências sacrificiais. Alguns e outros consideram que a violência pode ser fundadora de valores, permitindo a passagem do "contínuo ao descontínuo (ou do indiferenciado ao diferenciado)".[17]

Pouco surpreende, então, que as "matrizes da intolerância e da violência" sejam, elas próprias, ambivalentes. Somente o quadro geral é universal, definido pelas afeições e pelas necessidades, como o prazer, a confiança, a segurança, mas também pela inveja e pela competição, que caracterizam o espaço mental humano. A violência, contudo, intervém "nos interstícios não regulamentados do jogo entrecruzado destas diversas (e necessárias) carências".[18] Também as regras para canalizar a violência são diferentes de um sistema a outro, deixando reaparecer o relativismo de valores, sob pena de restringir a análise da violência em geral à crueldade,[19] ou, mais ainda, à especificidade dos massacres.

b) A especificidade dos massacres

O horror dos massacres não se atém somente ao efeito de massa. Quando Chateaubriand, nos *Mémoirs d'outre-tombe*, conta-nos sobre o massacre dos

15. Idem, p. 43.

16. D. Defer "Entre pouvoirs et interprétations dans les œuvres de Michel Foucault", in: *De la violence I*, cit., p. 91-121.

17. R. Girard, *La violence et le sacré*; L. Scubla, "Ceci n'est pas un meurtre ou comment le sacrifice contient la violence", in: *De la violence*, II, p. 166.

18. F. Héritier, "Les matrices de l'intolérance et de la violence", in: *De la violence, II*, Odile Jacob, 2005, p. 321.

19. E. Balibar, "Violence, idéalité et cruauté", in: *De la violence, I*, cit., p. 57-87.

prisioneiros de Jaffa pelas tropas de Bonaparte em 10.03.1799, ele está, primeiramente, indignado pela crueldade e pela inutilidade de tal atitude. Sublinhando que os prisioneiros tinham entregado as armas e que seu rendimento já tinha sido aceito, ele se atém a descrever os detalhes da cena pois "a verdade moral de uma ação somente se faz clara nos detalhes". Quando ele conclui que "o céu pune a violação das leis da humanidade: ele envia pestes",[20] pode-se ver uma antecipação certa daqueles que se tornariam "crimes universais" como o genocídio ou o crime contra a humanidade; mas pode-se, também, perguntar se a indignação do escritor não se funda no sofrimento das vítimas ou na negação de seu pertencimento à humanidade. Isso seria a razão pela qual ele se atém à narrativa do soldado Miot, pois, ao descrever os detalhes, ele reintroduz a personalidade de cada vítima: do jovem aterrorizado que suplica para que lhe poupem a vida ao nobre ancião sereno que enterra a si próprio para morrer nas mãos dos seus.

Na nossa procura por valores comuns, é preciso, efetivamente, entrar nos detalhes, indo além das qualificações jurídicas, para apontar a especificidade que embasa a proibição. É assim que o sociólogo Jacques Semelin propõe uma definição autônoma do massacre como "processo organizado de destruição de civis, visando, ao mesmo tempo, as pessoas e seus bens".[21] Para compreender as diferenças "morfológicas do massacre", ele se refere ao objetivo dos autores: submeter (guerras, colonizações, empreendimentos originários ditos "de reeducação", típicos dos regimes totalitários para remodelar o corpo social, ou *paradigma do Camboja democrático*); erradicar (forma simbolizada pela aterrorizante expressão de "limpeza étnica" sob suas diversas formas, ou *paradigma da Shoa*); insurgir-se (contra o terrorismo, ou *paradigma do 11 de setembro*).

Por mais esclarecedora e necessária que seja tal visão, dita "política" mais que jurídica, não visa a fenômenos ligados à cultura, às crenças, à memória afetiva de cada povo, ainda que eles possam explicar o surgimento ou o desenvolvimento dos massacres, como visto recentemente, nos Bálcãs ou em Ruanda. Preconizando uma aproximação multidisciplinar, a jurista Hélène Dumont,[22] do Quebec, ressalta especialmente que os genocídios e os massacres não apre-

20. F. R. de Chateaubriand, "Campagne de Syrie", in: *Mémoires d'outre-tombe*, Gallimard, coleção La Pléiade, vol. I, l. XIX, cap. 16, p. 724.

21. J. Semelin, *Purifier et détruire*, Usages politiques des massacres et génocides, vide supra, p. 387.

22. H. Dumont, "Introduction" in: *Le crime de génocide – Construction d'un paradigme pluridisciplinaire*, inédito.

sentam apenas objetivos políticos impostos de cima para baixo, em uma lógica piramidal, mas se propagam também de baixo para cima, como "interação de dinâmicas locais com lógicas estatais, ou de uma lógica de rede que permite à violência se estender insidiosamente".

Que se manifeste de cima para baixo ou de baixo para cima, este efeito de despersonalização da vítima e da negação da sua humanidade é, sem dúvida, sua característica essencial, pois além do universalismo do sofrimento surge, assim, uma reprovação dos massacres, não pela sua violência apenas, nem mesmo pela sua dimensão massiva, mas, sobretudo, pelo seu caráter inumano.

1.3 Rumo a um direito penal do inumano?

A questão se trata de saber sob quais condições a reprovação de certos comportamentos qualificados de inumanos é suficientemente universal, ou universalizável, para fundar uma comunidade humana mundial, visto que o processo mesmo de universalização permanece seletivo, ou seja, parcial e descontínuo.

a) A fundação de uma comunidade mundial

Fundar a comunidade mundial sobre o direito penal não se dá por si só e os trabalhos sobre os julgamentos de crimes de massa pouco contribuíram para a questão, ao menos por denunciarem um abuso de linguagem. Assim, Antoine Garapon, depois de lembrar a fórmula de Carl Schmitt de que "quem diz humanidade pretende enganar", e afirma, com força, o autor: "o crime contra a humanidade afeta a virtude significante da linguagem à medida que prostitui o sentido das palavras; sem terceiros nem instituições que lhes garantam, as palavras não significam nada".[23]

É verdade que a proibição penal não é no conjunto transponível à comunidade humana mundial, pois ela permanece ligada, como já destacamos, à solidariedade própria das comunidades nacionais, sob duas formas, mecânica e orgânica, apontadas por Durkheim. A menos que se adicione uma terceira forma, como propõe o sociólogo americano Mark Osiel, que a nomeia "solidariedade discursiva", esta nova variante distinguir-se-ia das outras duas por ligar comunidade e diferenças.

De um lado a solidariedade "mecânica" (que ele relaciona ao modelo da igreja, sobretudo quando ela é juridicamente estabelecida) "requer a negação,

23. A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner, Pour une justice internationale*, Odile Jacob, 2002, p. 72, 239.

quiçá a supressão das diferenças entre os indivíduos e os subgrupos afim de preservar a comunhão de uma ordem normativa única entre eles"; de outro lado a "solidariedade orgânica" (modelo da economia, fundado sobre a "cadeia cada vez maior da troca comercial") exige "a preservação da cultura de diferenças entre os indivíduos e entre os subgrupos afim de proporcionar crescimento em produtividade e eficiência".

Diferentemente, a solidariedade "discursiva", cuja política seria o fundamento institucional, "não exige nem a negação permanente, nem a afirmação da diferença; ela implica simplesmente o reconhecimento que os membros da sociedade se encontram, constantemente, em desacordo radical quanto às suas concepções de justiça e de bem, mas que eles também não tem menos certeza de sua necessidade de se apoiarem em um esquema comum de associação e de cooperação".[24]

Sua originalidade sendo, justamente, a de fundar o "esquema comum de associação e de cooperação" sobre o dissenso e não sobre o consenso, a solidariedade "discursiva" utilizaria o processo penal como instrumento para construir uma memória coletiva internacional "graças a redes de assistência informal de juristas militantes, de expertos jurídicos e de organizações não governamentais de cunho humanitário em todo o mundo".[25]

Mas "internacional" não quer dizer "mundial" e Osiel para a meio caminho, já que ele não se interroga sobre a natureza universalizável deste novo tipo de solidariedade social. Resta saber se, e sob quais condições, o direito penal conseguiria, ao se internacionalizar em torno do conceito de inumano, construir uma memória coletiva verdadeiramente mundial.

Esta hipótese, que tentaremos verificar, não repousa sobre o postulado de um direito penal do inumano – que seria de caráter fundador de uma comunidade mundial de valores – mas sobre a instituição que precisaria integrar os conflitos revelados pelos processos criminais, nacionais e internacionais. Isto feito, a internacionalização do direito penal permitiria reunir os três níveis de ética – o universalismo do sofrimento, o relativismo das representações jurídicas do crime e o universalismo dos processos que correm em nome da humanidade. Mas a internacionalização é seletiva, o que torna a análise extremamente complexa.

---

24. Mark Osiel, "La solidarité par le dissensus civil", in: *Juger les crimes de masse, La mémoire collective et le droit*, Seuil, 2006, p. 69-95.

25. Idem, p. 337.

b) Uma internacionalização seletiva

Se a internacionalização penal é seletiva, é porque a relação que ela estabelece entre o relativo e o universal parece obedecer a uma dupla cisão.

Uma primeira cisão situa-se à base da repressão penal, no seio do binômio "proibir/justificar", pois a proibição especificamente, ou seja, o ato definido como inumano, se universaliza, enquanto que as diversas técnicas jurídicas que pretendem justificá-lo – no sentido mais amplo do termo (legítima defesa, estado de necessidade, constrangimento ilegal e outras técnicas jurídicas capazes de conduzir à legitimação do inumano), permanecem enraizadas em cada tradição nacional específica. É, sem dúvida, esta a razão principal da impossibilidade de definir um crime mundial de terrorismo, do modo como as justificações variam de um Estado a outro.[26]

Mais profunda ainda, uma segunda cisão parece atravessar os principais debates relativos ao estabelecimento da proibição no seio da dupla "punir/perdoar". Além das questões jurídicas como a atribuição de responsabilidade, a competência para perseguir e julgar a questão em conformidade com os "interesses da justiça", seguindo a fórmula inscrita no estatuto do TPI ou ainda as finalidades da pena, este binômio "punir/perdoar", é, por sua vez, segregado entre uma punição que se torna mundial e um perdão que permanece local.

Uma explicação é esquematizada por Hannah Arendt[27] quando ela opõe o perdão à irreversibilidade: que se trate de poupar os vencidos ou de comutar a pena de morte, o perdão corresponde à condição humana da pluralidade – ninguém pode perdoar a si próprio. É por isso que o perdão não lhe parece pensável senão à escala de uma comunidade organizada como tal. Esta seria, conforme Arendt, a razão profunda de sua fórmula, escrita em 1958 e muito relembrada, qualificando os crimes internacionais de "crimes que não se pode nem punir nem perdoar", porque se tratam de crimes mundiais, embora a comunidade não esteja organizada à escala mundial: "tudo que sabemos é que nós não podemos nem punir nem perdoar tais ofensas, e que, consequentemente, elas transcendem o quadro dos problemas humanos e o potencial do poder humano que elas destroem, onde quer que elas apareçam".[28]

26. *Terrorismes, Histoire et droit*, dir. H. Laurens et M. Delmas-Marty, éd. CNRS, 2010.
27. H. Arendt, " L'irréversibilité et le pardon", in: *Condition de l'homme moderne*, p. 301 sq.
28. Idem, p. 307.

E, contudo, em 1961, Arendt presenciará o processo de Eichmann em Israel. Ela defenderá a boa instrução do processo, mas susterá, também, a proposta de Jaspers a favor de um julgamento por um Tribunal Internacional. Lastimando que ninguém tenha se dado ao trabalho de examinar seriamente esta proposta, Arendt considera, então, uma "necessidade imperiosa"[29] a criação de um Tribunal Penal Internacional.

Meio século depois, a dupla aparição de uma Justiça Penal Internacional de cunho mundial e de uma justiça nacional dita restauradora, organizada em torno das "comissões da verdade e reconciliação", dá nova vida à tensão entre punir e perdoar. A comunidade mundial é, sem dúvida, bastante frágil para ter a vocação de perdoar, o que poderia explicar a onipresença, no direito internacional, da palavra de ordem da "luta contra a impunidade". Mas o papel das jurisdições penais internacionais é somente subsidiário e a punição de crimes internacionais continua, em parte, da competência nacional, o que gera, sem resolver, o problema do perdão.

É, pois, por meio destes binômios conflitantes – "proibir/justificar" e "punir/perdoar" – que a comunidade internacional tenta se organizar em torno das proibições de direito penal. Mas estas proibições não serão "fundadoras" de uma hipotética comunidade mundial a menos que elas encontrem, para cada binômio, um equilíbrio entre o relativo e o universal, para escaparem do "caos pós-moderno" que alguns já preveem.[30]

Ora, o equilíbrio varia consideravelmente conforme três paradigmas que caracterizam as práticas, a estrutura e a ética que os sustenta.[31] O paradigma do *crime de guerra* descreve as práticas que se mostram essencialmente no direito internacional (costumeiro, convencional e, então, jurisdicional), contribuindo com a manutenção, a despeito das situações de guerra, de uma comunidade interestatal. Mais ambicioso, o paradigma do *crime contra a humanidade* é interestatal desde a origem, mas à medida que ganha autonomia, vai se distanciando do contexto de guerra em direção aos contextos de paz, anunciado, assim, uma comunidade mundial do tipo interindividual e de vocação *supra*estatal. Em sentido contrário, o paradigma da *guerra contra o crime* marca um enrijeci-

29. H. Arendt, *Les origines du totalitarisme, Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, coleção Questo, 2002, p. 1278 e ss.

30. M. Osiel, op. cit., p. 366, nota 51.

31. Thomas S. Kuhn, in *La structure des révolutions scientifiques*, tradução francesa da nova edição de 1970, Flammarion, 2006, designa também o fato de *descrever as práticas* (paradigma conceitual), *de explicar uma estrutura* e uma lógica (paradigma epistemológico), ou *de exprimir valores* (paradigma ético).

mento e uma resposta, no seio das comunidades *estatais*: o termo guerra anuncia uma repressão militarizada, dirigida contra um inimigo que não é mais identificado como um Estado, mas como uma organização criminal, terrorista.

Os três paradigmas explicam também como se estruturam, em seu estabelecimento, os três tipos de proibição. Que se trate da determinação das responsabilidades, da escolha entre a sanção e a reconciliação ou, de modo mais visível ainda, do nível de competência para persecução e julgamento dos crimes, as proibições demonstram a passagem do simples ao complexo: estrutura simples para a guerra contra o crime que, apesar dos frequentes alertas acerca dos direitos do Homem, obedece, sobretudo, às restrições de direito interno; mais complexo, o crime de guerra que é, sobretudo, de direito internacional, sendo ao mesmo tempo inspirado no direito interno e a ele integrado; enfim, podemos qualificar de "hipercomplexa" a estrutura posta pelos crimes contra a humanidade, que implicam não só instituições nacionais, e internacionais e "internacionalizadas" segundo uma lógica de subsidiariedade da justiça internacional, mas também de harmonizações entre os direitos nacionais. Esta harmonização nos leva a reintroduzir, entretanto, uma hierarquia implícita, uma certa primazia, pois, do Tribunal Penal Internacional (TPI), o que pode explicar sua rejeição pelos que temem que assim seriam favorecidas estratégias de poder.

Enfim, do ponto de vista ético, cada paradigma exprime valores cuja existência de uma comunidade mundial postularia sua homogeneidade. Afirmar, prematuramente, esta homogeneidade, seria confundir a questão (há uma comunidade mundial?) e a resposta (ela existe como um testemunho da existência de proibições comuns). A resposta é prematura em razão de uma forte tensão entre o paradigma da guerra contra o crime, que teria o condão, em nome da segurança nacional, de legitimar o inumano e o paradigma do crime de guerra, que imporia, nas reais situações de guerra, o respeito aos valores comuns. Ao subsistir esta tensão, segundo a qual o terceiro paradigma, do crime contra a humanidade, postula, pela sua própria denominação, a humanidade como valor comum em todo tempo e em todo lugar, corre-se o risco de transformar-se em novo dogma de um monoteísmo reinventado em torno de uma humanidade sacralizada.

II. PROIBIÇÕES FUNDADORAS E FUNDAMENTALISMOS

Por tais contradições, o jogo dos três paradigmas conduz, assim, ao *risco dos fundamentalismos*, no plural, sugerindo uma gama enorme de situações, do religioso ao político e ao jurídico, do nacional (relativismo excluído) ao mundial (universalismo uniformizador).

Este risco nos convida a procurar uma resposta, talvez em parte ocultada por esta expressão, emprestada da visão clássica, de proibições "fundadoras". Isso porque o adjetivo não deve iludir: *a comunidade mundial constrói-se sem fundações*, se se entende por fundações as bases fixas e estáveis. E é precisamente esta construção dinâmica e evolutiva que poderia reduzir o risco do fundamentalismo pela abertura e pela reinterpretação do dogma. Ainda é preciso, para que esta comunidade seja não somente interestatal, mas também interindividual, que as proibições fundadoras se enderecem aos indivíduos, para fazer com que *permaneçam de pé* (bipedismo e humanismo seriam, basicamente, indissociáveis) e para fazer com que *permaneçam juntos*, reunidos em uma comunidade solidária, não necessariamente pacifista, mas pacificadora e, na medida do possível, pacificada. O paradigma do crime contra a humanidade participaria, de tal forma, do processo de humanização, indissociável do de hominização.

Resta encontrar *as vias condutoras a um universal* suficiente *pluralista* para ser efetivo e legítimo, concomitantemente.

2.1 O risco dos fundamentalismos

A palavra surgiu recentemente,[32] mas as práticas são tão antigas quanto as religiões. Mesmo se a sua atribuição é feita, frequentemente, de modo exclusivo às religiões monoteístas de forma altamente discutível, os especialistas da história das religiões concordam, ao menos, em associar o fundamentalismo – um retorno àquilo que se pensa ser a verdade dos textos fundadores – a uma literalidade do que apresenta esta verdade ao fazer referência ao sentido literal, e aparentemente evidente, do texto. Daí a rejeição da interpretação evolutiva, que abordaria a evolução dos conhecimentos e das transformações das práticas (descobertas científicas e inovações tecnológicas) e a recusa da pluralidade das interpretações: assim compreendemos a vivacidade das controvérsias suscitadas não somente em relação ao Islamismo, mas também, por exemplo, por uma apresentação do *Deuteronômio* a partir de dois mitos opostos: um pacífico e autóctone, aquele das tradições patriarcais primitivas, outro guerreiro, retratado no Êxodo.[33]

Esta ligação entre o fundamentalismo e o trabalho de interpretação do texto fundador poderia aclarar a transposição do religioso ao político e ao jurídico.

---

32. Passou a ser utilizada desde fins do século XIX, primeiramente em relação ao protestantismo norte-americano.

33. Th. Rohmer, "Le Deutéronome à la quête des origines", in: *Le pentateuque: Débats et recherches*, P. Haudebert (dir.), ed. Cerf, 1992, p. 213-225.

Em uma tal perspectiva, o paradigma do crime de guerra não entra em jogo, visto a diversidade dos textos e sua dispersão, além das múltiplas interpretações. Em contrapartida, é preciso retornar ao paradigma da guerra contra o crime, que faz do crime, e mais particularmente do terrorismo, um mal absoluto e da repressão ao terrorismo um imperativo absoluto que, em nome de um direito de exceção, justificaria todas as transgressões da proibição do inumano. Ocorre que este primeiro exemplo não dispensa o exame – ainda que a síntese aparente seja enganosa, pois o risco é ainda hipotético – do caso do crime contra a humanidade, se ele deveria ser concebido e aplicado sem exceção, como um fundamentalismo, ao proibir todas as transgressões sem nada justificar e ao sancionar sem nada perdoar.

a) A guerra contra o crime: um direito de exceção justificando todas as transgressões

O risco de um fundamentalismo político (geralmente fundado, igualmente, em uma concepção religiosa de sua missão) estava inscrito nos discursos oficiais do presidente Bush sobre o eixo do mal. A Assembleia Geral das Nações Unidas não se deixou enganar: sua resolução de 21.11.2001 ressalta que "todas as civilizações compartilham a mesma humanidade",[34] enquanto que a resolução de 21.02.2007 afirma que "a assimilação de uma religião qualquer com o terrorismo deve ser evitada, pois ela pode levar a consequências depreciativas sobre a fruição da liberdade de religião ou da convicção de todos os membros das comunidades religiosas envolvidas".[35] A Assembleia faz eco, assim, do relatório "Aliança das Civilizações", lançado por iniciativa do Primeiro Ministro espanhol Luis Rodriguez Zapatero e enviado ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 13.11.2006. Baseada, essencialmente, nos direitos do homem, o relatório evoca o respeito às Convenções de Genebra e o reconhecimento da autoridade dos Tribunais Penais Internacionais.[36]

Ainda de forma mais precisa, o relatório apresentado ao Conselho de Direitos Humanos em 26.12.2006 pela Sra. Asma Jahangit, relatora especial sobre a liberdade de religião e de convicção,[37] localiza as "violações de direitos humanos cometidas no contexto de medidas antiterrorismo" no seio das três

34. AG ONU, *Programme mondial pour le dialogue entre les civilisations*, A/RES/56/6.

35. *Elimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, résolution AG ONU, 21.02.2007, A/RES/61/164.

36. *Alliance of Civilizations*, relatório final do Grupo de Alto Nível, ONU, 12.11.2006.

37. A. Jahangir, *La liberté de conscience et de conviction*, relatório do Conselho de Direitos Humanos, A/HRC/4/21.

maiores preocupações que se mostraram na duração de seu mandato. Relembrando a obrigação, para os Estados, de respeitar o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, cujo artigo 15 impõe a legalidade dos delitos e das penas, ela teme que "certas definições do terrorismo não sejam utilizadas para deixar fora do alcance da lei entidades religiosas pacíficas ou, ao contrário, para inscrever, em uma lista negra, religiões e comunidades inteiras de modo que elas se tornem o objeto de suspeitas sistemáticas".[38]

Não é, pois, a interpretação literal do direito penal que se deve temer aqui, pelo contrário, é a interpretação do discurso político que, sem definir o que seja terrorismo, invoca tal figura para fundar um direito penal de exceção e justificar, assim, a transgressão a princípios jurídicos nacionais e internacionais.

É verdade que as Cortes Supremas, quer se trate da norte-americana ou da de Israel e do Reino Unido, tentaram limitar este risco de fundamentalismo político abrindo a interpretação aos princípios jurídicos.[39] Mas a abertura se limita, no primeiro caso, aos princípios constitucionais de direito interno (as convenções de Genebra sendo citadas somente por meio de sua incorporação ao direito norte-americano) e, no segundo, a uma reinterpretação do protocolo que define a noção de "civis protegidos", sem interrogar verdadeiramente, como o faz a Câmara dos Lordes, o direito internacional. Esta limitação é importante, pois o direito internacional (direito penal e direitos humanos) introduz uma hierarquia de valores inderrogáveis, portanto, uma racionalidade ética, enquanto que a interpretação proposta, em referência aos princípios de proporcionalidade (entre a ameaça e a resposta) e de equilíbrio (entre segurança e liberdade, ou entre necessidade e humanidade), favorece uma racionalidade instrumental: a gravidade da ameaça terrorista e a necessidade de proteger a segurança, podendo justificar, desde então, a transgressão de direitos inderrogáveis (autorizando a tortura e outros tratamentos inumanos ou degradantes).[40]

Evitar o fundamentalismo político do paradigma da guerra contra o crime implicaria uma abertura aos princípios jurídicos, nacionais e internacionais, a fim de introduzir uma racionalidade ética e instrumental, ao mesmo tempo.[41]

---

38. Idem, § 53.
39. Ver M. Delmas-Marty, *Libertés et sureté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010.
40. Idem; igualmente *Terrorismes, Histoire et droit*, dir. H. Laurens et M. Delmas-Marty, ed. CNRS, 2010.
41. Ver R. Boudon, *Renouveler la démocratie*, ed. Odile Jacob, 2006, p. 85.

É verdade que risco inverso, de fechamento sobre uma interpretação do direito internacional que privilegiaria a ética ao desprezo das necessidades práticas, deve igualmente ser buscada, haja vista a relevância da palavra de ordem da luta contra a impunidade que poderia conduzir à conceber o crime contra a humanidade como uma proibição sem exceção.

b) O crime contra a humanidade: uma proibição sem exceção

Tendo alcançado sua autonomia em relação às situações de guerra ou de tensão, a noção de crime contra a humanidade torna-se aplicável a todo momento e em qualquer lugar. O risco de um fundamentalismo jurídico foi, portanto, expressamente enunciado por Antoine Garapon: "Pode-se falar de fundamentalismo jurídico uma vez que o processo encontra, nele mesmo, a sua finalidade, uma vez que a satisfação de julgar o mundo remete à preocupação de transformá-lo".[42]

Entretanto, querer transformar o mundo é, às vezes, mais perigoso que julgá-lo. Também o risco de um fundamentalismo parece ater-se, sobretudo, à finalidade do processo, sendo a punição o objetivo único, à exceção de outro qualquer. Seria, não obstante, possível abrir a interpretação da convenção de Roma para além das sanções de tipo punitivo ou reparador, a procedimentos conciliatórios, os quais poderiam ser invocados invocando a capacidade dos Estados de julgarem, eles próprios, a questão (art. 17 do Estatuto do TPI). No lugar de afirmar de logo a incompatibilidade entre o direito internacional, que impõe a imprescritibilidade, que exclui-se, às vezes, a anistia e se passa ao largo dos procedimentos reconciliatórios, propomos os princípios diretores comuns para apreciar a efetividade (racionalidade instrumental) dos diversos tipos de resposta ao crime contra a humanidade e sua legitimidade (racionalidade ética).[43]

Tal não exclui um outro risco de fundamentalismo, que seria o de encapsular o paradigma do crime contra a humanidade em uma interpretação que fixaria o sentido desta humanidade erigida em valor comum, uma vez que cada comunidade imagina tal valor à sua maneira, pois há diversos modos de se ligar à dimensão coletiva e o respeito do indivíduo. Que se trate da ligação política (da participação ativa no Estado), civil (de reconhecimento jurídico como cidadão), econômica (de trocas e de reciprocidade), social (de uma in-

42. A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, éd. Odile Jacob, 2002, p. 64.

43. "La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne", *RSC* 2005. 473.

tegração à sociedade democrática), ou cultural (de adesão a um conjunto de crenças comuns), cada tradição exprime uma visão diferente do crime e da resposta ao crime. Somente a pluralidade das interpretações permitiria exprimir, plenamente, a dupla diferenciação, dos indivíduos e grupos.

É certamente por isso que os redatores dos Estatutos do TPI e dos Tribunais Penais Internacionais[NT2] foram prudentes, se contentando em enumerar, em listas sempre revisitadas, os comportamentos proibidos. Mas a acumulação pode conduzir a banalizações e a prudência à incoerência. Daí a proposta de definir a proibição a partir de dois princípios: o princípio da *singularidade*, que remete a uma visão individualista do ser humano como único, e o de *um igual pertencimento à comunidade humana*, que evoca o ser social.[44] Considerar estes princípios indissociáveis permite destacar a dupla natureza, individual e coletiva, da humanidade e até mesmo abrir as interpretações a novas práticas, notadamente no ramo das biotecnologias, dando espaço a um terceiro princípio, o da *indeterminação*.

Longe de excluir as comunidades intermediárias (nacionais, familiares, tribais, religiosas, científicas etc.), esta fórmula mostra, somente, que o que há de verdadeiro no indivíduo – o que somente existe na medida em que se relaciona com os outros – se torna também verdadeiro para estas comunidades intermediárias que somente existem, mesmo as mais poderosas, na sua interdependência com as outras. É por tal motivo que elas podem se encontrar tanto do lado das vítimas (notadamente em casos de discriminações, podendo chegar até ao *apartheid* ou ao genocídio), quanto do lado dos autores, se se trata de organizações, quiçá de Estados, com objetivos criminais.

Ocorre que o exemplo do genocídio demonstra, precisamente, a dificuldade que há em se admitir a pluralidade das interpretações, pois a Convenção de 1948, adotada logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, foi diretamente inspirada por uma história situada no espaço e no tempo: a de uma experiência europeia trágica do holocausto dos judeus. Ela não será, portanto, obrigatoriamente adotada por todas as especificidades nacionais e não é nem um pouco surpreendente que sua transformação em direito interno, extremamente heterogênea, possa gerar uma "renacionalização".

NT2. Nota dos Tradutores: a autora se refere, aqui, ao Estatuto de Roma e aos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, criados para processarem os crimes contra a humanidade, entre outros, perpetrados no contexto dos conflitos ocorridos em Ruanda e na Iugoslávia, entre outros.

44. Ver "Les interdits fondateurs", op. cit.; igualmente, M. Delmas-Marty, I. Fouchard, E. Fronza e L. Neyret, *Le crime contre l'humanité*, PUF, 2009.

Criticada pelos especialistas de direito internacional,[45] esta pluralidade de interpretações é, não obstante, um meio de adaptar a proibição ao contexto histórico e cultural de cada povo. Ela é, ainda, conforme o espírito da Convenção da Unesco sobre a diversidade cultural, assinada em Paris em 20.10.2005: ao definir, sob o título de "relações com os outros instrumentos", que não há lugar para "subordinar esta convenção aos outros tratados" (artigo 20), esta convenção convida, efetivamente, à pluralidade das interpretações ligadas ao contexto nacional.

Resta saber como evitar a desnaturação da incriminação em nome desta pluralidade, por exemplo, se um Estado limita o genocídio a um grupo exclusivo de vítima ou autoriza, sob o pretexto do perdão, uma autoanistia ou confissões forçadas. Significa lembrar a dificuldade da tarefa – assim como a adoção de princípios comuns à escala nacional e mundial, que se contrapõe ao fato de que a comunidade mundial é ainda muito frágil: ela já pode, ao menos é o que afirmam os juízes internacionais, punir em nome da humanidade, mas o perdão permanece ou um ato individual da vítima ou a marca de uma comunidade suficientemente segura de si mesma para assumir o risco de uma justiça não violenta.

Vê-se que o risco de um fundamentalismo jurídico do crime contra a humanidade não pode ser ultrapassado a menos que se integrem a ele variáveis de tempo e de espaço, admitindo, pois, uma interpretação evolutiva e em vários níveis. Para chegar lá, é preciso renunciar à associação de proibições "fundadoras" à metáfora arquitetural do edifício construído sobre as "fundações" que se pretendiam estáveis e definitivas.

2.2 Fundar uma comunidade mundial sem fundações

Fundar uma comunidade sem fundações permanentes ou, antes, a partir de fundações provisórias, instáveis e dispersas, este é, efetivamente, o desafio a vencer, para escaparmos do risco dos fundamentalismos, quer se trate de invocar valores evolutivos expressos pelas proibições ou de organizar seu funcionamento em vários níveis.

a) Valores evolutivos

Conhecendo a dificuldade, para as grandes religiões, de integrar as descobertas científicas de cada época à interpretação dos dogmas, não é de se

45. Ver "L'hétérogénéité de la réception du droit international dans les ordres juridiques internes", in: *Les processus d'internationalisation*, vol. VII, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, dir. M. Delmas-Marty, MSH, 2001, p. 213 ss. Comp. E. Fronza, in: *Le crime contre l'humanité*, PUF, 2009.

espantar que os juristas fiquem tontos ao ler a lista interminável de ações qualificadas como crimes de guerra e crimes contra a humanidade no estatuto do TPI (arts. 7 e 8), aclarados pela jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais. Necessária para sua adaptação ao mundo real, a reelaborarão praticamente constante da lista torna as fundações particularmente instáveis.

Por exemplo, o crime de guerra, definido em várias páginas,[46] atinge, hoje, também o fato de "lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa" (artigo 8, 2, *b*, iv). Estamos longe das convenções de Haia ou mesmo da de Genebra!

O mesmo ocorre com a diversificação dos crimes contra a humanidade, que vai de ataques à vida e à igual dignidade da pessoa, compreendendo as diferentes formas de violência sexual até a destruição de bens culturais, que tanto mostram a intenção discriminadora do genocídio, quanto constituem um crime de guerra (bombardeamento de edifícios civis antigos cuja restauração é impossível), quanto, ainda, um crime contra a humanidade: qualificada de persecução, a destruição de mesquitas com intenção discriminatória, considerada um ataque contra a identidade religiosa de um povo, pode constituir um crime contra a humanidade "pois é a humanidade, em seu conjunto, que é afetada pela destruição de uma cultura religiosa específica e de objetos culturais com que se relacionam".[47]

Além dos valores já consagrados, o aparecimento dos "problemas emergentes" marca claramente a impossibilidade de fixar as fundações desta comunidade mundial – que se interroga, agora, sobre a necessidade de enquadrar seus próprios poderes – visando a estender a proibição do extermínio de seres humanos ao momento de sua fabricação. A proibição da seleção eugênica e da clonagem reprodutiva humana já é considerada pelo Código Penal Francês como "crime contra a espécie humana". Em casos de práticas massivas, "sistemáticas ou generalizadas", a qualificação de crime contra a humanidade seria mais coerente, enquadrada pelos três princípios anunciados (singularidade, igual pertencimento e indeterminação), que tem o mérito de

46. W. Bourdon, *La Cour Pénale Internationale*, Seuil, 2000, p. 58-64.

47. TPIY (Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia), caso *Kordic et Cerkez*, j. 26.02.2001.

não separar a evolução biológica (hominização) do aprendizado humanista (humanização).[48]

A proibição poderia, ainda, se estender, de pessoas ao patrimônio comum da humanidade, ou ainda mais, aos atentados à segurança do planeta e ao equilíbrio da biosfera, pois somos os únicos seres vivos com capacidade de sermos responsáveis pelo futuro do planeta. Forma de destacar, assim, que os valores não possuem sentido a menos que a proibição se dirija a seres responsáveis.

Para aplicar, porém, a responsabilidade em um contexto coletivo de uma "criminalidade sistêmica", foi preciso elaborar uma teoria da divisão de responsabilidade: horizontal entre os diversos participantes que contribuem à empresa criminal conjunta; a divisão se verticaliza conforme a cadeia de comandos hierárquicos, civil ou militar. Elaborada pelo direito internacional convencional e pela jurisprudência das jurisdições internacionais, esta teoria se inspira em concepções nacionais, heterogêneas e divididas, que se trate de indivíduos ou de agrupamentos criminais. Ou seja, as fundações são não só instáveis como também dispersas em vários níveis.

b) Um empreendimento em vários níveis

Renunciando atribuir a responsabilidade aos Estados e aos agrupamentos para limitá-la aos indivíduos, a comunidade internacional, a qual se entende estritamente inter*estatal*, favorece, paradoxalmente, a emergência de uma comunidade mundial inter*individual*. Falta, todavia, saber a qual nível – nacional, internacional ou misto – os interesses desta justiça entregue em nome da humanidade serão efetivamente protegidos e a legitimidade do julgamento reconhecida e aceita.

Fizemos alusão à hipótese de uma internacionalização seletiva em torno de dois binômios antagônicos: o binômio "proibir/justificar" e o "punir/perdoar". Sugerindo que seria mais fácil haver consenso sobre a proibição e punição do que sobre a justificação e o perdão, imaginamos uma espécie de divisão de trabalho entre as jurisdições nacionais e internacionais para encontrar um equilíbrio entre o relativo e o universal.

Esta divisão do trabalho, que não é oficialmente consagrada, mas resulta das resistências nacionais, apareceu-nos de modo ainda mais complexo, incluindo, especialmente, a separação no espaço entre a fixação da pena e sua execução,

48. M. Delmas-Marty, "Hominisation, humanisation", in: *Darwin a deux cents ans*, dir. A Prochiantz, inédito, ed. Odile Jacob, 2010. Ver igualmente "Les interdits fondateurs", in: *Vers une communauté de valeurs?* Op. cit.

ou, ainda, no tempo, entre o tempo da punição e o do perdão. Isto porque as regras de atribuição das competências marcam uma verdadeira reviravolta: o princípio da primazia que reconstituiria uma estrutura piramidal e hierarquizada das jurisdições internacionais; as práticas, mas também os textos, substituíram, de fato, um princípio de complementaridade que sugere uma estrutura em rede, na qual as jurisdições nacionais, internacionais e internacionalizadas, dialogam e se atribuem competência caso a caso.

Pode-se esperar que os juízes ajam tendo em conta o interesse geral, mas o belo tema da benevolência, defendido por Gui Canivert[49], não exclui nem os empréstimos pouco a pouco, nem mesmo a guerra entre os juízes. Se é necessário, por razões de eficácia, mas igualmente por legitimidade, combinar a ação da justiça internacional com a das justiças nacionais, seria, então, igualmente necessário, em razão de resultados inevitáveis, conferir à justiça internacional uma supremacia. A rede não exclui a preeminência do TPI: não somente como substituto das jurisdições nacionais falhas, mas também para assegurar que uma harmonização permanente e evolutiva dos direitos e fortalecer-se contra todo tipo de renacionalização incompatível com as exigências internacionais.[50] Ocorre que este retorno à justiça internacional, eventualmente reforçado por um recurso de interpretação junto ao TPI, poderia ser compreendido como um apelo a uma interpretação unificadora. Novamente, surge o espectro de um fundamentalismo que transformaria o corpo judiciário em um novo clero ao serviço do dogma universalista. A menos que se consigam abrir outras vias.

2.3 As vias de um universal pluralista

A falta de fundações marca, talvez, a necessidade de se representar as proibições como processos em curso: transformadoras antes de fundadoras, as proibições não podem favorecer a emergência de uma comunidade mundial, a menos que sejam suficientemente mobilizadoras para inspirar uma dinâmica que aproxima sem excluir todas as diferenças, favorecendo as interações e, até mesmo, as hibridações.

As práticas sugerem que se combinem duas vias: de um lado, o diálogo que tende à aproximação pelas experimentações e comprometimentos progressi-

49. G. Canivet, "Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales: éloge de la bénévolance des juges", *RSC* 2005, p. 799.

50. G. Giudicelli-Delage, "Poursuivre et juger selon les intérêts de la justice: complémentarité et/ou primauté?" *RSC* 2007. 473.

vos, ainda que ao preço de mal-entendidos provisórios;[51] por outro lado, há o aprofundamento, aparentemente unilateral, mas que também traria união, ao penetrar nas profundezas de cada cultura, não ignorando nem a identidade de cada cultura, nem os valores comuns.

a) A aproximação pelo diálogo

O objetivo do diálogo, pela argumentação e interpretação intercruzadas, não seria, pois, nem um afastamento pelas diferenças, nem a uniformização, mas a aproximação, no sentido literal do termo. Ora, a proximidade favorece a relativização do relativismo, assim como relativiza o universalismo ao introduzir, entre o conformismo e a diferença, a noção de compatibilidade que permite a harmonia e, logo, a coexistência pacífica.[52]

Mas tal objetivo implica um jogo complexo de interações, ascendentes e descendentes. Ele se desenvolve de maneira ascendente quando os juízes internacionais interpretam o dispositivo internacional sob as luzes dos direitos nacionais, como prevê o artigo 21, 1, *c*, do Estatuto do TPI que remete aos "(...) princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos".

A jurisprudência oferece numerosos exemplos destes processos ascendentes, quer se trate da proibição, ela mesma, dos fatos justificadores, quer da atribuição da responsabilidade ou da finalidade da pena, que se tornam ainda mais difíceis pelas diferenças linguísticas: é assim que a gradação da negligência simples, a omissão dolosa, ou crime qualificado pelo motivo discriminatório do genocídio, é expressa por meio de nuances diferentes de uma língua a outra, sendo o termo de dolo eventual, por exemplo, traduzido tanto como *negligence* como por *reckleness*. Entre o direito escrito (incluindo as numerosas revisões dos regramentos feitas pelos próprios juízes para as Cortes Penais Internacionais) e uma jurisprudência bastante evolutiva, a interpretação não se estabiliza a não ser lentamente. E muito cedo[53] mostrou-se claro que os juízes limitavam, sempre que possível, a comparação com os sistemas ocidentais: "o

51. H. Atlan, *Les étincelles de hasard, t. 2 Athéisme de l'écriture*, Seuil, 2003, p. 56-59.

52. Ver "Harmonisation par rapprochement", *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, p. 69-100.

53. *Crimes internationaux et juridictions internationales*, A. Cassese et M. Delmas-Marty (dir.), PUF, 2002, p. 95 sq.

Estatuto e o Regimento do Tribunal realizam uma síntese das duas grandes tradições jurídicas, a saber, a da *Common Law*, de um lado, que inspirou os países anglo-saxões, e a tradição civilista, por outro lado, que caracteriza a Europa continental e a maioria dos países que recorrem aos Códigos".[54-NT3]

Esta visão reducionista legitima, ao que me parece, o processo descendente que consiste em reintroduzir as diversidades nacionais na transposição de cada proibição no direito interno. O exemplo do genocídio permite compreender como cada povo tende a redefinir a noção de grupo vítima em função da sua história. Ainda, falta distinguir este processo de renacionalização para os crimes do nosso tempo (genocídio ou crime contra a humanidade) da questão de crimes como a escravidão, qualificados como "crimes da História": da história e não do direito, marcando, assim, a dificuldade do direito de voltar no tempo utilizando, retroativamente, um conceito que surgiu em meados do século XX.

No momento, a interação entre os dois processos é facilitada por técnicas como a do "denominador comum" que comanda a interpretação ascendente, mas desconfia das verdadeiras pesquisas comparativas, ou a "margem nacional de apreciação", que limita a integração descendente ao combinar coerência (lógica e previsibilidade do direito) e coesão (flexibilidade e resistência do sistema graças à diversidade de seus componentes).[55] Tais técnicas, porém, pressupõem um controle internacional, raramente previsto e que, quando existente, este controle flexível poderia conduzir à arbitrariedade.[56] Construir um universal pluralista requereria, então, um duplo esforço da comunidade internacional: de um lado estabelecer o inventário, pelo menos quanto aos pontos mais sensíveis, das convergências entre os sistemas nacionais visados pelo art. 21 já citado; de outro, em caso de divergências, extrair os critérios que deveriam comandar a amplitude da margem admitida na transposição da proibição em direito interno.

No plano nacional, os países que transpuseram as proibições internacionais em seus respectivos direitos internos valorizaram, primordialmente, o critério jurídico da proteção dos direitos do homem: assim, por exemplo, o código penal internacional alemão reforçou a legalidade ao especificar a definição das

54. *Delalic*, TPIY, § 159 do julgamento.

NT3. Nota dos Tradutores: destacado no original.

55. Ver M. L. Izorches, "La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction?", *RSC* 2006. 25.

56. F. Tulkens et L. Donnay, "L'usage de la marge d'appréciation par la CEDH, paravent juridique ou mécanisme indispensable par nature?", *RSC* 2006. 3.

infrações, a atribuição de responsabilidade e a determinação das penas. Mas a questão de critérios culturais, remetendo, por exemplo, a uma justiça alternativa, como a que prioriza as comissões de verdade e a reconciliação, é mais difícil de apreciar. Sem dúvida, resta, ainda, combinar a dinâmica da aproximação com a do aprofundamento.

b) A aproximação pelo aprofundamento

A aproximação não basta para resolver os conflitos de valores mais complexos, os que opõem, pelas culturas apresentadas como absolutamente diferentes, as verdades reveladas aos discursos da razão. Ao opormos um relativismo absoluto a um universalismo, mesmo que pluralista, nenhuma comunidade de valores é concebível. Deve-se, assim, explorar a via, anunciada por Paul Ricoeur, e implicitamente, por Mohammed Arkoun,[57] de um aprofundamento. Lembramo-nos da analogia da esfera: "se eu tento correr pela superfície da esfera, sendo eclético, eu nunca encontrarei o universal porque eu farei somente um sincretismo; mas se eu me aprofundo o suficiente na minha tradição, eu diminuo a distância dos demais pela dimensão da profundidade, pela superfície a distância é enorme, mas se eu me aprofundo, eu me aproximo do outro que faz o mesmo caminho".[58]

Entre o aprofundamento e a aproximação, o paradigma do direito como tradução, defendido por François Ost, poderia facilitar a sinergia. A tradução se inscreve, efetivamente, no prolongamento da argumentação e da interpretação, mas ela se distingue deles. A argumentação tem por objetivo convencer, maneira ousada de permanecer no combate e de tentar, ao final, uma vitória: "a perspectiva argumentativa é, pois, sempre ameaçada por uma sobredeterminação utilitária que teria por fim a antecipação do resultado esperado".[59] Quanto à análise bem conhecida do direito como interpretação, ligada ao texto e não transponível às outras normas jurídicas, ela pressupõe uma conivência entre o enunciador e o receptor que não incita ao aprofundamento. Vê-se isso nas decisões nas quais os Tribunais Penais Internacionais esforçam-se para explicitar seus métodos de interpretação, reduzindo a diversidade do mundo a duas grandes tradições jurídicas ocidentais.[60-NT4] Diferentemente, a tradução,

57. Arkoun "Pour une genèse subversive des valeurs", in: *Où vont les valeurs?*, Unesco, Bindé (dir.), 2004.

58. JP. Changeux et P. Ricœur, *La nature et la règle*, éd. Odile Jacob, p. 300-302.

59. F. Ost, *Traduire*, Fayard, 2009.

60. *Delalic*, TPIY, § 159 do julgamento.

NT4. Nota dos Tradutores: destacado no original.

pressupondo a diferença, convida ao aprofundamento – sob a condição de não limitá-la à sua função instrumental (estabelecer a lista de elementos de prova de que o acusado deve poder tomar conhecimento em sua própria língua).[61] Pois a tradução não é, somente, um tema linguístico, ela deveria convidar-nos a tomar consciência do contexto antropológico no qual nos dirigimos uns aos outros, por exemplo, quando introduzimos a "transação penal", sem equivalente em muitas culturas, ocidentais e não ocidentais.

Significa dizer, assim, que o interesse das comissões de verdade e reconciliação se releva, pois elas provêm de uma concepção não ocidental que recusa localizar o direito e as jurisdições penais em linha de fronte na resposta às transgressões às proibições penais. Para ser compreendida, esta concepção deveria ser aprofundada. Talvez seja esta a principal diferença entre as práticas latino-americanas, inicialmente muito abertas politicamente (autoanistia), e as da África do Sul, que incomodam mais, porque se baseiam em um trabalho de aprofundamento em relação à cultura africana, revisitada por um bispo, o presidente da comissão, Desmond Tutu.

Daí a possibilidade de transformar uma heresia em uma alternativa válida a ser assimilada. Se a heresia deu a oportunidade para se questionar mais uma vez sobre as certezas oficiais, como o caráter inanistiável dos crimes contra a humanidade, ou o dogma segundo o qual não poderia haver paz sem justiça penal, ela, sem dúvida, mostrou, apesar das controvérsias (ou graças a elas), uma via nova à qual, hoje, todas as relações oficiais fazem referência, havendo um esforço maior ou menor de integrá-la ao direito penal internacional em construção. De fato, as relações de força continuam conduzir o mundo, mas após tudo, se o *apartheid* finalmente teve fim na África do Sul, sem vencedor, nem perdedor, significa que o acordo fora necessário para relevar os desafios comuns.

A supor possível um acordo mundial sobre uma proibição do crime contra a humanidade, tal acordo nunca estará plenamente livre do risco do fundamentalismo, a menos que venha acompanhado do reconhecimento dos ditos "direitos fundamentais"[62] que aportam o mesmo enigma que as proibições fundadoras, pois espera-se deles que fundem uma comunidade cujos pilares (legalidade e garantia judicial) tenham precedido as fundações.

---

61. *Ljubicic*, TPIY, conferir julgamento em primeira instância, 20.11.2002.

62. Ver "Les droits fondamentaux", in: *Les forces imaginantes du droit*, vol. IV, *Vers une communauté de valeurs*, supracitado.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade?, de Vinícius Abdala – *RBCCrim* 97/485;
- Jurisdição penal internacional: das origens ao Tribunal Penal Internacional, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 896/445;
- O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade, de Sergio Moccia – *RBCCrim* 47/203;
- O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI, Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RT* 830/421;
- O Tribunal Penal Internacional e o direito interno: a necessária distinção entre extradição e entrega de nacional, de Evânio Moura – *RT* 893/437; e
- Tribunal Penal Internacional, de Sylvia Helena F. Steiner – *RBCCrim* 28/208.

1 DERECHO DE COMPETENCIA Y PROTECCIÓN PENAL DE LA INFORMACIÓN[1]

Competition right and criminal information protection

CARMEN ELOÍSA RUIZ[2]

Profesora de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: En este artículo se analiza la tutela penal de la información, sobre todo respecto al secreto empresarial. Se vale de un estudio de la legislación alemana, para, a continuación, examinar los elementos comunes de los crímenes de violación de secreto empresarial, las características del bien jurídico protegido y el concepto de secreto. Luego se analiza el deber de guardar silencio y el elemento subjetivo de la revelación del secreto. Por último, se examinan varias figuras específicas de la violación de secreto.

PALABRAS CLAVE: Información - Secreto empresarial - Derecho de competencia - espionaje industrial - Secreto bancario - Uso de información privilegiada - *Insider trading.*

ABSTRACT: This paper addresses the legal ownership of information, especially that related to corporate secrecy. It draws on a study of German legislation and then examines the common elements of corporate secrecy crime violation, characteristics of protected legal interest and concepts of secrecy. Later it analyzes the duty to keep silence and subjective elements related to secrecy lifting. Finally several specific figures of secrecy violation are examined.

KEYWORDS: Information - Corporate secrecy - Right to compete - Industrial espionage - Bank secrecy - Use of privileged information - Inside trading.

---

1. O presente artigo foi originalmente publicado na Colômbia, na obra: Jaime Bernal Cuéllar (dir.), *XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: derecho penal económico y de la empresa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
2. Sea el momento de realizar un reconocimiento especial a Nathalia Bautista por su valiosa colaboración.

SUMÁRIO: I. Información como objeto de protección – II. Protección penal del secreto empresarial en la legislación alemana: 1. Ubicación general de los tipos penales en la legislación; 2. El delito de la revelación del secreto dentro del derecho de competencia – III. Elementos comunes en los delitos de revelación del secreto empresarial o de negocios: 1. El bien jurídico protegido en la revelación del secreto empresarial; 2. El concepto de secreto de la empresa y de negocios; 3. El deber de guardar silencio; 4. "Revelar ilícitamente un secreto"; 5. El tipo subjetivo en la revelación del secreto de la empresa y de negocios; 6. Concursos – IV. Receptación y utilización de un secreto empresarial o de negocios – V. El espionaje industrial – VI. El secreto bancario – VII. El uso ilegal de la información privilegiada en la Ley del canje de títulos valores (WpHG): 1. Sistema normativo del comercio ilegal de títulos de información privilegiada; 2. El concepto de información privilegiada; 3. Los iniciados (*insider*); 4. Concursos.

I. INFORMACIÓN COMO OBJETO DE PROTECCIÓN

La información como objeto autónomo de protección refleja su valor tanto en el ámbito económico como en el de poder. Se trata de un bien intangible de cobertura transnacional, elemento de trabajo cotidiano de la economía y por ende de toda empresa, en donde la información reservada se constituye en elemento esencial para subsistir y crecer en un mundo globalizado y elevadamente competitivo, de esta forma resulta esencial para todo empresario garantizar la preservación del dominio de su información técnica y comercial.

Como es obvio, en la sociedad actual[3] se hace imposible desconocer el obligado vínculo entre información y tecnología, en donde por ejemplo, los avances en la tecnología de la información han sido uno de los elementos generadores de la vulnerabilidad de esa información confidencial o reservada.[4] De esta forma se hace necesaria una regulación clara del secreto empresarial[5] que permita establecer las reglas de juego en el mundo empresarial, en el que desafortunadamente cada vez son mayores los supuestos de apropiación y

3. También denominada como sociedad del conocimiento y de la información.

4. En la sociedad actual todas las empresas trabajan con sistemas de red, a los que permanecen conectados, funcionando de manera simultánea en diferentes países y manteniendo canales en red abiertos, en los que fluyen sus procesos de producción, comercialización, manejo de clientes etc.

5. El concepto secreto de empresa tiene un amplio manejo por la doctrina, ya que en él puede ser comprendido todo proceso con información económicamente valiosa y que no encuentra protección bajo el concepto de patente. Ver. Esther Morón Lerma, *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Elcano, Aranzadi, 2002. En el mismo sentido, Carlos Martínez-Buján Pérez, *Delitos relativos al secreto de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

revelación de información por parte de empleados y ex empleados quienes la usan en beneficio propio, bien estableciendo ellos un negocio similar o revelándolos a una empresa competidora del mismo sector, afectando de esta forma la confianza que debe reinar en el mundo de los negocios en el que cada vez son más frecuentes los contactos anónimos como forma de comercio.

Parece existir consenso en lo que respecta a la necesidad de protección penal de los secretos de empresa, sean estos industriales o comerciales, respetando principios como el de mínima intervención, última *ratio*, proporcionalidad, necesidad y merecimiento de pena.[6] El concepto secreto de empresa por ser amplio comprende tanto el secreto industrial como el comercial[7] y es tratado por la dogmática penal como un componente del derecho penal económico y de la empresa.

Ante la carencia de regulación específica sobre el secreto de empresa en el ordenamiento penal colombiano,[8] tomamos como referente la regulación penal alemana y su desarrollo dogmático, sin desconocer que la mayor parte de la evolución de las normas recientes, responde a los lineamientos de las decisiones comunitarias y por ende a los parámetros señalados por la Unión Europea.[9]

---

6. Cfr. Carlos Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 20.
7. Existe en la doctrina referencia a los diferentes términos empleados en el derecho comparado, ver Esther Morón Lerma, op. cit.
8. En el aparte correspondiente al derecho penal colombiano, haremos referencia a algunas de las figuras consagradas en la legislación penal vigente, criterios útiles para entender cómo puede darse en Colombia la protección penal de la información y/o del secreto de empresa, así como algunas propuestas de *lege ferenda*.
9. Entre ellas, la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de Europa de 22.07.2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, en donde se señala: "Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes". Cfr. *Boletín Oficial del Estado*, n. 152, sec. I., p. 54819, miércoles, 23.06.2010.

II. PROTECCIÓN PENAL DEL SECRETO EMPRESARIAL EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

1. *Ubicación general de los tipos penales en la legislación*

Existe cierto grupo de delitos que tradicionalmente ha configurado el llamado derecho penal económico, esto es, el sistema de sanciones penales de aquellas conductas que se cometen dentro del contexto de la actividad empresarial y bancaria. Así, por ejemplo, dentro del Código Penal alemán (StGB) encontramos el delito de estafa § 263 StGB y sus diversas modalidades (§§ 263 a StGB y ss.), el lavado de activos § 261 StGB y el abuso de confianza § 266 StGB, los delitos de insolvencia §§ 283 y ss., usura § 291 StGB y corrupción § 299 StGB entre otros.[10] No obstante, dada la complejidad de intereses que abarca la actividad empresarial, bien sea en cuanto a la relación del empresario con lo público o a la necesidad de protección en una sociedad industrial dividida por el trabajo, el Legislador alemán ha creado otros tipos penales y contravenciones más especializados, cuya mayoría se encuentra en leyes diferentes al Código Penal alemán. Así, por ejemplo, el ámbito de aplicación de la estafa fue reducido con la introducción de los tipos de *engaño en la fundación*, *publicidad desleal*, *soborno de los empleados*, *revelación de secretos empresariales* y el *espionaje industrial*, tipos penales especiales cuya creación data de años anteriores al Siglo XIX.[11] El derecho penal económico se destaca por lo tanto por su constante referencia a otras legislaciones, siendo éste un ejemplo más de lo que se ha denominado como "derecho penal secundario".

De otra parte, este sistema normativo se caracteriza por proteger la vida económica vista como "una institución supraindividual o social", por lo tanto todo aquello que se relacione con la vida económica, aunque afecte también un interés patrimonial individual, será considerado como ámbito de protección del derecho penal económico.[12] Así, por ejemplo, se incluyen dentro de este ámbito de protección los intereses patrimoniales del público, los intereses de salud de los empleadores, así como la protección penal de los bienes inmateriales de

10. Una introducción acerca del manejo general de las conductas tipificadas en el derecho penal económico ver Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht – Besonderer Teil*, Köln, 2006 – entre otras.

11. Idem, p. 2.

12. Idem, p. 6. En nuestro criterio, este es el sentido de la interpretación que se le puede dar a la protección penal del secreto de empresa en la legislación penal española, consagrada en los arts. 278 a 280.

las empresas (marcas y patentes).[13] La intervención del derecho penal en la economía no es más que una garantía de su adecuado funcionamiento.[14]

Se identifica también un último ámbito de intervención en la actividad empresarial, el cual es abarcado ya no por sanciones de tipo penal, sino de tipo administrativo, ello por la imposibilidad legal de reconocer a la empresa como destinatario de la ley penal (§ 14 StGB). Estamos hablando de la sanción de las infracciones que comete la empresa como persona jurídica.[15]

Ahora bien, la protección de la información dentro del derecho penal económico alemán, se encuentra ubicada tanto en la protección del *mercado de capital y financiero*, como en el *derecho de competencia*:

1) Como protección general del secreto de la empresa y de negocios: La *violación al secreto de la empresa y de negocios*, como extensión de la protección del ámbito de la vida personal y de la esfera íntima o también como protección del patrimonio en el Código Penal (§§ 203, 204, 353b, 355 StGB).

2) Como protección del derecho de competencia: (a) La *revelación del secreto empresarial* y *el espionaje industrial* principalmente en la Ley contra

13. Idem, ibidem.

14. Esta intervención se centra en los siguientes ámbitos de la economía: (1) En el *mercado de capitales y mercado financiero*: mediante la prohibición del uso ilegal de la información privilegiada (*insider*) (§ 14, 38 WpHG), los negocios especulativos dentro de la bolsa de valores (§§ 49, 26 BörsG) y de ciertos negocios dentro de la actividad bancaria (§ 54 KWG), como también el abuso de las tarjetas de crédito y cheques (§ 266b StGB), entre otros; (2) En los *delitos de insolvencia y contabilidad inadecuada de la empresa* (§ 331 HGB); (3) En la *violación de la competencia y los derechos de protección industrial*: mediante la prohibición de la competencia desleal (por ejemplo §§ 16, 17, 18, 19 UWG, § 55a, 55b KWG), la violación a la propiedad intelectual (por ejemplo § 142 PatG, § 143 MarkenG) y la intervención penal en los carteles; (4) En la *protección del derecho del consumidor*: mediante la Ley de medicamentos (§§ 95, 96 AMG), y la Ley de alimentos (§§ 58 y ss. LFGB); (5) En la *prohibición de la corrupción* (§§ 331, 333, 334 StGB); (6) En las *conductas penales referidas a la dirección de la empresa*: estafa en las subvenciones (§ 264 StGB), irregularidades en la contratación de los trabajadores (por ejemplo en la contratación ilegal de inmigrantes –SchwarzArbG–, –AufenthG– y en el tráfico de productos prohibidos (por ejemplo, el tráfico de armas §§ 19-20a, 22a KWKG). Cfr. Uwe Hellmann y Katharina Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, Stuttgart, 2008; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, op. cit.

15. Cfr. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 363 y ss.; también Tiedemann, op. cit., p. 333 y ss. Estas sanciones se encuentran principalmente en la Ley de contravenciones (OwiG). La tendencia de los ordenamientos vigentes, es la de incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, citamos como ejemplo la reciente reforma al Código Penal español de 22.06.2010.

la competencia desleal (§§ 17, 18 UWG), también en el Código de Comercio (§ 333 HGB) y en la Ley de constitución de empresas (§ 120 BetrVG). b) *Violación al secreto bancario*, como la regulación de las conductas penales en los bancos y otros, en la Ley sobre las entidades de crédito (§§ 55a, 55b KWG).

3) Como protección del mercado de capital y financiero: Delitos en la bolsa, especialmente el *uso ilegal de información privilegiada* (*insider*) en la Ley sobre el canje de títulos valores (§§ 14, 38 WpHG).

2. *El delito de la revelación del secreto dentro del derecho de competencia*

El tipo penal que representa la protección de la información dentro del derecho de competencia es el § 17 de la Ley alemana contra la competencia desleal (UWG).[16] No obstante, la estructura de esta norma se asemeja a la del delito de violación y uso de secretos privados consagrado en el Código Penal (§§ 203, 204 StGB), un tipo amplio que opera como tipo subsidiario respecto

16. *§ 17 UWG Revelación de secretos negociales o de la empresa y espionaje industrial.*
"(1) Quien como persona empleada dentro de una empresa durante la vigencia de la relación de servicio le comunique a alguien ilícitamente y con fines de competencia, por interés propio o en beneficio de un tercero o con la intención de causarle un daño al dueño de la empresa, un secreto de negocios o de la empresa, el cual le ha sido confiado o tiene acceso a él con ocasión de la relación del servicio, incurrirá en pena privativa de la libertad hasta de tres años o en multa.
(2) Será castigado de la misma manera, quien con fines de competencia, por interés propio o en beneficio de un tercero o con la intención de causarle un daño al dueño de la empresa:
1. obtenga o guarde ilícitamente un secreto de negocios o de la empresa mediante: (a) el empleo de un medio técnico, (b) la creación de una reproducción materializada del secreto o, (c) llevándose una cosa en la que se ha materializado el secreto ó 2. utilice o le comunique a alguien ilícitamente un secreto de la empresa o de negocios que haya obtenido con las informaciones consignadas en el parágrafo (1) o que haya conseguido o guardado mediante una acción propia o ajena según el numeral 1.
(3) La tentativa es punible.
(4) En los casos especialmente graves, se incurrirá en pena privativa de la libertad hasta de cinco años o en multa. Existe por lo general un caso agravado, cuando el autor
1. actúe profesionalmente
2. sepa respecto de una información que el secreto será utilizado en el extranjero o
3. la utilización se efectúe por sí misma en el extranjero conforme al parágrafo (2) numeral 2.
(5) El hecho sólo será investigado a petición, si las autoridades de persecución penal ven como necesaria una intervención de oficio en razón del interés público especial en la persecución penal.
(6) El § 5 numeral 7 del Código Penal rige en lo correspondiente."

de todas estas normas especiales y que para el contexto del derecho penal económico es aplicable solamente respecto de ciertos grupos profesionales y servidores públicos.[17] Esta norma será el marco de interpretación de los demás tipos de violación al secreto de la empresa o de negocios, ello sin olvidar por supuesto el contexto propio de la actividad económica, lo cual en últimas determinará el bien jurídico que se protege y con ello el ámbito de validez del tipo, como lo veremos más adelante.

Conforme al § 17 de la Ley contra la competencia desleal (UWG), en el inc. 1 encontramos el tipo básico de la *revelación de un secreto de la empresa y de negocios* por parte de un miembro de la empresa y, en segundo lugar, en el inc. 2, la protección de esta información respecto de personas que no hacen parte de la empresa, siendo éste el llamado *espionaje industrial.*[18] Comenzaremos estudiando el tipo básico de revelación de secretos de la Ley contra la competencia desleal y posteriormente haremos una breve mención del espionaje industrial.

El delito de la revelación del secreto prohíbe a los miembros de una empresa comunicar o revelar secretos de negocios o de la empresa a terceros, esto siempre que la relación de servicio esté vigente, lo cual se ha visto como una limitación temporal de la aplicación del tipo.[19] Como forma de saldar esta limitación temporal, la ley alemana recurre a la aplicación de otros tipos penales que mantienen la prohibición de la competencia desleal y la respectiva indemnización; así por ejemplo, se encuentran los delitos de revelación del secreto empresarial cometidos por un círculo especial de autores: (i) el § 404 de la Ley de acciones (AktG),[20] (ii)

17. TIEDEMANN, op. cit., p. 107.

18. Idem, p. 110.

19. TIEDEMANN, op. cit., p. 107. Esta norma surge con la llegada de la industria química en el año de 1896.

20. *§ 404 AktG: Violación al deber de guardar un secreto*
"(1) Con pena privativa de la libertad hasta de un año, en sociedades cotizadas en la bolsa hasta de dos años o con multa será sancionado quien revele ilícitamente un secreto de la sociedad, a saber un secreto de la empresa o de negocios, el cual le era conocido dada su calidad de
1. Miembro de la dirección o del consejo de vigilancia o liquidador
2. Examinador o ayudante del examinador;
En el caso del numeral 2 solamente si el autor no es sancionado penalmente en el §333 del Código de Comercio.
(2) Si el autor actúa a cambio de remuneración o con la intención de enriquecimiento propio o de un tercero o de dañar a otro, la pena será privativa de la libertad hasta de dos años, en sociedades cotizadas en la bolsa hasta de tres años o de multa. De

el § 85 de la Ley de sociedades limitadas (GmbHG)[21] y también (iii) el § 151 de la Ley sobre las cooperativas de adquisición y económicas (GenG).[22-23] Conforme a esta ultima norma, tenemos que la información se protege aún cuando no se ha

---

la misma manera será sancionado quien utilice ilícitamente un secreto en la forma descrita en el inc. 1, a saber, un secreto de la empresa o de negocios, el cual le era conocido conforme a los presupuestos del inc. 1.
(3) El hecho será investigado solamente a petición. Si un miembro de la dirección o un liquidador comete el hecho, el consejo de vigilancia estará facultado para hacer la petición, si el hecho es cometido por un miembro del consejo de vigilancia, la dirección o el liquidador estarán facultados para hacer la petición."

21. *§ 85 GmbHG Violación al deber de guardar un secreto*
"(1) Con pena privativa de la libertad hasta de un año o con multa será sancionado, quien revele ilícitamente un secreto de la sociedad, a saber, un secreto de la empresa o de negocios, el cual le era conocido en su calidad de gerente, miembro del consejo de vigilancia o de liquidador.
(2) Si el autor actúa a cambio de remuneración o con la intención de enriquecimiento propio o de un tercero o de dañar a otro, la pena será privativa de la libertad hasta de dos años o de multa. De la misma manera será sancionado, quien utilice ilícitamente un secreto en la forma descrita en el inc. 1, a saber, un secreto de la empresa o de negocios, el cual le era conocido conforme a los presupuestos del inc. 1.
(3) El hecho será investigado solamente a petición. Si un gerente o un liquidador comete el hecho, estarán facultados para hacer la petición el consejo de vigilancia y, en caso de que no haya consejo de vigilancia, los representantes encargados por los socios. Si el hecho es cometido por un miembro del consejo de vigilancia, los socios o los liquidadores estarán facultados para hacer la petición."

22. *§ 151 GenG: Violación al deber de guardar un secreto*
"(1) Con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa será sancionado, quien revele ilícitamente un secreto de la cooperativa, a saber, un secreto de la empresa o de negocios, el cual le era conocido en su calidad de
1. Miembro de la directiva o del consejo de vigilancia o de liquidador o
2. Examinador o ayudante de un examinador,
En el caso del numeral 2, si el hecho no es sancionado penalmente en el § 349m en conexión con el § 333 del Código de Comercio.
(2) Si el autor actúa a cambio de remuneración o con la intención de enriquecimiento propio o de un tercero o de dañar a otro, la pena será privativa de la libertad hasta de dos años o de multa. De la misma manera será sancionado, quien utilice ilícitamente un secreto en la forma descrita en el inc. 1, a saber, un secreto de la empresa o de negocios, el cual le era conocido conforme a los presupuestos del inc. 1.
(3) El hecho será investigado solamente a petición. Si un miembro de la dirección o un liquidador comete el hecho, el consejo de vigilancia estará facultado para hacer la petición, si el hecho es cometido por un miembro del consejo de vigilancia, la dirección o el liquidador estarán facultados para hacer la petición."

23. TIEDEMANN, op. cit., p. 107.

constituido como propiedad intelectual. Una vez adquiere esta calidad jurídica, goza tanto de protección por parte del derecho penal, como del derecho privado.[24] La doctrina explica que en la praxis las empresas suelen hacer uso más bien de las normas del derecho privado para proteger la información, esto es, constituyéndolas en propiedad intelectual, lo cual hace que la aplicación del § 17 de la Ley contra la competencia desleal sea inusual,[25] ya que en este caso se aplicarían las normas especiales para la protección de la propiedad intelectual, como sería el caso de la usurpación de marcas signos distintivos o de patentes.

De otra parte, está prevista la protección del secreto bancario en los §§ 55a, 55b[26] de la Ley de las entidades de crédito (KWG) y como tipo general en el § 203 Abs.2 StGB para el caso de las instituciones públicas de crédito. Estas normas buscan proteger el interés económico de quien toma un crédito, lo cual es relevante para determinar su posición dentro de la competencia.[27]

III. ELEMENTOS COMUNES EN LOS DELITOS DE REVELACIÓN DEL SECRETO EMPRESARIAL O DE NEGOCIOS

La interpretación de los §§ 203 y 204 StGB[28] es muy importante para el estudio de la normatividad que protege el secreto empresarial en otras leyes. Es por ello que tomaremos los elementos comunes a todos estos tipos de delitos a partir de esta norma base, que, como lo mencionamos anteriormente, opera

24. Cfr. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 199 y ss.

25. TIEDEMANN, op. cit., p. 107.

26. *§ 55a KWG Utilización ilícita de datos sobre créditos millonarios*
"(1) Con pena privativa de la libertad hasta de dos años o con multa será sancionado, quien en contra de lo estipulado en el § 14 inc. 2 oración 10 emplee un dato.
(2) El hecho será investigado solamente a petición."
§ 55b KWG Revelación ilícita de datos de créditos millonarios
"(1) Con pena privativa de la libertad hasta de un año o con multa será sancionado, quien en contra de lo estipulado en el § 14 inc. 2 oración 10 revele un dato.
(2) Si el autor actúa a cambio de remuneración o con la intención de enriquecimiento propio o de un tercero o de dañar a un tercero, la pena será privativa de la libertad hasta de dos años o de multa.
(3) El hecho será investigado solamente a petición."

27. TIEDEMANN, op. cit., p. 109, 138.

28. *§ 203 Violación de secretos privados*
"(1) Quien revele un secreto ajeno, a saber, un secreto perteneciente al ámbito de vida personal o un secreto de la empresa o de negocios, que le había sido confiado o le era conocido en su calidad de

como tipo subsidiario de las demás normas del derecho penal secundario. Los §§ 203 y 204 StGB presentan una estructura que se asemeja bastante a las normas que protegen la información en la actividad comercial anteriormente

---

1. médico, odontólogo, veterinario, farmaceuta o miembro de otra profesión de la salud, la cual exija una formación estatal reglamentada para el ejercicio de la profesión o la tenencia del título de la profesión,
2. sicólogo profesional con examen de terminación científico reconocido estatalmente,
3. abogado, abogado de patentes, notario, defensor en un proceso reglamentado legalmente, examinador económico, examinador de libros juramentados, consejero fiscales, apoderado fiscales u órgano o miembro de un órgano de una sociedad de abogados, de abogados de patentes, de examinadores económicos, de examinadores de libros o de consejeros fiscales,
4. consejero de pareja, familia, educación o jóvenes, así como consejero en cuestiones de adicción en un servicio de asesoramiento que sea reconocido por una autoridad o cuerpo, establecimiento o fundación del derecho público.
4a. miembro o encargado de un servicio de asesoramiento reconocido conforme a los §§ 3 y 8 de la Ley de conflictos de embarazo,
5. trabajador social reconocido estatalmente o pedagogo social reconocido estatalmente o
6. miembro de una empresa de seguros privados de enfermedad, accidente o vida o de un servicio de contaduría privado de médicos, de asesoría fiscal o jurídica, será sancionado con pena privativa de la libertad hasta de un año o con multa.
(2) De la misma manera será sancionado, quien ilícitamente revele un secreto ajeno, a saber, un secreto perteneciente al ámbito de vida personal o a un secreto de la empresa o de negocios, que le ha sido confiado o conocido como
1. funcionario,
2. persona vinculada con el servicio público
3. persona que asume las funciones o facultades conforme al derecho de representación personal,
4. miembro de un órgano legislativo del Federado o de una comisión de investigación activa en un Estado Federal, de otras comisiones o consejos que no sean en sí miembro de un órgano legislativo, o como ayudante de alguna de dichas comisiones o consejos,
5. experto solicitado públicamente, el cual en razón de una ley se ha obligado formalmente al cumplimiento estricto de sus competencias, o
6. persona que en razón de una ley se haya obligado formalmente al cumplimiento estricto del deber de mantener el secreto en la ejecución de proyectos de investigación científica.
Se consideran también secreto en el sentido de la oración 1 los datos particulares sobre relaciones personales u objetivas de otro, los cuales han sido considerados para las tareas de la Administración pública; no obstante la oración 1 no es aplicable, siempre que dichos datos particulares sean dados a conocer a otras autoridades o servicios de la Administración pública y la ley no lo prohíba.

mencionadas. La diferencia fundamental radica en que este tipo básico protege tanto los secretos del ámbito de la vida personal, como los secretos de la empresa y de negocios, lo cual hace que existan dificultades particularmente en el momento de determinar el bien jurídico que se protege, aspecto que se explicará en la siguiente exposición.

El problema planteado no es exclusivo de la legislación alemana, en la regulación española, por ejemplo, la protección penal del secreto de empresa se encuentra en el Código Penal – y no en una ley especial como lo hace la ley contra la competencia desleal, en el derecho alemán – ello de acuerdo con la doctrina tampoco ha permitido resolver de manera definitiva la discusión sobre el bien jurídico protegido, ya que al encontrarse regulado el tema en los arts. 278 a 280, normas cobijadas en la sección tercera, correspondiente a los delitos relativos al mercado y a los consumidores que a su vez forman parte del capitulo que regula los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, bajo el título XIII de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, podría dar lugar a desconocer que la protección del secreto de empresa se caracteriza por vulnerar el interés individual de los empresarios competidores, como ocurre con los delitos relativos a la propiedad industrial, en donde se protegen los derechos

---

(2a) Los incs. 1 y 2 rigen respectivamente, si el encargado para la protección de datos revela ilícitamente un secreto ajeno en el sentido de éstas prescripciones, el cual le ha sido confiado o del cual ha tenido conocimiento en su relación profesional de los indicados en los incs. 1 y 2 y cuyo conocimiento haya requerido en el cumplimiento de sus funciones como encargado de la protección de datos.
(3) Se consideran como lo que en el inc. 1 numeral 3 se ha llamado abogado otros miembros de una cámara de abogados. Se considera como lo indicado en el inc. 1 oración 1 sus ayudantes activos en la profesión y las personas que estén en activas en ellas para la preparación de la profesión. Será aplicable también lo mencionado en el inc. 1 oración 1 y 2 una vez haya fallecido el obligado al mantenimiento del secreto además, quien haya requerido el secreto del difunto o de su herencia.
(4) Los incs. 1-3 son aplicables, si el autor revela ilícitamente el secreto después de la muerte del afectado.
(5) Si el autor actúa a cambio de remuneración o con la intención de enriquecimiento propio o de un tercero o de dañar a un tercero, la pena será privativa de la libertad hasta de dos años o de multa."
§ 204 Utilización de secretos ajenos
"(1) Quien utilice ilícitamente un secreto ajeno, a saber, un secreto de la empresa o de negocios, respecto del cual estaba obligado a ocultar conforme al § 203, será sancionado con pena privativa de la liberta hasta de dos años o con multa.
(2) El inc. 4 del § 203 rige para lo correspondiente."

de exclusividad del titular[29] de manera prioritaria y dentro de un marco de protección socioeconómica.

1. El bien jurídico protegido en la revelación del secreto empresarial

Una primera aproximación al bien jurídico que se tutela en el delito de revelación del secreto de la empresa y de negocios se encuentra en la interpretación del tipo base, el § 203 StGB, nos ofrece sin embargo una perspectiva parcial de la problemática al tomar la actividad profesional como una expresión de la libertad individual, ya que se encuentra regulado bajo la protección de la vida personal y el ámbito de los secretos.[30]

Una opinión más acertada es aquella que diferencia a los dos tipos de información que se protegen en la misma norma penal, identificándose así, en primer lugar, la esfera íntima y, en segundo lugar, la esfera profesional, o mejor, empresarial, siendo la última parte de la protección del patrimonio.[31] Esta segunda perspectiva nos permite entrar en la problemática propia del derecho penal económico, especialmente del tipo penal de la violación del secreto empresarial regulado en la Ley contra competencia desleal (§§ 17, 18 UWG). Dentro de este contexto se pueden apreciar las dimensiones que

---

29. La ubicación de la protección del secreto de empresa (que comprende el secreto industrial), en el Código Penal español, específicamente en la sección tercera, ha generado la discusión en la doctrina especializada sobre el bien jurídico tutelado, ya que para un sector las infracciones de secretos industriales, constituyen auténticos delitos de competencia desleal, que a diferencia de los otros dos grupos de delitos que también se encuentran en la misma sección, es decir, los delitos contra el libre mercado y los delitos contra los consumidores, protege el interés individual de los empresarios competidores. Cfr. Carlos Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 18 y ss. En donde también hace referencia a cómo en la doctrina mayoritaria los bienes jurídicos tanto de la protección del secreto de empresa, como de los delitos relativos a la propiedad industrial pueden ser claramente diferenciados "dado que en los delitos de propiedad industrial lo que se tutela es el *monopolio legal* o *derecho de exclusividad* que posee el titular del derecho". Mientras que un secreto industrial puede consistir a una información relativa a innovaciones o aplicaciones industriales, que por ende es susceptible de ser patentado, pero aún no lo han sido y por ello reciben protección bajo una norma diferente de carácter más general. Cfr. idem, p. 19.

30. GÖSSEL; DÖLLING, *Strafrecht BT – Parte I*, Heidelberg, 2004, p. 364 y ss. Sobre la evolución del tipo de revelación del secreto del § 203 StGB ver Klaus Rogall, Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB), en: *NStZ* 1983, p. 1 y ss.

31. Bernd Schünemann, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, en: *ZStW* 90, 1978, p. 11, 12.

adquiere el bien jurídico del patrimonio, logrando perfilar una forma especial del bien jurídico,[32] siendo ésta también la razón por la cual se ha creado un tipo penal diferente al tipo básico del 203 StGB, la existencia del tipo especial consagrado en la Ley contra la competencia desleal, en el derecho penal alemán, permite establecer con mayor certeza el objeto de protección, es decir, la capacidad competitiva de la empresa que se ve afectada al vulnerar el secreto que pretendía ser conservado por la empresa y de esta forma se puede ver afectado el patrimonio económico.

Conforme a la primera teoría, tenemos que el delito de la revelación de secretos privados del § 203 StGB hace parte del conjunto normativo que protege la *esfera privada e íntima*, concepto que comprende dos dimensiones diferentes, a saber, la dimensión del *espacio de libertad material* y la dimensión del *espacio de libertad inmaterial*.[33] En el primer caso encontramos todos los delitos que protegen la privacidad de determinados espacios, por ejemplo, el delito de violación al domicilio, como también los espacios del ejercicio profesional (§ 123 StGB).[34] En el segundo caso nos referimos a los espacios "intelectuales" que hacen parte de la esfera privada e íntima, esto es, la esfera de desarrollo de la personalidad, la cual se encuentra protegida en los delitos de la violación de secretos (§ 203 StGB), de datos (§ 202 a StGB), de datos que se encuentren en la correspondencia (§ 206 StGB), entre otros.[35] Este espacio de libertad inmaterial incluye además el *ámbito de la vida "comercial y profesional"*, pues la protección penal del secreto profesional y de los negocios está prevista dentro de este grupo normativo[36] y en esta medida podríamos afirmar que el punto de partida se encuentra en la consideración del ejercicio de la libertad del individuo.

No obstante, siguiendo la segunda propuesta de determinación del bien jurídico en cuestión, se afirma que en el caso de la revelación del secreto de la empresa o de negocios el bien jurídico contiene una naturaleza muy diferente a la de la protección de los secretos privados, o bien, de la esfera íntima, pues

32. Rodrigo Aldoney Ramírez, Kritische Überlegungen zur Deutung des strafrechtlichen Unternehmensgeheimnisschutzes als Vermögensschutz, en: *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Köln, 2008, p. 1141 y ss.

33. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 364 y ss.; ver también ROGALL, op. cit., p. 3, 4.

34. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 364, 365.

35. Idem, p. 365. Sobre los delitos contra el ámbito de la vida y ámbito privado ver WESSELS; HETTINGER, *Strafrecht BT 1*, Heidelberg, 2007, p. 155 y ss.

36. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 365.

los primeros protegen más bien el patrimonio.[37] Se pueden identificar así dos tipos de esferas diferentes, a saber, la esfera privada y la esfera profesional, de las cuales la última corresponde al ámbito de lo público.[38] Conforme a esta opinión vemos que lo relevante para la determinación del bien jurídico no es ya la consideración de la esfera íntima del individuo o bien, la protección del ejercicio del espacio de la libertad inmaterial, sino más bien de la protección de la información en cuanto contenga un *valor económico*.

La tesis anterior, la cual entiende a la prohibición penal de la violación al secreto de la empresa como una forma de protección de un derecho patrimonial, tiene un especial desarrollo dentro de los estudios del derecho penal económico. Dentro de esta perspectiva la conducta de la revelación del secreto debe ser comprendida dentro del contexto del derecho de competencia, es decir, se cuestiona en qué medida la violación al secreto afecta la capacidad de la empresa para competir dentro del mercado,[39] lo cual se puede determinar de manera independiente al daño patrimonial que se haya podido ocasionar efectivamente con el acto de revelación.[40] De esta forma, se afirma que no se trata de la violación concreta al patrimonio de la empresa, sino más bien, de la creación de una situación que *facilita* tanto la causación del daño, como la puesta en peligro del patrimonio.[41] Con lo anterior se quiere dejar en claro que no es suficiente con afirmar que la acción de revelación afecta efectivamente al patrimonio y que por ello se debe hablar del patrimonio como bien jurídico, sino más bien, que el bien jurídico que aquí se protege se debe comprender en *función* del patrimonio.[42] Lo anterior se confirma además con aquellas acciones

37. Bernd Schünemann, op. cit., p. 11 y 12.

38. Idem, p. 12.

39. TIEDEMANN, op. cit., p. 109; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 189. Ver también Philipp Koehler; Gordian Hasselblatt, *UWG Handkommentar*, Nomos Kommentar, Baden Baden, 2010, § 17, p. 1331, nota al margen 1.

40. Ver Aldoney Ramírez, op. cit., p. 1145, 1154, quien explica las dificultades de entender al patrimonio como el bien juridico del tipo de revelación de secretos de la empresa y de negocios.

41. Idem, p. 1154, 1155.

42. Se habla de una "función de puesta en peligro" y de una "función de la causación del daño". Idem, p. 1155, 1156. A una conclusión semejante, pero en el marco del § 203 StGB llega Rogall, quien asegura que la revelación del secreto no implica necesariamente la vulneración del bien jurídico tutelado (la privacidad de la persona), lo cual lleva a afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto. No obstante, ello solamente sería admisible si el secreto es capaz de perjudicar la privacidad material o el patrimonio.

que no representan un daño efectivo al patrimonio, sino una pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia.[43] Se concluye por lo tanto que el tipo de revelación contiene la estructura de (1) un delito de peligro abstracto del patrimonio, en los casos de revelaciones de *secretos positivos* que se refieren al mercado y en los *secretos negativos* que ocasionan directamente un daño y, también, de (2) un "delito de peligro abstracto incrementado del patrimonio", en los casos de la revelación de *secretos neutrales*.[44] El tipo de secreto permite por lo tanto definir el bien jurídico que se protege. Para comprender mejor esta opinión, estudiaremos el concepto de secreto, frente a lo señalado como secreto de empresa.

2. *El concepto de secreto de la empresa y de negocios*

Según la doctrina, el concepto de secreto es idéntico en todos los tipos penales de las normas de la legislación alemana ya citadas, normas que protegen el llamado "secreto de la empresa o de negocios".[45] Así, basándonos en la interpretación del § 203 StGB, tenemos que la doctrina reconoce al secreto como el objeto material del tipo y lo define como un hecho que solamente es conocido dentro de un círculo limitado y cuya protección equivale a un interés de una persona privada, la cual a su vez es llamada como "el titular del secreto".[46] El secreto de la empresa y de negocios contiene, por su parte los siguientes elementos:

a) Debe contener una *relación con la empresa*, esto es, que la información que se oculta debe relacionarse con actividades de la empresa.[47] El § 17 de la Ley contra la competencia desleal (UWG) no protege realmente la calidad de que algo sea secreto en sí, sino más bien la relación que dicha información secreta tiene con la empresa en cuestión.[48]

b) Debe existir una *voluntad manifiesta de mantener el secreto* por parte del titular de la información (teoría de la voluntad).[49] En el caso del secreto

43. Idem, p. 1157, ver más adelante el concepto de secretro neutral.

44. Idem, p. 1158.

45. TIEDEMANN, op. cit., p. 108; cfr. KOEHLER; HASSELBLATT, op. cit., p. 1133 y ss.

46. WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 167; BGHSt 41, 140.

47. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit, p. 188.

48. Idem, ibidem; ver también Hans-Ulrich Krüger, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts – und Betriebsgeheimnisses im Wettberwerbsrecht*, Frankfurt am Main, 1984, p. 18.

49. TIEDEMANN, op. cit., p. 108; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 188, 189; GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 391; KRÜGER, op. cit., p. 29 y ss.

de la empresa o de negocios, se trata del dueño de la empresa, cuyo interés de ocultar la información obedece a la evitación de un daño económico que pueda resultar de su divulgación.[50] La doctrina reconoce además que debe haber un *interés objetivo de mantener el secreto* (teoría del interés), esto es, que la sola voluntad subjetiva de mantener la información oculta por parte del titular del bien jurídico no es suficiente para configurar el secreto (elemento normativo del secreto).[51] Este interés objetivo se puede reconocer como un interés económico que merece ser protegido, el cual en el sentido de la Ley contra la competencia desleal, se determina mediante la capacidad de competir de la empresa.[52]

c) La información debe ser *conocida solamente dentro de un círculo de personas reducido* (el llamado "elemento fáctico" del concepto de secreto),[53] es decir, que dicha información no sea conocida de una forma general y que no sea accesible a los demás.[54]

Al seguir la interpretación del § 203 StGB se afirma que el contenido de la información es irrelevante para el tipo,[55] no obstante, para el caso de la revelación del secreto de la empresa en la ley contra la competencia desleal, el contenido del secreto es importante para determinar el bien jurídico y, con ello, la naturaleza misma del delito, como lo explicaremos más adelante.[56] Para comenzar, podemos definir como "secretos de la empresa" los hechos, conocimientos y datos que contengan un carácter técnico[57] y por "secreto de negocios" aquella información que se refiera al estado y el comportamiento de la empresa dentro del mercado, al ámbito comercial de la empresa.[58] La doctrina aclara que puede ocurrir que un secreto represente ambas formas al mismo tiempo, hecho que no impide su protección.[59] Como ejemplo de

50. BGHSt 41, 140 (142); HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 188.
51. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 391; ROGALL, op. cit., p. 5; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 188; KRÜGER, op. cit., p. 31 y ss.
52. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 189; TIEDEMANN, op. cit., p. 109; KRÜGER, op. cit., p. 34 y ss.
53. ROGALL, op. cit., p. 5; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 188.
54. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 188.
55. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 391, 392.
56. Cfr. Aldoney Ramírez, op. cit., p. 1141 y ss.
57. TIEDEMANN, op. cit., p. 108; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 187.
58. TIEDEMANN, op. cit., p. 108; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 187.
59. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 188.

secretos de la empresa se mencionan los procesos de producción, los planos de construcción de máquinas, las listas de clientes, los programas de computador etc.[60] Se agrega además que conforme a la doctrina mayoritaria, se protegen también los secretos que se refieran a la información de hechos ilegales (por ejemplo, negociaciones para conformar carteles en sentido comercial, la violación al derecho de consumidor de un tercero etc.).[61]

Ahora bien, como lo anotamos brevemente, el contenido del secreto puede ser también un criterio relevante para definir el bien jurídico y la naturaleza del delito en cuestión, lo cual se puede identificar mediante una forma de clasificar a la información de la empresa conforme a un criterio de tipo económico, es decir, determinando la capacidad que tenga la información para generar alguna pérdida o una ganancia para la empresa.[62] De esta manera podemos encontrar tres tipos de secretos:

a) Los *secretos positivos*: son aquellos que pueden ser utilizados por la empresa, ya sea al interior de la misma como medios empresariales de producción, o bien, al exterior como mercancía. Ejemplos: el conocimiento para la fabricación de ciertos productos que puede ser empleado nuevamente en otros procesos de producción, como también el conocimiento de objetos materializados en el trabajo humano que hacen parte del intercambio (*know-how*). Lo importante es que puedan influir en la capacidad competitiva de la empresa.[63]

b) Los *secretos negativos*: contienen aquella información que debe ocultarse, ya no por su capacidad de ser explotada, sino porque es propicia para ser empleada por un tercero con la finalidad de ocasionar un daño. Así, por ejemplo, se menciona la información acerca de los puntos débiles de una empresa o también los secretos que contienen hechos ilegales; lo importante es que mediante la divulgación de la información se despliegue su potencial nocivo.[64]

c) Los *secretos neutrales*: no contienen información sobre un proceso de producción y tampoco representa una mercancía. Se mencionan por ejemplo los informes acerca de la organización de la empresa, política del personal y del producto. En la medida en que puedan tener una relación ventajosa, deben

60. TIEDEMANN, op. cit., p. 108.

61. Idem, ibidem.

62. Aldoney Ramírez, op. cit., p. 1145.

63. Idem, p. 1145, 1146.

64. Cfr. Idem, p. 1146.

ser protegidos, como sucede con los proyectos de desarrollo de la producción. En este caso, la información no se emplea de manera inmediata, como en el caso de los secretos positivos, y su utilización por parte de un tercero tampoco representa un daño inmediato, como ocurre en los secretos negativos; se trata más bien del proceso anterior a la creación de la información.[65]

Ahora bien, conforme a esta clasificación del secreto de la empresa o de negocios y recordando lo que explicamos acerca del bien jurídico que se protege en este delito, podemos ver claramente que en el caso de la protección de los secretos positivos y negativos se prevé un "daño potencial" más próximo al patrimonio de la empresa que en el caso de los secretos neutrales. En los últimos la potencialidad del daño no es tan alta como en la de los primeros, lo cual hace pensar que se trata de un delito de peligro abstracto, pero incrementado.[66]

Por último, tenemos que el secreto debe ser además un secreto *ajeno*, el cual, en nuestro caso del derecho penal económico, se trata de un secreto que le pertenezca a una empresa.[67]

3. *El deber de guardar silencio*

El tipo describe la conducta de revelar ilícitamente un secreto de la empresa o de negocios que le había sido confiado o le era conocido. En primer lugar, la revelación del secreto se trata simplemente de la violación a un *deber de guardar silencio* por parte de quien detenta una posición de confianza respecto del titular de la información, ya sea por voluntad del último o por ejercer un cargo que implique respetar esta calidad de ser confiable.[68] Lo anterior lleva por tanto a afirmar que se trata de un *delito de deber especial*.[69] Este deber surge cuando la información le es "*confiada*" al autor o cuando el autor "*tiene conocimiento*" de ella, lo cual debe suceder en el ejercicio de su cargo (como médico, abogado, funcionario público etc.) y siempre que exista una relación material de lo que

65. Cfr. Idem, p. 1145, 1147.

66. Idem, p. 1156-1158.

67. WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 166.

68. ROGALL, op. cit., p. 3. OLG Köln NJW 1962, 686 (688).

69. WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 166; Volker Krey, *Strafrecht BT Bd.1*, Stuttgart u.a. 2008, § 6, p. 210; KOEHLER; HASSELBLATT, *UWG Handkommentar*, op. cit., p. 1339, nota al margen 22; GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 390, 404: Por ser un delito de deber especial se descarta por tanto la autoría mediata y la coautoría de los sujetos que no tengan la calificación especial, dicha calificación especial no es *personal*.

se confía o se conoce con la profesión.[70] En el caso específico del § 17 de la Ley contra la competencia desleal (UWG) se trata de los empleados de la empresa.[71]

De esta manera, se entiende que una información le ha sido confiada a otro, cuando quien la comparte confía con el silencio de quien se entera de ello, siempre que el acto con el que se da a conocer la información ocurra "atendiendo al ejercicio profesional".[72] Lo anterior puede suceder con indicaciones explícitas o concluyentes, con las cuales se advierte que se debe guardar silencio.[73] La doctrina afirma además que este criterio es suficiente para determinar que el secreto ha sido confiado, así, factores como el lugar o momento de confiar la información o la voluntad del destinatario de la misma no son determinantes.[74] Lo mismo ocurre cuando el autor ha tenido conocimiento de la información, en este caso el deber de guardar silencio surge también si existe una "relación objetiva de ello con el ejercicio de su profesión".[75]

4. *"Revelar ilícitamente un secreto"*

Revelar un secreto no es más que dar a conocer a un tercero asuntos sobre los cuales deba guardarse silencio, información que debe ser nueva para ese tercero destinatario de la comunicación.[76] La comunicación puede ser tanto expresa (por medios orales o escritos) como concluyente (por ejemplo con la entrega de un sobre donde se contenga la información o facilitando el acto de acceder al conocimiento de la misma)[77] y en el caso del § 17 de la Ley contra la competencia desleal, debe darse además solamente durante el ejercicio del cargo, ello entendido desde una perspectiva jurídica.[78] No obstante, este acto de revelar un secreto puede ser una conducta necesaria dentro del ejercicio de ciertas profesiones que se caracterizan por funcionar conforme a una división del trabajo, como sucede en la actividad médica, en donde el médico debe comunicar el contenido de la información que

70. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 393; ver también WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 167, 168; ROGALL, op. cit., p. 3. OLG Köln NJW 1962, 686 (688).
71. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 190.
72. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 393.
73. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 190.
74. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 393.
75. Idem, p. 394.
76. WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 166, 167.
77. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 394.
78. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 190.

se debe mantener en reserva a sus asistentes.[79] En este caso se ve la necesidad de reducir la prohibición de esta conducta, de tal forma que la revelación del secreto dentro del funcionamiento del ejercicio profesional se entienda ya sea como atípica, o como una causal de justificación.[80]

Conforme a la primera forma de limitar la prohibición referida al ámbito de validez del tipo, se entiende que existe un "círculo de quienes conocen o de quienes están encargados para conocer" el secreto, el cual está conformado tanto por las personas autorizadas a acceder al secreto conforme a la voluntad de su titular, como por ciertas "unidades de funcionamiento" (una oficina de abogados, un consultorio médico, una autoridad).[81] Dentro de este círculo está permitida de antemano la transmisión de la información confidencial por parte del inicialmente obligado, como sucede por ejemplo cuando el abogado comparte informaciones dadas por su cliente a los asistentes de su oficina para trabajar con el caso.[82] Esta solución está apoyada por la doctrina mayoritaria, no obstante se critica que la idea misma del círculo de quienes acceden a la información no sea del todo clara.[83] Se afirma además que por fuera de este círculo se encuentran, por ejemplo, los trabajadores externos o aspirantes de un cargo, a quienes no está permitido compartirles la información, pues, de lo contrario, se estaría cometiendo el tipo de la revelación del secreto, ello sin anular la posibilidad de plantearse una causal de justificación.[84]

De otra parte, este delito se consuma una vez se haya revelado "ílicitamente" el secreto. La posición mayoritaria de la doctrina interpreta lo "ilícito" como "antijurídico", es decir, que de existir una revelación "lícita" del secreto, no se debería hablar de la "atipicidad" del hecho, sino de la justificación del mismo, lo cual corresponde a la interpretación del § 203 StGB y del § 17 UWG.[85] Así, por ejemplo, el consentimiento del titular del secreto no excluye la tipicidad, sino que configura una causal de justificación, lo cual ocurre también en los casos del

79. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 394.

80. Idem, p. 394, 398; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 191: para quienes el elemento "ilícito" se refiere no a la tipicidad, sino a la justificación de la conducta.

81. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 395.

82. Idem, ibidem.

83. Idem, ibidem.

84. GÖSSEL; DÖLLING, p. 396, ver también p. 398 y ss. algunos ejemplos de la justificación de la revelación de secretos fuera del círculo autorizado, como el caso del médico que le comunica el padecimiento de Sida a la pareja de su paciente.

85. KREY, op. cit., § 6, p. 207, nota al margen 459, quien no comparte del todo dicha opinión. Ver también ROGALL, op. cit., p. 6, 7.

consentimiento presunto o de la autorización por necesidades resultantes de una ponderación de intereses (estado de necesidad § 34 StGB) y la colisión de deberes.[86] Dicha opinión no es compartida por una posición minoritaria, la cual entiende que la ilicitud de la revelación del secreto es un elemento del tipo y que por tanto el consentimiento es suficiente para descartar la tipicidad de la conducta.[87]

Dentro de la doctrina se encuentra asimismo una solución mediadora, la cual determina la capacidad que tiene el consentimiento para excluir al tipo atendiendo a la clase de interés que se está protegiendo.[88] De esta forma, si el § 203 StGB protege un *interés individual de la esfera íntima*, el ámbito de protección de esta norma debe abarcar solamente la revelación del secreto que esté en contra o no contenga el consentimiento del afectado (problema de la tipicidad).[89] Si, en cambio, el interés que protege la norma corresponde al *interés general de la reserva de determinadas profesiones*, el consentimiento del afectado no podrá de ningún modo disponer del mismo (problema de la antijuridicidad).[90] Ahora bien, se entiende que el interés que ha de considerarse será, en primer lugar, el interés individual de la esfera íntima y, en segundo lugar, el interés general de la reserva de ciertas profesiones; no obstante, como lo vimos anteriormente, no existe un acuerdo en la doctrina sobre la primacía de un interés sobre el otro.[91] Lo cierto es que la determinación acerca del carácter dogmático del elemento normativo 'ilicitud" tendrá consecuencias en el momento de examinar la posibilidad de un caso de error, es decir, en caso de que el autor tenga la errada convicción de actuar con el consentimiento

86. WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 167; KREY, op. cit., § 6, p. 214: como colisión de deberes menciona la primacía del deber de denunciar la comisión de hechos punibles (§ 138 StGB) sobre el deber de guardar silencio (§ 203 StGB), teniendo en cuenta también la impunidad de la infracción al deber de denuncia en el caso de los delitos que no son graves (§ 139 StGB).

87. OLG Köln, NJW 1962, Heft 15, p. 686 (688).

88. KREY, op. cit., § 6, p. 211, nota al margen 475.

89. Idem, ibidem.

90. Idem, ibidem.

91. Idem, § 6, p. 206, nota al margen 457. Ver también GÖSSEL; DÖLLING, *Strafrecht BT – Parte I*, op. cit., p. 389: aunque la protección del secreto personal y profesional garantiza el desarrollo de la personalidad dentro de la esfera protegida, no se puede desestimar que la actividad profesional de dicha esfera se ha convertido en parte del ámbito público. Ver también SCHÜNEMANN, *Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen*, op. cit., p. 11 y 12; ALDONEY RAMÍREZ, Kritische Überlegungen zur Deutung des strafrechtlichen Unternehmensgeheimnisschutzes als Vermögensschutz, en: *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Köln, 2008, p. 1141 y ss.

del titular del secreto, pues, dependiendo de la perspectiva, se tratará de un error de tipo o bien de un error sobre el tipo permisivo (aquí, tanto la creencia de actuar conforme a una supuesta causal de justificación que en realidad no existe o de actuar cobijado bajo una causal de justificación reconocida por el ordenamiento), decisión que además habrá de tomarse teniendo en cuenta las diversas teorías del error.[92]

De otra parte y como caso particular de la existencia de una causal de justificación respecto de este tipo, mencionaremos el tratamiento frente a las declaraciones juramentadas ante el juez (§§ 53 StPO, 383 ZPO). En este caso, existe para el obligado a guardar el secreto la posibilidad de rehusarse a declarar, protegiendo así la información.[93] En caso de no hacer uso de este derecho, esto es, si llega a revelar la información ante el juez del proceso, el declarante comete el delito de revelación del secreto, hecho que se justifica por tratarse de una declaración judicial.[94] Este derecho de rehusarse a declarar decae en el caso en que no exista un deber de guardar silencio (por ejemplo § 53 II StPO).[95]

5. *El tipo subjetivo en la revelación del secreto de la empresa y de negocios*

El tipo subjetivo de la revelación del secreto reconoce solamente una conducta dolosa. El dolo debe abarcar cualquiera de los siguientes elementos:

1) El actuar con la *finalidad de competencia*. La doctrina explica que se trata de perseguir el favorecimiento propio o de un tercero dentro de la competencia.[96]

2) Actuar con *beneficio propio*, esto es, buscando cualquier tipo de beneficio, el cual no necesariamente debe ser un beneficio patrimonial.[97]

3) Actuar en *beneficio de un tercero*.

4) Actuar con la *finalidad de ocasionarle un perjuicio al dueño de la empresa*, ya sea perjudicarlo económicamente o bien, vulnerando otro tipo de interés que esté legítimamente protegido (por ejemplo, la honra).[98]

---

92. KREY, op. cit., § 6, p. 207 y ss., quien no comparte la teoría de los elementos negativos del tipo.
93. WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 167; ver también KREY, op. cit., § 6, p. 214, nota al margen 485; GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 398: deber de guardar un secreto frente al deber de declarar.
94. WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 167.
95. Idem, ibidem.
96. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 191.
97. Idem, ibidem.
98. Idem, ibidem.

6. *Concursos*

Se entiende que existe un concurso ideal del tipo del § 203 StGB (en lo que a los secretos de la empresa y de negocios se refiere) frente a los delitos de la violación al secreto del servicio y de un deber especial de guardar silencio (§ 353b StGB) y la violación al secreto fiscal (§ 355 StGB), como también frente a los delitos especiales del derecho penal secundario (§§ 17 UWG, 404 AktG, 85 GmbHG, 151 GenG y 55a, 55b KWG). El tipo del 203 StGB opera frente a todos estas normas como tipo subsidiario.[99]

Existe también unidad en el hecho entre el tipo base del § 17 UWG y las demás normas –§404 AktG, 85 GmbHG, 151 Gen G – que operan complementándolo, ya sea como tipo subsidiario en caso de que la vinculación del autor con la empresa no estuviese vigente en el momento de comisión de la conducta[100] u operando en casos en los que el autor deba presentar una cualidad especial.[101] Para el caso de los créditos millonarios se aplica la norma especial correspondiente (55a, 55b KWG).[102]

IV. RECEPTACIÓN Y UTILIZACIÓN DE UN SECRETO EMPRESARIAL O DE NEGOCIOS

La *utilización de un secreto ajeno* es también una de las conductas que se suelen sancionar junto con el delito de la revelación del secreto. Esta conducta está prevista en nuestro delito base regulado por el § 204 StGB. Conforme a este precepto, será autor del delito de utilización de un secreto ajeno aquél que sea el titular del deber de guardar silencio mencionado en el § 203 StGB,[103] requisito que sin embargo no encuentra siempre aplicación en los tipos de la revelación del secreto previstos en la Ley contra la competencia desleal (UWG), como lo veremos más adelante. La utilización debe tener una connotación meramente económica, es decir, que el secreto debe utilizarse para obtener un provecho económico, finalidad que debe ser diferente a la de la revelación misma del secreto.[104] Así por ejemplo, la venta de un secreto ajeno con la finalidad de su

99. Cfr. GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 404; TIEDEMANN, op. cit., p. 107.

100. TIEDEMANN, op. cit., p. 107.

101. KOEHLER; HASSELBLATT, op. cit., p. 1357 nota al margen 91. Ver también *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG*, Juris Praxiskommentar, Eike Ullmann (ed.), Saarbrücken, 2009, § 17, p. 1133, 1334, nota al margen 4.

102. TIEDEMANN, op. cit., p. 109, 138.

103. WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 168; GÖSSEL; DÖLLING, op. cit., p. 404-405.

104. WESSELS; HETTINGER, op. cit., p. 168.

revelación no es un caso de utilización del secreto (§ 204 StGB), sino más bien la revelación del secreto remunerada (§ 203, inc. 5);[105] diferente sería el caso del abogado de patentes que explota económicamente en su propia empresa los inventos de su mandante, lo cual sería por lo tanto un caso de utilización del secreto.[106]

En la Ley contra la competencia desleal encontramos dos tipos de utilización de la información que ha sido ilícitamente adquirida. En primer lugar, está el § 17, inc. 2, numeral 2 de la Ley contra la competencia desleal (UWG), el cual sanciona la *receptación de un secreto de la empresa y de negocios*, esto es, a quien con fines de obtener una ventaja respecto de la competencia o de obtener un provecho propio o para un tercero o para causar un daño, emplee o comunique la información empresarial que ha sido obtenida ilegalmente. Las diversas formas de adquirir la información son las siguientes:[107]

a) Con la información obtenida mediante la revelación ilícita de un secreto. La información es dada por lo tanto por un miembro de la empresa.

b) Con la información obtenida espiando a la empresa, conducta cometida por el autor mismo o por un tercero.

c) Con cualquier otro modo de obtención o aseguramiento de la información ilícitos. Aquí cabrían las conductas que no puedan ser subsumidas en los demás casos de espionaje (al interior de la empresa – revelación del secreto –, o bien, por un agente externo, – espionaje industrial –).[108]

En este caso, el autor no debe cumplir con las cualidades previstas para el tipo de revelación del secreto de la empresa y de negocios, por lo tanto puede tratarse de un miembro de la empresa o de un agente externo, ya no estamos por tanto frente a un delito de deber especial.[109]

En segundo lugar, contamos con el tipo de *utilización ilícita de modelos* de la empresa o también conocido como "piratería de modelos" regulado en el § 18 de la Ley contra la competencia desleal (UWG).[110]

---

105. Idem, p. 170.

106. Idem, ibidem.

107. Aquí siguiendo a HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 192.

108. Idem, ibidem.

109. Idem, ibidem.

110. *§ 18 UWG Utilización de modelos*
"(1) Quien ilícitamente utilice o le comunique a alguien un proyecto o instrucciones de tipo técnico, especialmente plantillas, modelos, patrones, cortes, recetas que le

De esta forma se protege una información específica de la empresa, la cual abarca las patentes y los trabajos artísticos (por ejemplo los libros de edición) y científicos (manuales), siempre que contengan modelos o instrucciones de tipo técnico, en general, lo que se entiende como *know-how*.[111] Se protegen también los documentos de médicos, abogados y científicos[112] y las instrucciones de tipo técnico que no se hayan fijado materialmente, sino que se den oralmente.[113]

La información protegida es aquella que le ha sido confiada a un socio y cuya reserva ha sido establecida por voluntad del dueño de la empresa.[114] Los autores de este delito son por lo tanto agentes que operan por fuera de la empresa, los cuales pueden emplear dicha información en beneficio propio, siempre que mantengan su reserva,[115] esto es, siempre que no exploten por si mismos dicha información. Este delito tiene también la finalidad de combatir la competencia desleal, ocasionada por el quebrantamiento de la confianza.[116]

V. EL ESPIONAJE INDUSTRIAL

En el caso del espionaje industrial se protege la información frente a agentes externos, no obstante, debido a que el tipo no exige una calificación especial respecto del autor, un miembro de la empresa podría cometer también este delito.[117] La obtención ilícita de la información de una empresa está prevista en el § 17, inc. 2 de la Ley contra la competencia desleal (UWG). Se sanciona concretamente la adquisición o el aseguramiento de secretos de la empresa mediante el empleo de ciertas técnicas (como la toma de fotografías, uso de

---

han sido confiadas dentro del tráfico comercial, con finalidades de competencia o para el provecho propio, será sancionado con pena privativa de la libertad hasta de dos años o con multa.

(2) La tentativa es punible.

(3) El hecho sólo será investigado a petición, si las autoridades de persecución penal ven como necesaria una intervención de oficio en razón del interés público especial en la persecución penal.

(4) El § 5 numeral 7 del Código Penal regirá en lo correspondiente."

111. TIEDEMANN, op. cit., p. 111.

112. TIEDEMANN, op. cit., p. 111.

113. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 192.

114. TIEDEMANN, op. cit., p. 111; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 195.

115. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 192; TIEDEMANN, op. cit., p. 111.

116. TIEDEMANN, op. cit., p. 111; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 194, 195.

117. KOEHLER; HASSELBLATT, op. cit., p. 1344, nota al margen 44.

fotocopiadoras, grabaciones etc.), fabricación de copias materializadas del secreto (en diseños, dibujos, grabaciones de audio, disquetes etc.) o la toma de una cosa corporal que contenga el secreto;[118] el aprovechamiento de la información no está contemplado por el parágrafo.[119] Lo anterior puede suceder mediante la revelación del secreto por parte de un miembro de la empresa en cuestión. Este inciso opera como un tipo que abarca aquellas conductas que no pueden ser subsumidas por el inciso primero, en razón de la finalización del vínculo jurídico con la empresa, es decir, que quienes durante el ejercicio del cargo adquieren una información que pretenden emplear una vez se hayan desvinculado con la empresa, no cometerán el delito de revelación del secreto (inc. 1, § 17 UWG), pero sí el de espionaje industrial (inc. 2, § 17 UWG).[120]

VI. EL SECRETO BANCARIO

En cuanto a la protección del secreto bancario, encontramos dos constelaciones diferentes. En primer lugar, el secreto bancario está protegido dentro del § 17 de la Ley contra la competencia desleal (UWG), en la medida en que se entienda que la entidad de crédito se halle en una posición desfavorable respecto de otras entidades de crédito mediante la revelación de la información secreta, como ocurre por ejemplo con la divulgación del monto de un cuantioso crédito de un cliente de cierto banco, pues con ello se logra que las demás entidades se enteren del alto riesgo que implica garantizar las deudas de ese cliente, lo cual las deja en una posición más ventajosa. El secreto bancario se protege además respecto del cliente del banco, ya que con el aseguramiento de la información se protege su capacidad competitiva dentro del mercado.[121] Es por ello que la doctrina afirma que el secreto bancario es un secreto común, pues tiene la capacidad de interferir en la posición de competencia de la entidad bancaria y del cliente del banco.[122]

Ahora bien, en la Ley de las entidades de crédito (KWG) se encuentra una protección especial del secreto bancario, pues se protege la información referida especialmente a aquellos créditos que deben ser reportados al Bundesbank (Banco del Federado), a saber, los créditos millonarios.[123] Dentro

118. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 194.

119. Idem, p. 193.

120. TIEDEMANN, op. cit., p. 110.

121. Idem, p. 110, 138.

122. Idem, ibidem.

123. Idem, p. 139.

de esta información se encuentra el monto de toda la deuda de quien toma el crédito. Una vez que el Bundesbank estudia ese reporte le entrega a la entidad de crédito un informe sobre la situación de endeudamiento de su cliente, esto es, sobre su solvencia, ello con el fin de disminuir el riesgo del banco respecto del préstamo que planea conferir. Este informe es confidencial y su revelación (55b KWG) y utilización (55a KWG) por parte de las personas que se encargan de manejarla dentro de la entidad bancaria es punible. Así, sólo pueden llegar a ser autores de este delito, las personas que dentro de la entidad bancaria reciben la información del Bundesbank, lo cual nos lleva a concluir que se trata de un delito de deber especial.[124]

Respecto de la revelación de esta información, el § 55b KWG (revelación), incluye no sólo la revelación de los datos exactos del informe, sino también conclusiones acerca del mismo, expresadas por ejemplo mediante adjetivos, como por ejemplo, decir que se trata de un caso "considerablemente cargado de deudas" o que "ya no es solvente".[125]

En cuanto al empleo del informe elaborado por el Bundesbank, se establece que conforme al § 55a de la Ley de entidades bancarias UWG, la utilización de la información debe darse con un propósito económico, con el fin de obtener una ganancia económica. Ello debe diferenciarse de lo previsto en el § 55b inc. 2, el cual prohíbe la revelación de la información a cambio de remuneración, como ocurre por ejemplo con la venta de la información a otras entidades de crédito o una oficina de información de comercio. La utilización de la información se reduce por tanto al provecho que se pueda obtener de la información por fuera de la entidad bancaria, esto es, en el tráfico comercial, así por ejemplo, su utilización para obtener otra nueva información.[126]

VII. El uso ilegal de la información privilegiada en la Ley del canje de títulos valores (WpHG)

1. *Sistema normativo del comercio ilegal de títulos de información privilegiada*

Otra forma de protección de la información dentro del derecho penal económico la encontramos en el delito del uso ilegal de la información

124. Idem, p. 141.

125. Idem, p. 140.

126. Idem, p. 141.

privilegiada (*insider*). Este delito hace parte de la protección del mercado de capitales, ámbito en el que también se encuentran sancionadas las conductas de la manipulación del curso y del mercado (§§ 20a, 38 WpHG) y de la inducción a la especulación en la bolsa (§§ 23, inc. 1, 61 BörsenG).[127] En el caso especial de la prohibición del comercio de títulos de información privilegiada aclara la doctrina que se protege la capacidad de funcionamiento del mercado de capitales y la confianza del inversionista en la configuración de los precios,[128] finalidades que han sido recopiladas en la Directiva Nr. 2003/6/CE de la Unión Europea, en donde se dice que con estos delitos se busca proteger la "integridad de los mercados financieros comunitarios y aumentar la confianza de los inversores en dichos mercados".[129] Asimismo, se habla de la protección de la igualdad de oportunidades en el acceso a informaciones relevantes para el curso, lo cual en últimas se traduce en una lesión al patrimonio del inversionista.[130]

Lo anterior obedece a que la bolsa de valores, además de la función de transformar el capital de ahorros en capital de inversión y con ello de lograr la apertura del mercado de valores para todas las clases sociales, cumple también con una función de configuración y valoración del precio.[131] Dentro de este contexto tenemos que la información consiste en una herramienta fundamental para la determinación del precio de los instrumentos financieros por parte del inversionista, labor que se ha denominado como "proceso de búsqueda

127. Idem, p. 158 y ss.

128. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 12, 13. Ver también Völker Lücker, *Der Straftatbestand des Missbrauchs von Insiderinformationen nach dem Wertpapierhandelgesetz (WpHG)*, Köln – entre otras – 1998, p. 23 y ss.; ver también *Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)*, Kommentar, Heinz-Dieter Assmann y Uwe H. Schneider (eds.), Köln, 2009, p. 1840, 1841 nota al margen 1: se trata de un delito de peligro abstracto.

129. Directiva 2003/6/CE: "Art. 1. Dentro de este acuerdo de la Comunidad Europea se encuentran los lineamientos que deben seguir los Estados miembros en caso del abuso del mercado y el comercio de la información privilegiada. En él se hallan los conceptos de ambos fenómenos, como también las recomendaciones que pueden adoptar las autoridades para prevenir y detectar dichos actos ilegales dentro de la Unión Europea, así por ejemplo en el Considerando Nr. 24. De otra parte, debe tenerse en claro que todas las normas expedidas por el Legislador alemán en éste ámbito (especialmente la Ley de canje de títulos valores –WpHG–) deben ser interpretadas conforme a la Directivas de la Unión Europea que sean expedidas con la finalidad de regular el mercado de valores. Ver al respecto Petra Buck-Heeb, *Kapitalmarktrecht*, Heidelberg, 2007, p. 11, nota al margen 34.

130. TIEDEMANN, op. cit., p. 163.

131. LÜCKER, op. cit., p. 24.

del precio". Este proceso se ve afectado cuando se comercia ilícitamente con información privilegiada, pues el iniciado (*insider*) tiene una posición de ventaja frente al no iniciado (*outsider*), en cuanto a que puede reducir el riesgo de especulación gracias a sus conocimientos, lo cual se entiende por lo tanto como una lesión a la "confianza en la igualdad de oportunidades en el proceso de configuración del precio en la bolsa".[132] Con la sanción penal de la negociación ilícita de la información privilegiada se pretende asegurar el "equilibrio de la información y la confianza del inversionista en la lealtad del proceso de búsqueda del precio", lo cual ocurre desde el surgimiento de la información hasta su publicación.[133]

Este delito se encuentra regulado en la Ley de canje de títulos valores (§§ 12-20 WpHG), normatividad que determina el significado de los llamados "títulos de información privilegiada" (§ 12 WpHG) y de la "información privilegiada" en sí (§13 WpHG), como también la prohibición de su negociación (§ 14 WpHG), prohibición de negociar con títulos valores correspondientes a una información privilegiada.[134] Las consecuencias penales resultantes de la violación a la prohibición de negociar con títulos de información privilegiada se encuentran reguladas en el § 38, inc. 1 de esta ley.[135]

---

132. Idem, p. 24, 25.

133. Idem, p. 26.

134. *§ 14.º WpHG Prohibición de negocios con información privilegiada*
"(1) Queda prohibido
1. adquirir o enajenar mediante el uso de una información privilegiada títulos de información privilegiada, para el beneficio propio o de un tercero o en representación de un tercero,
2. comunicarle o hacerle accesible ilícitamente a un otro una información privilegiada,
3. recomendarle a otro con base en una información privilegiada la adquisición o la enajenación de títulos de información privilegiada o inducir a otro de otro modo a hacer ello.
(2) El comercio con acciones propias en el ámbito de programas de recompra y las medidas para la estabilización del precio de los instrumentos financieros no representan en ningún caso una infracción a la prohibición del inc. 1, siempre que éstos se efectúen conforme a las prescripciones de la ordenanza (EG) Nr. 2273/2003 de la Comisión del 22 de diciembre de 2003 para la ejecución de la directiva 2003/6/EG del Parlamento y Consejo Europeo – regulaciones de excepción para los programas de recompra y medidas para la estabilización del curso (ABl. EU Nr. L 336 p. 33). Para los instrumentos financieros que estén incluidos en el tráfico libre o en el mercado regulado, rigen las prescripciones de la ordenanza (EG) Nr. 2273/2003."

135. *§ 38.º WpHG Prescripciones penales*
"(1) Con pena privativa de la libertad hasta de cinco años será sancionado, quien

Como se puede ver, el tipo penal del § 38 WpHG es un tipo penal en blanco que se remite a las prohibiciones previstas en otros parágrafos de la misma ley.[136] En lo que al uso de la información privilegiada respecta, debemos diferenciar dos casos:

i. En primer lugar, se encuentra la sanción penal para quien haya *adquirido o enajenado ilícitamente títulos de información privilegiada* según el inc. 1, numeral 1 del § 14, esto es, con el uso ilegal de la información privilegiada, por beneficio propio o de un tercero o en representación de un tercero.[137]

ii. En segundo lugar, se sanciona penalmente a quienes en razón de una posición especial o para la preparación o ejecución de un hecho punible, dispongan de una información privilegiada y se valgan de ella para cometer dolosamente las conductas previstas en el § 39, inc. 2, numeral 3 o 4, a saber:

i. numeral 3: *comunicar o hacer accesible ilícitamente la información privilegiada* (§ 14, inc. 1, numeral 2),[138] o

ii. numeral 4: *aconsejar o inducir a alguien a adquirir o enajenar un título valor correspondiente a una información privilegiada* –"*insider tipping*" – (§ 14, inc. 1, numeral 3). En caso del *tipping*, el iniciado primario no divulga la información y por ende, el tercero beneficiario de la recomendación no se convierte en iniciado secundario.[139]

---

1. violando lo previsto en el § 14 inc. 1 numeral 1 adquiera o enajene un título valor correspondiente a una información privilegiada o
2. a) como miembro del órgano directivo o de vigilancia o como socio con responsabilidad personal del emisor o de una empresa vinculada con el emisor,
b) en razón de su participación en el capital del emisor o de una empresa vinculada con el emisor,
c) en razón de su profesión o de su actividad o de su función conforme al reglamento o
d) en razón de la preparación o comisión de un hecho punible disponga de una información privilegiada y valiéndose de ella cometa dolosamente una de las acciones descritas en el § 39, inc. 2, numeral 3 o 4.
(...)."

136. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 13.

137. BUCK-HEEB, op. cit., p. 48, nota al margen 157-159.

138. Con lo cual se sanciona el estadio anterior a la negociación de los títulos de información privilegiada. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 21. BUCK-HEEB, op. cit., p. 51, nota al margen 154-156.

139. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 19: se trata de una instigación de mayor rango, que no podría ser en sí sancionada penalmente por la ausencia de un hecho principal doloso y antijurídico. BUCK-HEEB, op. cit., p. 52, nota al margen 157-159.

En el inc. 3 del § 38 WpHG se establece que la tentativa de este delito es punible y conforme al inc. 4 de la misma norma se prevé la punición de la comisión culposa de la conducta prevista en el inc. 1, numeral 1, conducta que se sanciona con una pena privativa de la libertad hasta de 1 año o con multa.

2. *El concepto de información privilegiada*

Conforme al § 13 WpHG se entiende como *información privilegiada* aquellas circunstancias (presentes o futuras) que no son públicamente conocidas y que se relacionan ya sea con uno o varios emisores de títulos de información privilegiada, o con el mismo título de información privilegiada.[140] Esta información debe además ser capaz de influir considerablemente en el precio del mercado o de la bolsa del título de la información privilegiada en caso de ser revelada. Por consiguiente, la doctrina explica que debe tratarse de una información precisa sobre hechos que existan en el presente o que acontecerán con una alta probabilidad en el futuro, la precisión se refiere a la capacidad de la información de ser base para "determinar con suficiencia la estimación del curso venidero del precio de un título valor en la bolsa o en el mercado".[141] Lo anterior excluye por tanto a los simples "rumores".[142] El Legislador establece que la capacidad de influir sobre el precio está dada si, conforme a un "inversionista razonable", la información es tenida en cuenta para tomar la decisión acerca de su inversión, concretamente, si de ello se obtiene una ganancia, o, como lo explica la doctrina, si con dicha información "se espere una fluctuación del curso, frente a la cual el inversionista reaccione orientándose con base en la experiencia con la compra o venta del título valor en cuestión".[143]

Información privilegiada podrían ser, por ejemplo, los datos sobre transacciones, ingresos u ofertas de fusión, como también los datos acerca del mercado y de la empresa.[144] Así por ejemplo, se entiende como información privilegiada el conocimiento de un hecho que favorece considerablemente el curso de las acciones de la sociedad A, como sucede cuando otra sociedad B se ha comprometido contractualmente a cederle sus ganancias a la sociedad

140. Ver Directiva 2003/6/CE, Art 1, Numeral 1 y Considerando Nr. 16.

141. BUCK-HEEB, op. cit., p. 40, nota al margen 120.

142. Idem, ibidem, p. 40, nota al margen 122; también TIEDEMANN, op. cit., p. 163; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 16.

143. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 18; Ver también Directiva 2003/6/CE,Considerando Nr. 18.

144. TIEDEMANN, op. cit., p. 163.

A.[145] Este hecho tiene la capacidad de influir en el precio de las acciones de la sociedad A en el mercado (de valorizarlas) y en caso de ser comunicadas o de ser empleadas con el fin de enriquecimiento propio o de un tercero antes de que dicha información sea pública, se estaría cometiendo el delito en cuestión. Ello puede suceder cuando un miembro de la directiva de la sociedad A le dice a un tercero que compre a su nombre acciones de la misma sociedad.

De otra parte en el § 12 de la Ley del canje de títulos valores, encontramos el concepto de "título de información privilegiada", el cual comprende a los instrumentos financieros que circulen dentro de la bolsa de valores de Alemania o dentro de un Estado miembro de la Unión Europea o dentro de un Estado que sea parte del convenio del espacio económico de la Unión Europea, como también a los instrumentos financieros que estén incluidos en la bolsa de valores de Alemania, esto es, en el mercado regulado o en tráfico libre. El proceso de emisión está incluido dentro del tipo penal.[146] Como ejemplos de instrumentos financieros se mencionan los títulos valores (acciones, títulos de opciones –*warrant*–, empréstitos), los instrumentos del mercado monetario, los derivados financieros y los derechos de suscripción de títulos valores.[147]

3. *Los iniciados (*insider*)*

De otra parte, la literatura distingue dos tipos de iniciados (*insider*): (1) los *iniciados primarios* y (2) los *iniciados secundarios*. Los *iniciados primarios* son aquellas personas que reciben la información reglamentariamente en su calidad de miembros de ciertos órganos (como por ejemplo de dirección o vigilancia) del ente emisor o de una empresa vinculada a él, o como propietarios de una parte del capital[148] o también, simplemente en razón de su profesión, como sucede en el caso de los abogados cuando ejercen para la sociedad.[149] La negociación de

145. Tomado de un ejemplo mencionado en HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 13.

146. Hellmann; Beckemper, op. cit., p. 18.

147. Idem, ibidem. Ver también Directiva 2003/6/CE, Art. 1, Numeral 3; asimismo BUCK-HEEB, op. cit., p. 38 y ss., nota al margen 115 y ss.

148. TIEDEMANN, op. cit., p. 163; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 14: La identificación del socio accionista como iniciado no está limitada por el monto del capital que tenga invertido, es decir, el hecho de tener una acción ya lo hace iniciado. No obstante esta norma no se extiende al caso del accionista pequeño, el cual por lo tanto no se considera como iniciado.

149. HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 14, 15: No se entienden como iniciados primarios aquellas personas que en el ejercicio de su profesión se enteran casualmente sobre dicha información. Ésto no no sucede con cierto grupo de profesiones que trabajan directamente con el ente emisor o para una empresa vinculada a él, como ocurre

títulos valores correspondientes a una información privilegiada está sancionada penalmente para este grupo de personas, como lo vimos anteriormente.[150] Para determinar su calidad de iniciados es necesaria la existencia de una "relación de causalidad" entre la profesión o la actividad de la persona en cuestión y la obtención de la información.[151] Ello se determina "conforme al ordenamiento" u organización de la empresa (§ 38 inc. 1, numeral 2c WpHG), es decir, debe establecerse si la persona ha adquirido dicho conocimiento conforme a la división del trabajo de la empresa y no por mera casualidad. Por consiguiente, las personas que adquieran el conocimiento por fuera de sus funciones no serán consideradas como iniciadas, tal como sucedería con un registrador, quien en su labor de registro se entera de dicha información.[152] No obstante, se presentan muchas dificultades en la praxis en el momento de determinar el alcance de las funciones de los miembros de la empresa o de quienes no siendo parte de ella deben cumplir con ciertas prestaciones.[153]

Asimismo, podemos encontrar la discusión de la doctrina acerca de la participación en un negocio de información privilegiada por parte de una persona que trabaja profesionalmente en el ámbito financiero. Se menciona por ejemplo el caso del iniciado que queriéndose beneficiar de la información privilegiada que ha adquirido, acude al asesor de su banco para efectuar la transacción que le favorece dentro del mercado.[154] Se pregunta por lo tanto si es posible hacer partícipe a quien en el ejercicio de su profesión favorece de forma causal a un tercero en la comisión de un delito (*prohibición de regreso*). En el ejemplo que se ha mencionado el asesor del banco ha favorecido a la comisión del delito del negocio de información privilegiada de su cliente, lo cual no obstante ha ocurrido durante el ejercicio de su cargo. La solución del caso varía dependiendo de las diversas doctrinas que existen al respecto.[155]

---

en el caso de los abogados, examinadores económicosy asesores empresariales. Se aclara que los periodistas y asesores de inversión son considerados como iniciados primarios, siempre que adquieran información de la empresa mediante una comunicación confidencial, más no mediante informaciones públicas; Cfr. también *Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)* –Kommentar–, ASSMANN; SCHNEIDER (eds.), op. cit., p. 1854, nota al margen 31; Directiva 2003/6/CE, Art. 2, Numeral 1.

150. TIEDEMANN, op. cit., p. 163.

151. BUCK-HEEB, op. cit., p. 44, 45, nota al margen 134 y ss.

152. Idem, p. 45, nota al margen 136.

153. Idem, ibidem, nota al margen 137.

154. Ver ejemplo en LÜCKER, op. cit., p. 161 y ss., quien propone una solución mixta.

155. Sobre una exposición detallada de la discusión acerca de las conductas neutrales y la prohibición de regreso especialmente dentro de la teoría de la imputación objetiva

En primer lugar, contamos con las *teorías subjetivas*, las cuales determinan el grado de participación subjetivamente, es decir, conforme a los conocimientos especiales que tenga el agente en el momento de ejecutar dicha acción. Así, no existiría duda alguna respecto de la posibilidad de la participación en el caso de presentase un *dolo directo*[156] y, por consiguiente, en caso de existir un *dolo eventual*, se negaría la participación por la existencia de un principio de confianza.[157] Una opinión diferente es defendida por las *teorías objetivas*, las cuales determinan la participación mediante el alcance del rol del agente o bien del sentido social de la acción en el caso concreto.[158] En este caso, el conocimiento es solamente relevante, siempre que haga parte del cumplimiento de un deber de la posición de garante.[159] Existirá por tanto una participación, no por el solo hecho de conocer, sino por haber violado un deber que hacía parte de la posición de garante.[160]

Por último tenemos a los llamados *iniciados secundarios*, los cuales no siendo garantes de la información privilegiada conforme a lo que hemos discutido anteriormente adquieren su conocimiento. Frente a ellos, la ley tiene también

---

ver José Antonio Caro John, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot*, Baden Baden, 2007.

156. Claus Roxin, Was ist Beihilfe?, en: *Festschrift für Koichi Mizayawa*, Baden Baden, 1995, p. 513. Lo anterior teniendo en cuenta a los criterios adicionales para la determinación de la participación, como la capacidad objetiva del aporte para favorecer al hecho (p. 509, 513); ver el mismo, Bemerkungen zum Regreβverbot, en: *Festschrift für H. Tröndle*, Berlin/New York, 1989, p. 189, 192. Ver también K. Amelung, Die "Neutralisierung" geschäftsmäβiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestand, *Festschrift für Grünwald*, Baden Baden, 1999, p. 24, 25.

157. ROXIN, op. cit., p. 516; el mismo, Bemerkungen... cit, p. 197.

158. Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin/New York, 1993, 7/56-7/71, 24/13-24/21; el mismo, *Beteiligung*, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Berlin, 2003, p. 563; ver también Heiko Lesch, *Strafbare Beteiligung durch "berufstypisches" Verhalten?*, JA, 2001, p. 989 y ss.; CARO JOHN, op. cit., p. 92, 130; Wolfgang Frisch, *Tatbstandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 280 y ss.

159. JAKOBS, *Strafrecht...* cit., 7/49; el mismo, *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, 1994, p. 54; el mismo, *Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1997, p. 97; Ver también LESCH, op. cit., p. 990; el mismo, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln-Berlin-München, 1999, p. 257 y ss.

160. JAKOBS, *Beteiligung...* cit., p. 566; el mismo, *Strafrecht Allgemeiner Teil* cit., 7/56, 7/57; el mismo, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken, en: *ZStW* 107, p. 860, 861.

prevista la prohibición de la negociación de estos títulos valores, no obstante, su sanción corresponde a la de una contravención (§ 39 WpHG).[161]

4. *Concursos*

Existe un concurso ideal del delito del comercio de la información privilegiada (WpHG) frente a las siguientes normas:[162]

a) Estafa § 263 StGB.[163]

b) Violación al secreto de la empresa o de negocios § 404 AktG.[164]

c) Otros tipos de violación al secreto (§§ 203, 204 StGB, 17 UWG).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminalização do *insider trading* no Brasil e seu contributo para o direito penal econômico, de Luiz Francisco Torquato Avolio – *RT* 850/441;
- *Insider trading*, de Angelo Augusto Costa e Renato José de Moraes – *RT* 723/695;
- *Insider trading*: o descumprimento do dever de lealdade pelo uso de informações privilegiadas, de Marcella Blok – *RDB* 55/83;
- O delito de *insider trading*: aspectos gerais e estudo comparativo das legislações espanhola e brasileira, de Milena Gordon Baker – *RBCCrim* 94/459; e
- O objeto de tutela penal no delito de *insider trading* uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 90/137.

---

161. TIEDEMANN, op. cit., p. 163; HELLMANN; BECKEMPER, op. cit., p. 14.

162. Ver al respecto Detlef Heise, *Der Insiderhandel an der Börse und dessen strafrechtliche Bedeutung*, Frankfurt am Main, 2000, p. 52 y ss. – entre otras.

163. HEISE, op. cit., p. 58 y ss.: En el caso de la estafa, se afirma que no se puede hablar de un engaño en el caso de las conductas de insider, y que tambiéne la subsunción en casos de estafa por omisión presenta dificultades.

164. HEISE, op. cit., p. 67: Conforme al § 404 AktG, el fenómeno del comercio de información privilegiada sólo se puede sancionar restringidamente, como ocurre por ejemplo con la imposición de la pena solamente respecto de los iniciados que detentan un deber especial. Por esta razón, antes de la vigencia de la Ley de canje de los títulos valores (WpHG) – 01.04.1994 –, no se podía combatir adecuadamente el delito del comercio ilícito de la información privilegiada; ver una opinión contraria en Hans-Jürgen Schaal, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bruno Kropff –e.o.– (ed.), München, 2006, § 404, p. 235, nota al margen 64.